

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP  
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**JOSÉ AILSON APARECIDO RICARDO**

**A LICITAÇÃO USADA COMO INSTRUMENTO  
DE INCENTIVO AO DESENVOLVIMENTO  
LOCAL E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA**

**BRASÍLIA – DF**

**2015**

**JOSÉ AILSON APARECIDO RICARDO**

**A LICITAÇÃO USADA COMO INSTRUMENTO  
DE INCENTIVO AO DESENVOLVIMENTO  
LOCAL E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

**BRASÍLIA – DF**

**2015**

**JOSÉ AILSON APARECIDO RICARDO**

**A LICITAÇÃO USADA COMO INSTRUMENTO  
DE INCENTIVO AO DESENVOLVIMENTO  
LOCAL E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_, com menção \_\_\_\_\_(\_\_\_\_\_).

Banca examinadora:

\_\_\_\_\_  
Presidente: Prof.

\_\_\_\_\_  
Integrante: Prof.

\_\_\_\_\_  
Integrante: Prof.

## DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho ao meu filho Cauã Alisson e minha esposa Flávia Oliveira pela paciência e incentivo oferecido em razão das horas de ausência para que o sonho de mais uma formação acadêmica se concretizasse na minha vida

## **AGRADECIMENTOS**

Aos que contribuíram para a realização deste trabalho, em especial ao corpo docente e colegas de classe.

## RESUMO

Para tornar a administração estatal viável e condizente com os anseios da sociedade o Estado se utiliza da licitação pública para adquirir os meios necessários para alcançar esse objetivo. Para isso, vários são os regramentos que deverão ser observados os quais têm como principal objetivo proteger o patrimônio público. Ocorre que somente a aquisição de bens e serviços não é mais a única finalidade de uma compra governamental. A licitação passou a ser um instrumento de incentivo ao desenvolvimento local e regional sustentável por meio de tratamento diferenciado à algumas pessoas jurídicas. Trata-se de uma inovação jurídica trazida pela Lei Complementar nº 147/2014. Assim, o objetivo deste estudo foi fazer um levantamento sobre os possíveis conflitos existentes entre a utilização do novo instituto com o princípio da isonomia previsto na Constituição Federal de 1988. Para se chegar à conclusão de que a previsão de uso está de acordo com o princípio constitucional, utilizou-se de pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais demonstrando os meios permitidos em que o tratamento desigual poderá ser efetivado através de requisitos objetivos previamente traçados em legislação própria.

**Palavras-chave:** Licitação. Desenvolvimento Sustentável. Isonomia. Tratamento diferenciado.

## **ABSTRACT**

To make feasible and consistent state administration with the desires of society the state uses public bidding to acquire the means to achieve that goal. For this, a number of specific regulations to be observed which are mainly intended to protect public property. It turns out that only the procurement of goods and services is not the only purpose of a government purchase. The bidding has become a way of encouraging the local and regional sustainable development through differential treatment to some companies. This is a legal innovation introduced by Complementary Law No. 147/2014. The objective of this study was to survey about the possible conflicts between the use of the new institute with the principle of equality laid down in the 1988 Federal Constitution To come to the conclusion that the use of prediction is in line with the principle constitutional, we used of doctrinal and jurisprudential research demonstrating the means allowed in the unequal treatment can be made effective through objective requirements previously outlined in legislation.

Keywords: Auction. Sustainable Development. Equality. Differential treatment.

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>9</b>
<b>1. LICITAÇÃO – OBJETIVOS E ACEPTÕES</b> .....	<b>11</b>
<b>1.1. Conceitos</b> .....	<b>11</b>
<b>1.2. Licitação em Legislação</b> .....	<b>13</b>
1.1.1. A Lei Geral das Licitações: Lei 8666/93 .....	13
1.1.2. Pregão: uma modalidade eficiente .....	21
<b>2. O PRINCÍPIO DA ISONOMIA</b> .....	<b>24</b>
<b>2.1. A Isonomia do Ponto de Vista Doutrinário</b> .....	<b>25</b>
<b>2.2. O Princípio da Igualdade na Constituição de 1988</b> .....	<b>27</b>
<b>2.3. Igualdade perante a Lei</b> .....	<b>28</b>
<b>2.4. O Princípio da Isonomia no Direito Administrativo</b> .....	<b>30</b>
<b>3. LICITAÇÕES SUSTENTÁVEIS</b> .....	<b>33</b>
<b>3.1. Definições e Objetivos</b> .....	<b>33</b>
<b>3.2. As Margens de Preferências nas Licitações Públicas</b> .....	<b>36</b>
3.2.1. Decreto nº 7.456/2011: o regulamento dos regulamentos.....	39
<b>3.3. Margem de Preferência para Micro e Pequenas Empresas</b> .....	<b>41</b>
<b>4. A LICITAÇÃO USADA COMO INSTRUMENTO DE INCENTIVO AO DESENVOLVIMENTO LOCAL E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA</b> .....	<b>45</b>
<b>4.1. Margem de Preferência para Empresas Locais e Regionais</b> .....	<b>45</b>
<b>4.2. Preferência Local versus Princípio da Isonomia</b> .....	<b>47</b>
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>51</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>53</b>

## INTRODUÇÃO

As compras realizadas pelo poder público possuem especificidades que podem ser definidas como um conjunto de atos burocráticos cujos objetivos podem guardar diversas pretensões. Todas alinhadas com os princípios contidos no ordenamento jurídico como um todo. Isso ocorre para que os gestores públicos não se utilizem do cargo que ocupam para beneficiar “a” ou “b” em detrimento do interesse público.

Em virtude disso é que um dos princípios constitucionais mais influentes em um Estado Democrático de Direito deve ser seguido em toda e qualquer compra governamental. Trata-se do princípio da isonomia, que obriga o Estado a conferir tratamento igualitário aos pretendentes a contratar com o poder público.

Assim, além do objetivo principal de uma licitação, que é prover o Estado de meios necessários que garantam ao cidadão acesso aos serviços públicos de qualidade, passou-se a utilizá-la como *instrumento de incentivo ao desenvolvimento nacional sustentável*, principalmente, no que tange à problemática deste trabalho, ao desenvolvimento local e regional. Para isso, legislações surgiram com o intuito de criar margem de preferências nas contratações públicas para produtos e serviços oferecidos por empresas sediadas na mesma localidade do ente licitante.

Nesse sentido, a temática a ser apresentada consiste em averiguar se os requisitos para a utilização de margem de preferência para pessoas jurídicas de determinada localidade possuem amparo no princípio da isonomia aplicado nas licitações.

Logo, para atingir o pretendido, utilizou-se o método de pesquisa dogmática, buscando-se opinativos doutrinários, bem como jurisprudência sobre a temática.

Assim, visando delinear da melhor forma possível o tema proposto, apresenta-se no primeiro capítulo um breve relato acerca das licitações, em especial a Lei nº 8.666/93, considerada o estatuto licitatório, abordando os conceitos,

objetivos e modalidades, além de fazer um sucinto levantamento sobre algumas legislações complementares regulamentadoras das aquisições públicas.

Em seguida, no segundo capítulo, adentra-se a questão do princípio da isonomia e suas implicações no ordenamento jurídico, principalmente, a sua aplicação de forma relativa, onde se confere tratamentos desiguais em alguns casos e as previsões constitucionais e legais quanto à aplicabilidade.

No terceiro capítulo, fala-se sobre as licitações sustentáveis destinadas a promover o desenvolvimento nacional, qual a previsão legal para a utilização do instituto e os possíveis conflitos com o princípio estudado no segundo capítulo. Ademais, tecem-se comentários acerca dos meios utilizados para se restringir à seleção de fornecedores micro e pequenos empresários, bem como os localizados apenas na área do poder público licitante.

Por fim, no quarto capítulo, adentra-se à temática no que tange à utilização das licitações como instrumento de incentivo ao desenvolvimento local face ao princípio da isonomia; seus possíveis resultados positivos; as implicações negativas no que concerne aos quesitos necessários para a seleção reduzida; e o risco de uso pessoal favorecendo a corrupção.

## 1. LICITAÇÃO – OBJETIVOS E ACEPTÕES

O instituto da licitação é utilizado pelo poder público para realizar aquisições e contratações de serviços. Segundo relatório emitido pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação – SLTI, do Ministério do Planejamento, no ano de 2013 foram movimentados R\$ 68,4 bilhões em compras governamentais oriundos de 223,2 mil processos<sup>1</sup>. Isso equivale a 14,13% do Produto Interno Bruto – PIB para o ano de 2013 que fechou em R\$ 4,84 trilhões.<sup>2</sup>

Em virtude disso, os recursos destinados às contratações públicas são relevantes para o incentivo ao desenvolvimento local, haja vista que é um montante considerável que poderá servir de impulsor para que alguns municípios com baixos recursos possam utilizá-los em prol do mercado existente na própria área do município.

### 1.1. Conceitos

Antes de adentrarmos ao assunto principal objeto deste trabalho, é importante citar os conceitos apresentados por diversos doutrinadores, para melhor definir a natureza jurídica do instituto licitação.

Maria Sylvia Zanella de Pietro define licitação “como procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas”<sup>3</sup> no edital formular a melhor proposta com o objetivo de celebrar um contrato com a administração pública.

---

<sup>1</sup> COMPRAS GOVERNAMENTAIS. **Informações Gerenciais de Contratações e Compras Públicas: janeiro a dezembro de 2013.** Disponível em: <[http://www.comprasgovernamentais.gov.br/arquivos/estatisticas/01\\_a\\_10\\_informativo\\_comprasnet\\_dados\\_gerais\\_2013.pdf](http://www.comprasgovernamentais.gov.br/arquivos/estatisticas/01_a_10_informativo_comprasnet_dados_gerais_2013.pdf)>. Acessado em: 23 Jul. 2014.

<sup>2</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. **Em 2013, PIB cresce 2,3% e totaliza R\$ 4,84 trilhões.** Disponível em: <<http://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo?view=noticia&id=1&idnoticia=2591&busca=1&t=2013-pib-cresce-2-3-totaliza-r-4-84-trilhoes>>. Acessado em: 23 Jul. 2014.

<sup>3</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 351

Seguindo o mesmo posicionamento, Fernanda Marinela diz ser um procedimento administrativo que se destina a selecionar a melhor proposta dentre as apresentadas pelos interessados em contratar com a Administração Pública. Complementa o conceito explicando que o instrumento “tem como finalidade viabilizar a melhor contratação possível para o Poder Público, além de permitir que qualquer um que preencha os requisitos legais tenha a possibilidade de contratar”.<sup>4</sup>

Já Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua como “certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas”.<sup>5</sup>

A versão de José dos Santos Carvalho Filho considera “licitação como o procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados”.<sup>6</sup>

Por fim, no que tange ao conceito de licitação, tem-se uma definição de Renato Geraldo Mendes, especialista da área, onde considera:

A licitação é um conjunto de etapas e atos que visa a apurar as condições pessoais dos interessados e a viabilizar a disputa isonômica entre os licitantes, a fim de saber quem propõe o melhor negócio, ou seja, quem é o titular da melhor relação benefício-custo.<sup>7</sup>

Assim, tem-se resumidamente que licitação é instrumento utilizado pela Administração Pública na realização de compras e contratação de serviços com particulares, para que se dê possibilidade de participação a quem interessar, resguardando o Erário de influência que direcione as compras governamentais a pessoas escolhidas pelo administrador. Logo, trata-se de uma seleção visando alcançar uma proposta que satisfaça os interesses administrativos do ponto de vista econômico e técnico.

---

<sup>4</sup> MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 4ª ed. Niterói: Impetus, 2010. p. 315

<sup>5</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 517

<sup>6</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23ª ed. rev., amp. atualizada até 31.12.2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 256

<sup>7</sup> MENDES, Renato Geraldo. **O Processo de contratação pública – fases, etapas e atos**. Curitiba: Zênite, 2012. p. 250

## 1.2. Licitação em Legislação

É sabido que dentre os princípios que regem o direito administrativo o principal é o da legalidade. Por este, ao contrário do particular que não é obrigado a fazer o que não lhe é imposto por lei, conforme inciso II do art. 5º da Constituição Federal, à administração pública é imposta que somente poderá fazer ou não fazer o que a lei permita ou proíba.

Sobre esse princípio, José dos Santos Carvalho Filho lembra-nos, ao parafrasear Hely Lopes Meirelles, que “enquanto os indivíduos no campo privado podem fazer tudo o que a lei não veda, o administrador público só pode atuar onde a lei autoriza”.<sup>8</sup>

Nesse diapasão é que o processo administrativo denominado licitação é disciplinado por legislações que dão amparo aos atos proferidos pelo administrador na busca pela melhor proposta para a administração pública. Com base nisso a União, nos termos do inciso XXVII do art. 22 da CRFB, publicou a Lei 8.666/1993, conhecida como Estatuto Licitatório.

Esse Estatuto disciplina todos os atos necessários para se conduzir um certame licitatório, desde o planejamento iniciado no âmbito do ente público até a assinatura do contrato e execução deste. Nesse sentido, serão apresentadas nos próximos subcapítulos algumas informações importantes nesse procedimento para que se possa alcançar a sua utilização como instrumento de estímulo ao desenvolvimento local e sua implicância no que tange à restrição de direitos dos demais fornecedores.

### 1.2.1. A Lei Geral das Licitações: Lei 8666/93

Inicialmente (art. 1º) a legislação estabelece que seu teor se refere a normas gerais de aplicabilidade em todos os entes da federação: União, Estados,

---

<sup>8</sup> MEIRELLES, Hely Lopes apud CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23ª ed. rev., amp. atualizada até 31.12.2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 256. p. 26

Distrito Federal e Municípios. É um exemplo de Lei Nacional, pois se aplica a todos.<sup>9</sup>

No art. 3º o estatuto licitatório traz o rol de princípios que devem ser respeitados na condução do instituto, dando maior ênfase ao princípio Constitucional da isonomia, e complementado com princípios básicos da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

O fato curioso a ser observado na leitura desse artigo é que a isonomia obteve uma posição de destaque, diferente do rol contido no *caput* do art. 37 da CRFB, que define os princípios Constitucionais aplicados à Administração Pública, onde ele não foi sequer citado. Contudo, já no inciso XXI do mesmo artigo, ao conferir a licitação como obrigatória à administração, o Constituinte se refere ao termo “igualdade de condições a todos os concorrentes”. Isso comprova que no Direito Administrativo quando o tema é licitação o princípio da igualdade é um pilar que sustenta os procedimentos.

Sobre esse princípio, Pedro Lenza diz que a igualdade deve ser buscada para que os desiguais se igualem. Senão, vejamos

Deve-se, contudo, buscar não somente essa aparente igualdade formal (consagrada no liberalismo clássico), mas, principalmente, a **igualdade material**, uma vez que a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.<sup>10</sup> (destaque original)

Nesse sentido, demonstra-se que o princípio é relativo para que seu objetivo seja alcançado, ou seja, a igualdade material.

No que tange ao princípio da legalidade, este é por demais auto didático. Isso porque, conforme discorrido alhures, a administração pública, no geral, só deve agir conforme os ditames legais. Para Pedro Lenza “o princípio da legalidade surgiu com o Estado de Direito, opondo-se a toda e qualquer forma de poder autoritário, antidemocrático”<sup>11</sup>. Para José dos Santos Carvalho Filho “o

---

<sup>9</sup> MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 324

<sup>10</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 973

<sup>11</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1274

princípio da legalidade denota exatamente essa relação: só é legítima a atividade do administrador público se estiver condizente com o disposto na lei”.<sup>12</sup>

Pelo princípio da impessoalidade o administrador público não deve enxergar a pessoa do administrado, pois deve agir de forma equânime para todos, voltando-se exclusivamente para o interesse público. Em razão disso, é que Carvalho Filho o chama de “uma faceta do princípio da isonomia”<sup>13</sup>.

No próximo princípio estatuído na Lei 8666/93, temos a moralidade. Este princípio, contestado por alguns autores, que entendem ser absorvido pela legalidade, denota uma ideia de probidade e boa-fé<sup>14</sup>. Isso não se confunde com legalidade, pois nem tudo que é legal é moral, por não estar condizente com o bom senso. Em razão disso é que a administração pública deverá, na condução de certames licitatórios, agir com respeito aos princípios éticos norteadores das ações dos agentes públicos.<sup>15</sup>

Para dar transparência aos atos emanados em uma licitação, o gestor público deve dar publicidade durante todo o processo quando na fase externa. Trata-se do princípio da publicidade, que além de estar no rol do artigo 3º é explicado no § 3º do mesmo artigo, onde deixa claro que a licitação não será sigilosa devendo os atos de seu procedimento estar acessíveis a qualquer pessoa com exceção das propostas até a abertura. Tal dispositivo visa permitir o acompanhamento e a fiscalização dos trâmites do processo onde os interessados, ao verificar alguma irregularidade que afronte a lei, poderão impugnar os atos até então emanados.<sup>16</sup>

Tendo uma íntima relação com o princípio da moralidade, o da probidade administrativa exige que o agente público haja honestamente com os licitantes e, também, com a própria administração, concorrendo para que a busca do certame licitatório seja a mais acertada possível em prol do interesse público.<sup>17</sup> Esse princípio visa combater os atos de improbidade que são duramente sancionadas por

---

<sup>12</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24ª ed. rev. amp. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 46

<sup>13</sup> Idem

<sup>14</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 77

<sup>15</sup> NASCIMENTO, Renato. **Licitações e contratos administrativos**. 2ª ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 30

<sup>16</sup> ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19ª ed. ver. e atual. São Paulo: Método, 2011. p. 565.

<sup>17</sup> NASCIMENTO, Renato. **Licitações e contratos administrativos**. 2ª ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 30

meio de lei específica, trata-se da Lei nº 8.429/1992, que regulamento o § 4º do art. 37 da CRFB, que diz que os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, além de uma persecução penal.

Continuando com a análise dos princípios da licitação elencados na Lei 8666/93, temos o da vinculação ao instrumento convocatório. Por meio do edital ou da carta convite, as empresas tomam conhecimento de que a administração pública pretende adquirir bens ou contratar serviços necessários à gestão administrativa. Assim, esse documento trará todos os critérios e regras que vinculam tanto o poder público quanto o futuro contratado, dentro dos ditames estabelecidos em lei. Nesse sentido, estando os requisitos acessíveis a todos, estes não poderão ser violados nem por um nem por outro. Logo, nos termos do art. 41 caput do estatuto licitatório, “A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”.

O julgamento objetivo das propostas nada mais é do que uma afirmação ao anterior. Pois, vinculado ao instrumento convocatório a administração deverá julgar a proposta com estrita observância aos requisitos pré-estabelecidos, sem abrir margem para escolhas de cunho subjetivo.

Por fim, temos os chamados princípios correlatos que o legislador fez menção ao final do texto do art. 3º. Estes “correlatos” são por vezes desmerecidos pelos doutrinadores. Contudo, alguns são merecedores de análise, pois, conforme o próprio termo diz, são conexos com os chamados princípios básicos.

Dentre os autores que os considera importantes, José dos Santos Carvalho Filho lembra o da competitividade. Por este princípio a administração não poderá criar barreiras que restringem ou frustram o caráter competitivo da licitação. Segundo o autor a competitividade é conexa com o princípio da igualdade, que o é também com o da indistinção, onde se veda a criação de preferências quanto à naturalidade, sede ou município das licitantes, ressalvadas as exceções,<sup>18</sup> que é objeto principal deste trabalho e serão tratadas nos próximos capítulos.

---

<sup>18</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24ª ed. rev. amp. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 317

Carvalho Filho defende ainda a observância do princípio do formalismo procedimental, onde “as regras do procedimento adotadas para a licitação devem seguir os parâmetros estabelecidos na lei, não sendo lícito aos administradores subvertê-los a seu juízo”<sup>19</sup>. Desse modo, todos os trâmites do certame devem estar estritamente dentro das regras previstas no ordenamento legislativo, é uma conexão com o princípio da legalidade e o devido processo legal.

São inúmeros os princípios aplicáveis ao procedimento licitatório encontrados no ordenamento jurídico. Porém, em razão da limitação contextual aqui pretendida, não há razão para querer esgotar os assuntos apresentados por essa via estreita.

Para efetivar a licitação propriamente dita, o estatuto licitatório traz um rol de cinco modalidades, específicas para cada caso, onde são divididas em três para contratação de obras, serviços e fornecimento; e duas para objetivos próprios e diferentes.

Alexandre Mazza conceitua modalidades licitatórias como “os diferentes ritos previstos na legislação para o processamento da licitação”<sup>20</sup>. Trata-se apenas de atos distintos em cada modalidade, como prazos e meios de publicação do edital, formas de seleção das licitantes e, sobretudo, no caso das três principais, são definidas especialmente em razão do valor da contratação.

Além das modalidades previstas na Lei 8666/93, temos o pregão que é previsto em lei especial. Esta, por sinal, é uma forma muito utilizada pela Administração Pública em razão da celeridade e competitividade que será explorada com mais afinco adiante.

#### a) Concorrência

A concorrência deve ser utilizada para obras e serviços de engenharia, cujo valor estimado para contratação seja superior a R\$ 1.500.000,00, e para compras e contratações de outros serviços acima de R\$ 650.000,00, além de ser

---

<sup>19</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24ª ed. rev. amp. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 319

<sup>20</sup> MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 334

obrigatória nas alienações e aquisições de bens imóveis, ressalvados os casos previstos no art. 19 que prevê, também, o leilão.<sup>21</sup>

Trata-se da modalidade geral que pode ser realizada para qualquer objeto ou valor. É o que o Tribunal de Contas da União – TCU assegura na revista da Corte, explicando que “É cabível em qualquer dos casos de licitação e valor estimado do objeto da Contratação”.<sup>22</sup>

Conforme o estatuto licitatório, no § 1º do art. 22, “concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto”.<sup>23</sup>

Tendo em vista que esta modalidade é legalmente obrigatória para as licitações mais complexas, no que tange ao objeto e ao valor estimado, principalmente, para obras e serviços de engenharia, ela guarda algumas formalidades mais rígidas que difere das demais. Dentre elas podemos citar o prazo para publicação, de no mínimo 45 dias úteis.

#### b) Tomada de preços

Segundo o § 2º do art. 22 do estatuto, a modalidade tomada de preços é realizada “entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação”. Os valores que limitam a utilização desta modalidade é R\$ 1.500.000,00 para obras e serviços de engenharia e de R\$ 650.000,00 para compras e outros serviços.

---

<sup>21</sup> NASCIMENTO, Renato. **Licitações e contratos administrativos**. 2ª ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 52

<sup>22</sup> TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Licitações e contratos**. 4ª. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. p. 38

<sup>23</sup> BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 22 Jun. 1993. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1993/lei-8666-21-junho-1993-322221-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 10 Ago. 2014

Maria Sylvia Zanella Di Pietro levanta a questão quanto ao cadastramento posterior até três dias antes do recebimento das propostas. Isso se dá devido à inovação trazida pela Lei 8.666/93, pois a legislação anterior limitava apenas aos cadastrados.

(...) de certa forma, desnaturou o instituto ao permitir a participação de interessados que apresentem a documentação exigida para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas. O objetivo evidente foi o de abrir as portas para maior número de licitantes, o que pode convir aos interesses da Administração; mas não há dúvida de que o procedimento da tomada de preços veio tornar-se praticamente mais complexo, já que a comissão de licitação tem que examinar a documentação dos licitantes que participarem dessa forma. A grande vantagem da tomada de preços estava na fase de habilitação, em que a comissão se limitava a examinar os certificados de registro cadastral; pela nova lei, essa fase praticamente se iguala à da concorrência, quando houver licitantes utilizando-se dessa nova forma de participação.<sup>24</sup>

Assim, percebe-se que após a inovação esta modalidade, antes utilizada para se ter maior celeridade nas contratações, passou a se igualar com a concorrência devido à possibilidade de se analisar documentos de não cadastradas momentos antes da abertura da sessão pública. Contudo, deve-se considerar um ponto positivo que é a ampliação da competitividade o que pode resultar em melhores preços.

### c) Convite

Limitadas até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) para obras e serviços de engenharia e a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) para bens e outros serviços, o convite é considerada uma modalidade para pequenos valores. Nesta são convidados no mínimo três fornecedores que atendam ao requisito do objeto pretendido, podendo ser cadastrados ou não no ente licitante. À exemplo da tomada de preços é facultado a outros pretendentes se candidatarem a disputa com antecedência mínima de 24h antes da abertura das propostas. É o que aduz o

---

<sup>24</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 390

parágrafo 3º do art. 23 do estatuto licitatório. Assim, estando o licitante apto a participar do certame, não poderá ser impedido pela Administração.<sup>25</sup>

#### d) Concurso

Conforme dito há duas modalidades de licitação previstas no estatuto licitatório que servem para fins específicos. Uma delas é o concurso, cujo objetivo, previsto no §4º do art. 22, é “a escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias”.<sup>26</sup>

Sobre esses trabalhos técnicos especializados o art. 13 do mesmo diploma define quais são e os condiciona a adoção da modalidade ora analisada, salvo quando for cabível a inexigibilidade. Trata-se de estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos; pareceres, perícias e avaliações em geral; assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras; assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços; patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; treinamento e aperfeiçoamento de pessoal; restauração de obras de arte e bens de valor histórico. Repare que são serviços que requer alto conhecimento técnico e que por isso se faz necessário um meio diferenciado para que haja uma seleção adequada.

#### e) Leilão

Na última modalidade prevista na Lei 8666/93, o leilão é utilizado para que qualquer interessado adquira bens móveis inservíveis para a administração ou

---

<sup>25</sup> MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 4ª ed. Niterói: Impetus, 2010. p. 347

<sup>26</sup> BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 22 Jun. 1993. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1993/lei-8666-21-junho-1993-322221-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 10 Ago. 2014

provenientes de apreensão ou penhorados. Serve, também, para a alienação de “bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação”.

Diferentemente das demais modalidades, onde a Administração adquire bens ou serviços, no leilão ela se desfaz de bens móveis ou imóveis. Por isso o critério de julgamento será sempre o maior lance ofertado tendo como limite mínimo o estabelecido em avaliação prévia realizada pelo setor competente da Administração.

### **1.2.2. Pregão: uma modalidade eficiente**

Segundo previsão no § 8º do art. 22 da Lei 8666/93 “É vedada a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das referidas neste artigo”. Em uma interpretação meramente literal podemos inferir que não há qualquer possibilidade de criação de novas modalidades licitatórias. Contudo, a vedação instituída se refere ao Administrador Público inovar criando novos meios de licitar, ou até mesmo o legislador estadual ou municipal. Sobre isso, explicou assim Renato Geraldo Mendes:

A criação de modalidade é questão que se insere no âmbito da competência constitucional para editar normas gerais, vale dizer, somente pode ser exercida pela União. Não significa que a União não possa criar modalidade nova. Quem não pode criar modalidade nova são os estados, o Distrito Federal e os municípios. Portanto, a vedação existe para esses entes, e não para a União.<sup>27</sup>

Assim, com a publicação da Lei 10.520/2002 foi instituída a modalidade Pregão. O principal objetivo do novo instrumento licitatório foi o de dar celeridade aos processos, pois nesta, diferente da concorrência, até então a principal, apenas os documentos da licitante vencedora é que serão analisados para fins de habilitação.

Sobre o tema, ainda em 2005, o Tribunal de Contas da União – TCU, assim recomendou:

---

<sup>27</sup> MENDES, Renato Geraldo (Coord.) **Lei de Licitações e Contratos Anotada**. 9ª ed. Curitiba: Zênite, 2013. p. 357

...avaliar a possibilidade de realizar pregão, modalidade bem mais ágil e menos burocrática de licitação, para a contratação dos serviços pretendidos, à luz do entendimento esboçado pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão 313/2004 – Plenário.<sup>28</sup>

No mesmo sentido, Renato Geraldo Mendes explica de forma simples e didática as razões da implementação do Pregão:

Permanecer durante décadas conduzindo a licitação para a contratação de fornecimento de água mineral ou de caneta esferográfica da mesma forma que para a contratação da execução de uma grande obra de engenharia ou de serviços intelectuais resultou em grande desgaste. Desgaste esse totalmente desnecessário e que poderia ter sido evitado já em 1986, quando da edição do Decreto-lei nº 2.300. Mas o fato é que não foi. Com o advento do pregão, passamos a fazer de maneira mais simples e rápida o que muito complicado e demorado, ou seja, agimos de forma mais eficaz.<sup>29</sup>

Logo, infere-se que a utilização da nova modalidade licitatória tornou as compras governamentais mais eficientes, pelo menos no que concerne ao tempo. Essa celeridade sofreu um suporte ainda maior com a efetivação do Pregão Eletrônico por meio do Decreto nº 5450/2005, nos termos do preconizado no § 1º do Art. 2º da Lei do Pregão, tornando, além de célere, competitiva tendo em vista que por meio da internet qualquer empresa cadastrada no sistema poderá participar do certame mesmo que estivesse em regiões diferentes.

Com essa amplitude as licitações passaram a ser nacionais, o que ocasionou uma espécie de “transferência de recursos” de um município para outro. Ou seja, a realização de um Pregão em um ente público de Brasília pode resultar como vencedor uma empresa de São Paulo. Isso já era possível e até incentivado pelo princípio da competitividade. Porém, tornava-se dificultoso e oneroso para as empresas do ponto de vista logístico.

Em razão disso, e com os próprios mandamentos Constitucionais e Legais, paulatinamente foram sendo editados leis e decretos que passaram a utilizar margens de preferência para algumas empresas, como as micro e pequenas, por

---

<sup>28</sup> TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Acórdão 656/2005 – 2ª Câmara**. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em: 23 Ago. 2014.

<sup>29</sup> MENDES, Renato Geraldo. **O processo de Contratação Pública – Fases, etapas e atos**. Curitiba: Zênite, 2012. p. 33

meio da Lei Complementar 123, que trouxe, também, benefícios fiscais e tributários para esse segmento empresarial.

Contudo, no que tange ao propósito deste trabalho, será analisado doravante apenas os benefícios fixados para as micro e pequenas empresas no que concerne à participação destas nas licitações públicas, cuja finalidade é o incentivo ao desenvolvimento nacional sustentável, do ponto de vista social e econômico.

## 2. O PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Antes de se adentrar ao assunto específico do princípio da isonomia, vale a pena destacar a importância dos princípios consubstanciados nas Constituições como fontes materiais dos ordenamentos jurídicos. Isso porque, como dito alhures, são a base, o pilar mestre que norteiam o poder legiferante derivado.

Sobre isso, bem asseverou Mônia Clarissa Hennig Leal:

Os princípios traduzem, portanto, a idéia de Constituição material, imprescindível e essencial para a fundamentação de uma concepção mais ampla de Constituição enquanto documento jurídico de ordenação da sociedade.<sup>30</sup>

Sobre o mesmo prisma, José Afonso da Silva, em poucas palavras dá a devida importância aos princípios ao dizer que eles “são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas”.<sup>31</sup>

José A. Camargo dá um aspecto ainda mais curioso, ao dizer que os princípios “podem ser concebidos como fios condutores da energia dinâmica que sustenta a Constituição”.<sup>32</sup> O autor continua o raciocínio da seguinte maneira:

*Essa energia promove a manutenção do equilíbrio interno do sistema jurídico, apesar das mudanças na sua ambiência ou entorno de natureza sociopolítica e mesmo axiológica, tal como de dá com a propriedade homeostática que possuem especialmente os seres vivos em um sistema aberto. (destaque original)<sup>33</sup>*

Em virtude disso, é que os princípios constitucionais devem ser observados em sua amplitude na composição das leis infraconstitucionais capazes de reger a vida social em harmonia e dentro de parâmetros estabelecidos pela sociedade inserida em um Estado Democrático de Direito.

---

<sup>30</sup> LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **A Constituição como princípio**. Barueri – SP: Manole, 2003. p. 64

<sup>31</sup> SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. In: MARTINS, Ives Granda da Silva; et al. (Coord.) **Tratado de direito constitucional**. Vol. 1. 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012. p. 251

<sup>32</sup> CAMARGO, José A. Efetividade dos Direitos, Liberdades e Garantias das Minorias e dos Excluídos. In: DONIZETTI, Elpídio; et al. (Coord.) **Diversos Enfoques do Princípio da Igualdade**. Belo Horizonte: Forum, 2014. p. 188

<sup>33</sup> idem

Pois bem. No que tange ao princípio ora analisado, conforme discorrido em breves palavras, o princípio da isonomia, também conhecido como da igualdade ou equidade, é um dos princípios norteadores das licitações. Por sinal, é um dos mais importantes da nossa Constituição de 1988.

Em razão disso, não seria diferente senão a inclusão do referido princípio nas leis que disciplinam as compras realizadas pela Administração Pública. Ademais, outros princípios possuem amparo neste que é o norteador para uma licitação moralmente correta e impessoal.

Assim, com vistas a uma análise mais aprofundada quanto à aplicabilidade das margens de preferência nas licitações, sem que haja ofensa a esse princípio de tamanha importância, discorrer-se-ão a seguir alguns posicionamentos jurídicos e doutrinários sobre a temática.

## **2.1. A Isonomia do Ponto de Vista Doutrinário**

Antes de se adentrar ao princípio da isonomia aplicado à licitação, faz-se necessária uma análise no que tange aos demais enfoques deste. Claro, sem que se tente esgotar a temática tendo em vista a amplitude de abordagens capazes de abranger o referido princípio.

Patrícia Uliano Effting, em um brilhante trabalho acerca do princípio da igualdade, divide-o em “igualdade na democracia”, “igualdade na justiça” e “igualdade social”. Sobre o primeiro, a autora se baseia aos autores clássicos para concluir que a isonomia é um fundamento da democracia, e que a isonomia não está vinculada à máxima de que na democracia prevalecem as regras estipuladas pela maioria. Logo, pode-se haver igualdade sem democracia, mas não haverá democracia sem igualdade.<sup>34</sup>

Sobre o segundo Effing afirma que para fazer justiça é necessário

---

<sup>34</sup> EFFTING, Patrícia Uliano. **A Finalidade do Princípio da Igualdade**. Florianópolis: Conceito, 2012. p. 27

permitir as mesmas condições de vivência digna e de possibilidades concretizáveis numa sociedade a todos os seres humanos, além de conceder a livre escolha dentro de um limite razoável de regras que visem ao bem comum.<sup>35</sup>

Esse conceito aberto de igualdade na justiça se fez necessário, segundo a autora, por existir em determinado lapso temporal justiça que ao serem aplicadas em outro momento tornam-se injusta.

No último conceito, referente à igualdade social, a autora cita Paulo Evaristo Arns para quem a

igualdade resulta da organização humana, pois as pessoas não nascem iguais e não são iguais em suas vidas. É a lei que torna ou deveria tornar os homens iguais, ou seja, as diferenças deveriam ser igualadas através da instituição.<sup>36</sup>

Sobre esses enfoques levantados, José Afonso da Silva, ao lecionar sobre “Igualdade, desigualdade e justiça”, lembra que se admitiam

*duas espécies de desigualdades* entre homens: uma, que chamava *natural* ou *física*, porque estabelecida pela natureza, consistente na diferença das idades, da saúde, das forças do corpo e das qualidades do espírito e da alma; outra, que denominava *desigualdade moral* ou *política*, porque depende de um espécie de convenção, e é estabelecida, ou ao menos autorizada, pelo consentimento dos homens, consistindo nos diferentes privilégios que uns gozam em detrimento dos outros, como ser mais ricos, mais nobres, mais poderosos.<sup>37</sup>

No que concerne à desigualdade natural ou física não há discussão mais acalorada tendo em vista a sua constituição ser própria da natureza. Já quando se trata da moral e política as acepções afligem a própria ideia de justiça frente à igualdade. Cármen Lúcia Antunes Rocha lembra que

não se aspira uma igualdade que frustrate e desbaste as desigualdades que semeiam a riqueza humana da sociedade plural, nem se deseja uma desigualdade tão grande e injusta que impeça o homem de ser digno em sua existência e feliz em seu destino. O que se quer é a igualdade jurídica que embasa a realização de todas as desigualdades humanas e as faça suprimimento ético de valores poéticos que o homem possa desenvolver. As desigualdades naturais

<sup>35</sup> EFFTING, Patrícia Uliano. **A Finalidade do Princípio da Igualdade**. Florianópolis: Conceito, 2012. p. 32

<sup>36</sup> ARNS, Paulo Evaristo apud EFFTING, Patrícia Uliano. **A Finalidade do Princípio da Igualdade**. Florianópolis: Conceito, 2012. p. 27

<sup>37</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. rev. atual EM 48/2005. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 212

são saudáveis, como são doentes aquelas sociais e econômicas, que não deixam alternativas de caminhos singulares a cada ser humano único.<sup>38</sup>

Nesse diapasão, tem-se que as desigualdades naturais são próprias de uma sociedade humana e plural. Nesta não se deve estabelecer ou até mesmo propor tratamentos que tentem igualá-las, pois somente seria possível por meios desumanos tornando as ações do homem a de seres irracionais.

Por outro lado, do ponto de vista socioeconômico, cabe ao Estado Democrático de Direito buscar a igualdade tratando os desiguais de forma desigual ao tratamento dado aos iguais exatamente para igualá-los ou torna-los menos desiguais.

## 2.2. O Princípio da Igualdade na Constituição de 1988

A CRFB/1988 traz diversos preceitos que buscam diferenciar em razão das “diferenças circunstanciais” registradas nos arts. 27 § 1º e 53 § 8º referente às imunidades parlamentares; ao art. 53 § 1º que trata das prerrogativas de foro; art. 12 § 3º que restringe o acesso a determinados cargos públicos; e o art. 14 § 2º que veda o alistamento eleitoral a determinadas pessoas. Neste sentido, temos constitucionalizado o tratamento desigual em razão da desigualdade.<sup>39</sup>

Por outro lado, no art. 3º III tem-se entre os objetivos fundamentais a redução das desigualdades sociais e regionais, inclusive será objeto de estudo mais aprofundado em razão do aqui pretendido; no inciso IV, do mesmo artigo, reprime qualquer forma de discriminação; já nos arts. 170, 193, 196 e 205 tem-se a “universalidade da seguridade social, a garantia ao direito à saúde, à educação baseada em princípios democráticos e de igualdade de condições para o acesso e

---

<sup>38</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes apud SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. rev. atual EM 48/2005. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 213

<sup>39</sup> VILLELA, Jaime Nápoles. O princípio da Igualdade Frente aos Poderes Constituinte e Revisional. In: DONIZETTI, Elpídio; et al. (Coord.) **Diversos Enfoques do Princípio da Igualdade**. – Belo Horizonte: Forum, 2014. p. 140

permanência na escola”, trata-se de uma “preocupação com a justiça social como objetivo das ordens econômica e social”.<sup>40</sup>

Além dos aspectos analisados, têm-se, ainda, as chamadas discriminações positivas que tem por objetivo dar tratamento diferenciado a determinadas pessoas visando diminuir as diferenças existentes perante outras na busca por uma igualdade relativa. Sobre isso podemos citar o art. 7º inciso XX, que trata da proteção ao mercado de trabalho feminino; o art. 5º inciso LXXIV, referente à assistência judiciária aos necessitados; o art. 134 que trata da prestação gratuita nas Defensorias Públicas; o art. 5º, inciso LXXVI que concede certidões de nascimento e óbito aos reconhecidamente necessitados; os arts. 37, inc. VIII, 203 e 208, inc. III, que trata da proteção aos portadores de deficiência; os arts. 203, 228, 229 e 230 referentes às proteções às crianças e aos idosos; e os arts. 183 e 188 que tratam do direito a moradia e a concessão de terras públicas.<sup>41</sup>

Assim, têm-se, portanto, dispositivos constitucionais aptos a dar amplitude ao princípio da isonomia que vão desde tratamentos diferenciados em determinadas funções estatais, tendo em vista a necessidade que a função requer, passando por imposições referentes à igualdade material, finalizando com as discriminações positivas. Todos, como dito alhures, são reflexos do brocardo “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida da sua desigualdade”.<sup>42</sup>

### 2.3. Igualdade perante a Lei

Igualdade perante a lei é a igualdade dos cidadãos que se expressa na mesma dignidade social e na igualdade de tratamento normativo.<sup>43</sup> Isso quer dizer que leis são asas que protegem e guardam os cidadãos de forma igualitária.

---

<sup>40</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. rev. atual EM 48/2005. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 214-220

<sup>41</sup> VILLELA, Jaime Nápoles. O princípio da Igualdade Frente aos Poderes Constituinte e Revisional. In: DONIZETTI, Elpídio; et al. (Coord.) **Diversos Enfoques do Princípio da Igualdade**. – Belo Horizonte: Forum, 2014. p. 140

<sup>42</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 179

<sup>43</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. rev. COIMBRA: Livraria Almedina, 1993. p. 349.

O princípio constitucional da isonomia possui alcance universal. Dentre eles se pode citar como principal o legislador derivado. Trata-se de limitações do poder de legislar concedido ao poder legislativo o qual não poderá aprovar leis que afrontem o referido princípio. É a chamada igualdade jurídico-formal.

Bandeira de Mello, citado por Camargo, ensina que

a Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita *tratar equitativamente* [de modo justo] todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo *princípio da isonomia* e juridicizado [ou transformado em norma jurídica] pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes.<sup>44</sup> (destaque do autor)

Sendo assim, a vida deve ser regulada pelos instrumentos legais de modo a proporcionar a equidade entre os cidadãos, sem estabelecer tratamento desproporcional que ultrapasse os limites razoáveis necessários a conceder a igualdade sobre o prisma Constitucional.

Em um ambiente democrático a participação de diversas categorias no ambiente legislativo poderia gerar produção de leis que beneficie uns em detrimento de outros onde a natureza política e social é semelhante. Isso porque, em que pese a lei ser controlada pela isonomia, o tratamento diferenciado é salutar quando “igualdade constitucional se configura na medida da desigualdade dos destinatários da lei”, fazendo com que “A diferença de tratamento na lei se justifica (...) por motivos óbvios e por situações singulares que açodam homens e mulheres nas peculiaridades jurídicas e sociais”.<sup>45</sup>

Logo, ainda que o espírito de proteção de determinada casta social aflore no legislador, por se tratar de sua classe, este não poderá fazer uso do poder legiferante com o intuito de favorecer seus representados. Essa limitação se dá por meio do Controle de Constitucionalidade baseado nos princípios constitucionais, dentre eles o da isonomia.

Sobre isso, Camargo ensina:

---

<sup>44</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio apud CAMARGO, José A. Efetividade dos Direitos, Liberdades e Garantias das Minorias e dos Excluídos. In: DONIZETTI, Elpídio; et al. (Coord.) **Diversos Enfoques do Princípio da Igualdade**. Belo Horizonte: Forum, 2014. p. 192

<sup>45</sup> CAMARGO, José A. Efetividade dos Direitos, Liberdades e Garantias das Minorias e dos Excluídos. In: DONIZETTI, Elpídio; et al. (Coord.) **Diversos Enfoques do Princípio da Igualdade**. Belo Horizonte: Forum, 2014. p. 192-193

Daí que a igualdade se materializa na harmonização dos “interesses entre os que estão em autoridade e aqueles que estão em grande medida excluídos”, seja por *discriminação* ou *intolerância*, seja por pertença a uma minoria étnica, religiosa ou mesmo política, seja por serem vítimas da injustiça social por estarem em desvantagem frente à distribuição de riqueza e à oferta de oportunidades. *Condições injustas* que transgridem os móbéis constitucionais que atuam sobre os direitos, garantias e liberdades dos que estão à *periferia social*, que se situam no âmbito dos direitos fundamentais e que se projetam desde o valor dignidade de homens e mulheres.<sup>46</sup> (itálico original)

É a proteção dessas minorias citadas que a lei deve sustentar os direitos, as liberdades e as garantias fundamentais sob uma conciliação de ideia geral de igualdade, nascendo “concepções de pluralismo, tolerância, não discriminação, imparcialidade, inclusão, minorias tuteladas, solidariedade, fraternidade e justiça”<sup>47</sup> conectando-se à dignidade da pessoa humana, sejam homens ou mulheres.

## 2.4. O Princípio da Isonomia no Direito Administrativo

No âmbito administrativo o princípio da isonomia funciona como um instrumento de proteção para os administrados. Todavia, não é o que se vê na estrutura administrativa adotada no Estado brasileiro. A existência de práticas de coronelismo, clientelismo e favoritismo político, faz com que os subprincípios correlacionados com o princípio da igualdade se tornem muito relativizados.<sup>48</sup>

A função administrativa estatal deve-se pautar, além da isonomia, pela impessoalidade, legalidade, publicidade, moralidade e eficiência (art. 37 CRFB), ou, pelo menos, deveria. Ao atuar com estrita observância a esses princípios o agente público age de modo a proporcionar aos administrados em geral os melhores serviços públicos, fazendo com que a vida do cidadão se torne menos angustiante.

---

<sup>46</sup> CAMARGO, José A. Efetividade dos Direitos, Liberdades e Garantias das Minorias e dos Excluídos. In: DONIZETTI, Elpídio; et al. (Coord.) **Diversos Enfoques do Princípio da Igualdade**. Belo Horizonte: Forum, 2014. p. 199

<sup>47</sup> Idem.

<sup>48</sup> FONTES, Karolina dos anjos. O dever de imparcialidade da administração pública e o princípio da igualdade. In: DONIZETTI, Elpídio; et al. (Coord.) **Diversos Enfoques do Princípio da Igualdade**. Belo Horizonte: Forum, 2014. p. 241

A aplicabilidade do princípio da igualdade no âmbito administrativo pode ser verificada na obrigação de se contratar pessoal por meio de concurso público, pelo menos na maioria dos cargos, e na obrigação de licitar.

Sobre esse princípio aplicado ao direito administrativo, Alexandre Mazza ensina:

O princípio da isonomia é preceito fundamental do ordenamento jurídico que impõe ao legislador e à Administração Pública o dever de dispensar **tratamento igual a administrados que se encontram em situação equivalente**. Exige, desse modo, uma igualdade **na lei e perante a lei**. Atos administrativos e leis não podem desatender a esse imperativo de tratamento uniforme.<sup>49</sup> (grifo original)

Todavia, como já vimos no decorrer deste trabalho, tratar a todos de forma igualitária não é um preceito absoluto. Várias são as diferenças entre as pessoas passíveis de demandar tratamento desigual, e com o direito administrativo não é diferente. Isso pode ser verificado nas leis que concedem reserva de vagas para portadores de deficiência em concursos públicos, pontuação diferenciada em vestibulares para alunos egressos de escola pública, menor tempo de aposentadoria para mulheres, dentre outros.<sup>50</sup>

Sobre isso, Bandeira de Mello esclarece que, em tese, “determinados elementos ou traços característicos das pessoas ou situações são insuscetíveis de serem colhidos pela norma como raiz de alguma diferenciação”.<sup>51</sup> Entretanto, o autor complementa ao afirmar que não há barreira intransponível aparada pelo princípio da igualdade que impeça a adoção destas características como fatos determinantes para a ocorrência de discriminações. Para isso, o autor cita como exemplo concurso público para o cargo de polícia feminina, onde, com certeza, estariam excluídos candidatos do sexo masculino.<sup>52</sup>

Para se eximir de dúvidas acerca da ofensa ou não ao princípio da isonomia em razão de algum preceito discriminatório, Bandeira de Mello enumera alguns fatores que devem ser observados:

Tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há

---

<sup>49</sup> MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 120

<sup>50</sup> *Ibidem*. p. 121

<sup>51</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 15

<sup>52</sup> *Idem*.

justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impede analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dize: se guarda ou não harmonia com eles.<sup>53</sup>

Logo, percebe-se que no âmbito da Administração Pública é perfeitamente cabível a adoção de medidas onde se discriminam determinadas pessoas ou seguimentos. Contudo, deve-se averiguar, sobretudo, se o ato de exclusão possui guarida na Constituição.

---

<sup>53</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 21-22

### 3. LICITAÇÕES SUSTENTÁVEIS

#### 3.1. Definições e Objetivos

O estatuto licitatório, lei nº 8666/93, em sua redação original previa no § 2º do art. 1º que:

§ 2º Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

- I – produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional;
- II - produzidos no País;
- III – produzidos ou prestados por empresas brasileiras.<sup>54</sup>

Nesse sentido, ao se analisar uma licitação com propostas empatadas, cujos licitantes fossem um nacional e outro estrangeiro, dever-se-ia optar pelo licitante nacional, e somente nesses casos. Tal dispositivo seguia ao mandamento Constitucional, sobretudo o contido nos parágrafos do art. 171 que previa:

Art. 171 (*omissis*)

§ 1º - A lei poderá, em relação à empresa brasileira de capital nacional:

- I - conceder proteção e benefícios especiais temporários para desenvolver atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País;
- II - estabelecer, sempre que considerar um setor imprescindível ao desenvolvimento tecnológico nacional, entre outras condições e requisitos:

(...)

§ 2º - Na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional.<sup>55</sup>

Contudo, por ocasião da Emenda Constitucional nº 6 de 1995, promulgada no governo do então presidente Fernando Henrique Cardoso, todo o art. 171 foi revogado em razão do momento em que passava a política brasileira, uma

---

<sup>54</sup> BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 22 Jun. 1993. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1993/lei-8666-21-junho-1993-322221-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 10 Ago. 2014

<sup>55</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao.htm#art171](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm#art171)>. Acesso em: 10 Ago. 2014.

gestão de abertura de mercado, em que o principal objetivo à época era atrair capital estrangeiro.

Ocorre que, após os dois mandatos tucanos (PSDB), assumiu o poder uma gestão um pouco mais nacionalista, razão pela qual começaram a surgir legislações protetivas ao mercado brasileiro. Esse viés restritivo, em matéria de compras públicas, possui o seu auge a partir do ano de 2010, onde houve reformas significativas tendentes a favorecer ainda mais o mercado nacional.

Por meio da Medida Provisória nº 495, de 19 de julho daquele ano, o então presidente Luiz Inácio Lula da Silva alterou, dentre outros dispositivos, o art. 3º do estatuto, que passou a ter a seguinte redação:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional, e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.<sup>56</sup>

Esse artigo, ao passar pelo crivo do Poder Legislativo, conforme preceitua a Constituição, teve modificada a expressão “desenvolvimento nacional” para “desenvolvimento nacional sustentável”, conforme conversão na lei 12.349/2010. Verifica-se que a alteração teve o objetivo inicial apenas para incluir a questão ambiental na promoção do desenvolvimento nacional. É o que se infere ao se analisar a exposição de motivos para a edição da Medida Provisória. Senão, vejamos:

(...)

3. Paralelamente, impõe-se a necessidade de adoção de medidas que agreguem ao perfil de demanda do setor público diretrizes claras atinentes ao papel do Estado na promoção do desenvolvimento econômico e fortalecimento de cadeias produtivas de bens e serviços domésticos. Nesse contexto, torna-se particularmente relevante a atuação privilegiada do setor público com vistas à instituição de incentivos à pesquisa e à inovação que, reconhecidamente,

---

<sup>56</sup> BRASIL. Medida Provisória nº 495, de 19 de julho de 2010. Altera as Leis nºs 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.958, de 20 de dezembro de 1994, e 10.973, de 2 de dezembro de 2004, e revoga o § 1º da Lei nº 11.273, de 6 de fevereiro de 2006. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 20 jul. 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Mpv/495.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Mpv/495.htm)>. Acesso em: 10 Ago. 2014.

consubstanciam poderoso efeito indutor ao desenvolvimento do país.<sup>57</sup>

Assim, verifica-se que na exposição de motivos para alteração do art. 3º da lei, não se faz referência à questão ambiental. Ademais, em que pese haver sido apresentada 32 (trinta e duas) emendas à MP, nenhuma se referiu a inclusão do termo “sustentável”. Por esse motivo é que se acredita que a modificação, ocorrida sem nenhum amparo, se deu devido à relevância vivida com relação à proteção do meio ambiente.

Todavia, o termo “sustentável” não está vinculado apenas à proteção ao meio ambiente. O desenvolvimento nacional sustentável visa promover o crescimento do país nos aspectos econômico, ambiental e social.

Nesse sentido, o objetivo inicial para a alteração na lei foi apenas para utilizar o instrumento das contratações públicas para promover o desenvolvimento nacional. Trata-se de uma medida de caráter protecionista visando beneficiar o produto nacional em prol do estrangeiro. Posteriormente é que se incluiu a sustentabilidade como norteador nas ações de crescimento econômico.

Daniel Ferreira ensina que só haverá desenvolvimento onde houver sustentabilidade (ambiental, econômico e social), e que apesar do constante emprego do termo apenas para se referir ao aspecto ambiental, principalmente nas compras públicas, não se pode deixar de

exigir a promoção do ‘desenvolvimento’ nacional como terceira finalidade legal, ainda que apenas alavancado nos aspectos econômico (de proteção à indústria nacional e de geração de renda) e social (de geração de emprego).<sup>58</sup>

Como exemplo de que é usual apenas o desenvolvimento ambiental como sinônimo de sustentabilidade, citam-se os ensinamentos de Renato Geraldo

---

<sup>57</sup> SILVA, Paulo Bernardo; et. al. **Exposição de Motivos para Edição da Medida Provisória nº 495/2010**: E.M.I. Nº 104/ MP/MF/MEC/MCT, Brasília, 18 jun. 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Exm/EMI-104-MP-MF-MEC-MCT-MPV-495-10.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Exm/EMI-104-MP-MF-MEC-MCT-MPV-495-10.htm)>. Acesso em: 10 Ago. 2014.

<sup>58</sup> FERREIRA, Daniel. Licitações sustentáveis. In: Seleção de Estudos e Instruções – Licitações e Contratos. **9º Congresso Brasileiro de Pregoeiros**. 4ª ed. Curitiba: Instituto de Negócios Públicos do Brasil, 2014. p. 165-166.

Mendes, onde nas anotações ao estatuto licitatório definiu desenvolvimento nacional sustentável como “aquilo que tem por princípio o equilíbrio ambiental”.<sup>59</sup>

Sobre o termo desenvolvimento nacional sustentável, Jacoby Fernandes defende que a referência existente no art. 3º tem por objetivo incentivar a elevação da qualidade de vida sobre os aspectos econômico-social e ambiental. Continua a análise afirmando que sobre o primeiro “haverá preferência pela contratação de empresas aptas a assegurar empregos, a pagar tributos e a manter a riqueza nacional no Brasil”.<sup>60</sup> Já sobre o segundo, busca às contratações administrativas práticas ambientalmente corretas que reduzam os danos ou o uso impróprio dos recursos naturais.<sup>61</sup>

Em consequência disso, portanto, pode-se afirmar que o objetivo inicial de promover o desenvolvimento nacional por meio das compras públicas desencadeou, também, na busca de um crescimento equilibrado que vise à proteção do meio ambiente.

### 3.2. As Margens de Preferências nas Licitações Públicas

Com a alteração dada ao estatuto das licitações, no que concerne à adoção de preferência por produtos nacionais, protagonizada pela lei 12.349/2010, vários decretos foram editados para se regulamentar a aplicação dessas margens. Nesses dispositivos legais são descritos os critérios a serem seguidos pelos administradores públicos na seleção dos futuros fornecedores de bens e serviços.

Contudo, antes de se analisar os Decretos provenientes da lei de licitações, vale a pena fazer breves comentários referentes à Lei nº 8.428/91, cuja publicação é anterior ao novo estatuto licitatório, e possui como finalidade adotar medidas de capacitação e competitividade no setor de informática e automação, além de outras providências.

---

<sup>59</sup> MENDES, Renato Geraldo (Coord.) **Lei de Licitações e Contratos Anotada**. 9ª ed. Curitiba: Zênite, 2013. p. 58

<sup>60</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Desenvolvimento nacional sustentado**. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 50, abril 2011. Disponível em: <<http://www.justen.com.br//informativo.php?l=pt&informativo=50&artigo=1077>>. Acesso em 11 Ago. 2014.

<sup>61</sup> Idem.

No que tange às contratações públicas, a legislação publicada no início da década de 90, previa em seu art. 3º o seguinte:

Art. 3º Os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta ou indireta, as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público e as demais organizações sob o controle direto ou indireto da União, darão preferência, nas aquisições de bens e serviços de informática e automação, nos termos do § 2º do art. 171 da Constituição Federal, aos produzidos por empresas brasileiras de capital nacional, observada a seguinte ordem:

I - bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País;

II - bens e serviços produzidos no País, com significativo valor agregado local.

§ 1º Na hipótese da empresa brasileira de capital nacional não vir a ser objeto desta preferência, dar-se-á aos bens e serviços fabricados no País preferência em relação aos importados, observado o disposto no § 2º deste artigo.

§ 2º Para o exercício desta preferência, levar-se-á em conta condições equivalentes de prazo de entrega, suporte de serviços, qualidade, padronização, compatibilidade e especificação de desempenho e preço.<sup>62</sup>

Logo, percebe-se que o viés protecionista às empresas nacionais, com a utilização das compras públicas se seguia, já que a legislação que precede a Lei 8.666/93 fazia referência à preferência por licitantes locais quando em igualdade de condições com as internacionais. Contudo, ao contrário dos dispositivos pretéritos, passou-se a adotar margens em que os nacionais, mesmo com preços mais elevados, saem vencedores nas disputas com estrangeiros.

Voltando à Lei 8.428/91, no ano de 2001, com o advento da Lei nº 10.176, foram alteradas as regras concernentes às aquisições de bens e serviços de tecnologia da informação, onde se passou a adotar no inciso II a denominação processo produtivo básico – PPB, que de acordo com a Lei n.º 8.387, de 30 de dezembro de 1991, PPB é "o conjunto mínimo de operações, no estabelecimento fabril, que caracteriza a efetiva industrialização de determinado produto".<sup>63</sup>

---

<sup>62</sup> BRASIL. Lei nº 8.428, de 23 de outubro de 1991. Dispõe sobre a capacitação e competitividade do setor de informática e automação, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 23 Out. 1991. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8248.htm#art3](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8248.htm#art3)>. Acesso em: 10 Ago. 2014.

<sup>63</sup> BRASIL. Lei nº 8.387, de 30 de dezembro de 1991. Dá nova redação ao § 1º do art. 3º aos arts. 7º e 9º do Decreto-Lei nº 288, de 28 de fevereiro de 1967, ao caput do art. 37 do Decreto-Lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976 e ao art. 10 da Lei nº 2.145, de 29 de dezembro de 1953, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 31 Dez. 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8387.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8387.htm)>. Acesso em: 10 Ago. 2014.

Na verdade, o que antes era uma ação meramente protecionista, passou-se a adotar medidas que visavam incentivar a industrialização nacional com a abertura de mercado, dando incentivos fiscais para as empresas que se instalassem, sobretudo, na Zona Franca de Manaus. Isso deu fim à reserva de mercado ao setor de informática e automação. O PPB “consiste de etapas fabris mínimas necessárias que as empresas deverão cumprir para fabricar determinado produto como uma das contrapartidas aos benefícios fiscais estabelecidos por lei”.<sup>64</sup>

Assim, no que tange as licitações públicas, a nova legislação passou a dar margem de preferência para as empresas detentoras do PPB. Os requisitos foram delineados por meio do Decreto 7.174/2010, onde o art. 5º assim preceitua:

Art. 5º Será assegurada preferência na contratação, nos termos do disposto no art. 3º da Lei nº 8.248, de 1991, para fornecedores de bens e serviços, observada a seguinte ordem:  
I - bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País e produzidos de acordo com o Processo Produtivo Básico (PPB), na forma definida pelo Poder Executivo Federal;  
II - bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País; e  
III - bens e serviços produzidos de acordo com o PPB, na forma definida pelo Poder Executivo Federal.<sup>65</sup>

Logo, a margem de preferência adotada foi estabelecida no inciso II do art. 8º, nestes termos:

Art. 8º *omissis*  
II - aplicação das regras de preferência previstas no art. 5o, com a classificação dos licitantes cujas propostas finais estejam situadas até dez por cento acima da melhor proposta válida, conforme o critério de julgamento, para a comprovação e o exercício do direito de preferência;<sup>66</sup>

Como visto no inciso citado, passou-se a adotar os chamados empates fictos, onde aquele que possui preço dez por cento acima da melhor proposta é declarado vencedor por atender o disposto no art. 5º. Essa regra, é claro, refere-se

<sup>64</sup> MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR. **Processo Produtivo Básico (PPB): o que é PPB?** Disponível em: <<http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=2&menu=1103>>. Acesso em: 10 Ago. 2014

<sup>65</sup> BRASIL. Decreto nº 7.174, de 12 de maio de 2010. Regulamenta a contratação de bens e serviços de informática e automação pela administração pública federal, direta ou indireta, pelas fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público e pelas demais organizações sob o controle direto ou indireto da União. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, 10 maio 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7174.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7174.htm)>. Acesso em: 12 Ago. 2014.

<sup>66</sup> idem

às contratações de bens e serviços de informática no âmbito federal. Porém, outros dispositivos legais foram surgindo, sobretudo a partir de 2010, no final do mandato do presidente Lula, e em 2011, no primeiro ano da presidente Dilma Rousseff, voltando à política de proteção às indústrias nacionais.

### 3.2.1. Decreto nº 7.456/2011: o regulamento dos regulamentos

Após a alteração dada ao art. 3º da Lei 8.666/1993 fez-se necessária uma regulamentação visando dar execução à pretensão legislativa. Nesse sentido, em agosto de 2011 foi publicado o Decreto nº 7.546 no qual se estabelecem os critérios a serem admitidos nas contratações públicas nos termos do dispositivo licitatório.

Para isso, foi criada uma comissão interministerial de compras públicas com a atribuição de elaborar estudos com vistas a propor novas legislações regulamentando a adoção de novas margens de preferência. É o que aduz o art. 8º do referido dispositivo:

Art. 8º À CI-CP compete:

I - elaborar proposições normativas referentes a:

a) margens de preferência normais e margens de preferência adicionais máximas; e (...)

II - analisar estudos setoriais para subsidiar a definição e a implementação das margens de preferência por produto, serviço, grupo de produtos ou grupo de serviços e das medidas de compensação referidas no inciso I do caput;

III - promover avaliações de impacto econômico, para examinar os efeitos da política de margem de preferência e de medidas de compensação nas compras públicas sobre o desenvolvimento nacional, considerando o disposto na Lei no 12.349, de 15 de dezembro de 2010;

IV - acompanhar e avaliar a evolução e a efetiva implantação das margens de preferência e medidas de compensação no processo de compras públicas;

V - propor o universo de normas técnicas brasileiras aplicáveis por produto, serviço, grupo de produtos e grupo de serviços para os fins do disposto neste Decreto; e

VI - elaborar seu regimento.<sup>67</sup>

---

<sup>67</sup> BRASIL. Decreto nº 7.546 de 2 de agosto de 2011. Regulamenta o disposto nos §§ 5º a 12 do art. 3º da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, e institui a Comissão Interministerial de Compras Públicas. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, 2 de agosto de 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7546.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7546.htm)>. Acesso em: 12 Ago. 2014.

A partir de então foram editados novos decretos estabelecendo margens de preferências em setores específicos. Essas preferências, como bem explicado no § 1º do art. 8º, foram criadas com o propósito de fomentar o desenvolvimento nacional. Senão, vejamos:

§ 1º A proposição das margens de preferência será realizada com base em estudos, revistos periodicamente, em prazo não superior a cinco anos, que identifiquem, entre outros:

- I - o potencial de geração de emprego e renda no País;
- II - o efeito multiplicador sobre a arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais;
- III - o potencial de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País;
- IV - o custo adicional dos produtos e serviços; e
- V - em suas revisões, a análise retrospectiva de resultados.<sup>68</sup>

Assim, verifica-se que o objetivo é utilizar as licitações como instrumento de controle da atividade econômica nacional devido ao potencial financeiro do Estado. Sobre o assunto, Daniel Ferreira, em estudo aprofundado sobre a nova finalidade da licitação, asseverou que anterior a MP nº 495 as compras públicas possuíam duas finalidades: (i) a isonomia de tratamento; e (ii) a seleção mais vantajosa pelo critério do menor preço. Após a legislação inovadora a licitação adquiriu um terceiro e mais importante finalidade: a promoção do desenvolvimento sustentável.<sup>69</sup>

Em virtude disso foram publicados novos decretos estabelecendo margem de preferências nas licitações. Dentre eles, temos o de nº 7.601/2011, para aquisição de produtos de confecções, calçados e artefatos; nº 7.709/2012, para motoniveladores, pás mecânicas, escavadores, carregadoras, pás carregadoras e retroescavadeiras; nº 7.713/2012, para fármacos e medicamentos; nº 7.756/2012 para aquisição de produtos de confecções, calçados e artefatos; nº 7.767/2012 para aquisição de produtos médicos; nº 7.810/2012 para aquisição de papel-moeda; nº 7.812/2012 para aquisição de veículos para vias férreas; nº 7.816/2012 para aquisição de caminhões, furgões e implementos rodoviários; nº 7.840/2012 para perfuratrizes e patrulhas mecanizadas; nº 7.843/2012 para aquisição de disco para

---

<sup>68</sup> BRASIL. Decreto nº 7.546, de 2 de agosto de 2011. Regulamenta o disposto nos §§ 5º a 12 do art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e institui a Comissão Interministerial de Compras Públicas. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, 2 de agosto de 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7546.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7546.htm)>. Acesso em: 12 ago. 2014.

<sup>69</sup> FERREIRA, Daniel. **A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 33.

moeda; nº 8.224/2014 para máquinas e equipamentos; nº 8.223/2014 para aquisição de brinquedos; nº 8.194/2014 para aquisição de equipamentos de tecnologia da informação e comunicação; nº 8.186/2014 para aquisição de licenciamento de uso de programas de computador e serviços correlatos; e nº 8.185/2014 para aquisição de aeronaves executivas.

Portanto, pode-se concluir que a maioria das aquisições obtidas por entes federais devem priorizar os licitantes amparados pelos decretos instituidores das margens de preferências. É certo que essas legislações citadas são todas com aplicabilidade obrigatória no âmbito federal. Contudo, conforme preceitua o § 2º do art. 3º do Decreto nº 7.546/2011, os demais entes da Federação poderão adotar as margens previstas pelo poder executivo federal, ampliando, significativamente, o alcance do poder interventivo do Estado no poder econômico por meio das contas governamentais.

### **3.3. Margem de Preferência para Micro e Pequenas Empresas**

Antes mesmo da enxurrada de decretos que estabeleceram as margens de preferências, ainda na gestão do então presidente Lula, foi publicada a Lei Complementar 123/2006, chamada de estatuto da microempresa e empresa de pequeno porte. O objetivo dessa lei é estabelecer critérios que favoreçam estas, nos termos do Art. 170 e 179 da CRFB, adotando formas simplificadas de tributação, além, é claro, de dar preferências nas disputas com as médias e grandes empresas nas contratações públicas.

Contudo, seguindo a mesma evolução da lei geral de licitações, a LC/123 foi publicada inicialmente com um texto protetivo, porém discreto. Senão, vejamos:

Art. 47. Nas contratações públicas da União, dos Estados e dos Municípios, **poderá** ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas

públicas e o incentivo à inovação tecnológica, desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente.<sup>70</sup> (destacamos)

Nota-se que há o termo poderá conceder o tratamento diferenciado. Apesar de alguns doutrinadores defenderem que a expressão “poderá” contida nas legislações possui o significado de “deverá”, o próprio legislador, no art. 49, reconhece o caráter facultativo das medidas protetivas:

Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

I - os critérios de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não forem expressamente previstos no instrumento convocatório;<sup>71</sup>

Acompanhando a evolução dos demais diplomas legais tendentes a conferir tratamento diferenciado às empresas nacionais, em agosto de 2014 foi publicada a Lei Complementar nº 147 alterando significativamente as regras contidas nos artigos 47 ao 49 da LC/123. Dentre as alterações de maior destaque foi a exclusão do termo poderá e a possibilidade de se adotar licitações regionalizadas. Nestes termos:

Art. 47. Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, **deverá** ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do **desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional**, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.

Parágrafo único. No que diz respeito às compras públicas, **enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal** ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, **aplica-se a legislação federal**.<sup>72</sup>

Assim, diferentemente do que ocorriam com a redação anterior, as contratações públicas com tratamento diferenciado para as ME e EPP passaram a ser obrigatórias. Ademais, a aplicação do disposto no art. 47 e parágrafo único passam a ser autoaplicáveis, sem a necessidade de regulamentação estadual ou municipal, pois esses entes devem adotar a legislação federal.

---

<sup>70</sup> BRASIL. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, 14 Dez. 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp123.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm)>. Acesso em: 12 Ago. 2014.

<sup>71</sup> Idem.

<sup>72</sup> Idem.

Sobre essa inovação, a doutrina especializada em licitações assim dispôs:

Com a nova redação, há a disposição de que nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte **objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional**, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.<sup>73</sup> (destacamos)

Logo, estamos diante de uma aplicabilidade contundente do poder estatal que interveem no mercado em busca da promoção do desenvolvimento local e regional. Para isso, utiliza-se do poder de compra do Estado. Esse objetivo é mais visível nos demais artigos alterados na LC/123:

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:

I - **deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte** nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

II - poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte;

III - deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

(...)

§ 3º Os benefícios referidos no caput deste artigo poderão, justificadamente, estabelecer a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, **até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido**.<sup>74</sup>

A partir da publicação do diploma mencionado, não há que se falar em licitação, cujo valor estimado é de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), com a participação ampla de empresas, devendo ser exclusiva para ME e EPP, salvo a inexistência de pelo menos três licitantes que se enquadrem nos requisitos. Trata-se de regra prevista no inciso II do art. 49.

<sup>73</sup> CRUZ, Jamil Manasfi; OLIVEIRA, Simone Zanotello de. **Novidades nas licitações com ME e EPP** (LC nº 147/2014). Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 4180, 11 dez. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/31060>>. Acesso em: 27 jan. 2015.

<sup>74</sup> BRASIL. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, 14 Dez. 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp123.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm)>. Acesso em: 28 jan. 2014.

Ademais, outra inovação apta a revolucionar as licitações municipais, é a possibilidade de se adotar margem de preferência de 10% para ME e EPP sediadas no Município ou no Estado licitante. Isso quer dizer que em um certame licitatório o gestor público poderá optar pelo valor até 10% superior ao melhor preço para as empresas sediadas na localidade. Nesse sentido, apesar de ser mais oneroso para os cofres públicos, infere-se que o objetivo é manter os recursos do tesouro sob os domínios do ente licitante, promovendo o desenvolvimento sustentável tendo em vista o incentivo à geração de empregos, bem como o recolhimento de impostos no local da licitação.

Todavia, deve-se deixar claro que o limite estabelecido se refere apenas aos requisitos do art. 48 da LC/123, onde estão elencadas as exigências de licitações exclusivas para ME e EPP nos valores até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), a subcontratação delas nos demais casos, e a reserva de 25% para bens de natureza divisível.

Portanto, a adoção de margens de preferências para empresas nacionais possui único e exclusivo objetivo: promover o desenvolvimento nacional sustentável. Com essa pretensão, há uma restrição à competitividade, própria e necessária nas licitações, além de se adotar medidas que ferem o princípio da isonomia. Em razão disso, é que se utilizam neste trabalho as indicações doutrinárias e jurisprudenciais aptas a demonstrar se a ofensa ao referido princípio é ou não razoavelmente aceitável conforme disposições constitucionais e legais.

## **4. A LICITAÇÃO USADA COMO INSTRUMENTO DE INCENTIVO AO DESENVOLVIMENTO LOCAL E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA**

Acompanhou-se até aqui um levantamento acerca do aparato constitucional e legal que norteia a política do governo federal de utilizar as compras governamentais como instrumento de desenvolvimento nacional sustentável. Vimos que a legislação produzida nos anos de governo petista (Partido dos Trabalhadores - PT) possui um viés protecionista que busca manter os recursos do tesouro nacional, e agora, também os estaduais e municipais, nas mãos dos fornecedores de produtos e serviços sediados em território brasileiro. Viu-se que o tratamento diferenciado dispensado aos empresários brasileiros em detrimento dos estrangeiros, possui, em tese, uma afronta ao princípio da isonomia.

Em virtude disso, far-se-á neste capítulo uma interação com os institutos até então citados, como a adoção de margens de preferência e a aplicabilidade do princípio da isonomia, nesse objetivo governamental de se incentivar o desenvolvimento regional/local, conforme disciplinado pelas alterações trazidas pela LC/147 no ano de 2014.

### **4.1. Margem de Preferência para Empresas Locais e Regionais**

Seguindo a política de fomento para microempresas e empresas de pequeno porte, a Lei Complementar nº 147 publicada em 2014 acrescentou ao art. 48 da LC/123 o parágrafo 3º que estabelece prioridade de contratação aos pequenos empreendedores sediados local ou regionalmente até o limite de 10% do melhor preço válido.

Inicialmente, tem-se uma implicação no requisito definido como parâmetro para se adotar a margem de preferência de 10%, trata-se do termo “melhor preço válido”. Sobre essa terminologia, Renato Geraldo Mendes define

como aquele que apresenta o melhor benefício-custo para a administração, sendo necessária a aferição da qualidade do benefício e não o preço individual, tornando-se, então, condição relativa.<sup>75</sup>

Por outro lado, o especialista Maurício Zanin, ao tecer comentários à LC147/2014 no “portal do desenvolvimento local”, assim definiu:

Quanto ao melhor preço válido, significa que é um preço em condição de contratação. O fornecedor não apresenta restrições, tipo regularidade fiscal etc. Em tese, estaria em condições de adjudicação, se fosse o pregão por exemplo. Aí podemos contratar localmente ou regionalmente.<sup>76</sup>

Repare que a definição de Zanin é simples e objetiva, onde o autor considera como melhor preço àquele vencedor em uma licitação e que após a análise de documentos do licitante não se encontra nenhuma irregularidade, considerando apto para adjudicação, quando pregão. Contudo, nesse conceito encontramos alguns entraves do ponto de vista prático quando estamos diante de um pregão, seja presencial ou eletrônico, pois a análise de documentos será procedida apenas do provisoriamente classificado como vencedor. No caso da concorrência, não haverá problemas para se chegar a esse valor, pois somente os licitantes habilitados, ou seja, com a documentação em dia, terão suas propostas de preços analisadas.

Entretanto, ainda que não se tenha qualquer definição majoritária quanto à forma de se chegar ao melhor preço válido, o certo é que nas licitações, justificadamente, lançadas com o benefício da margem de preferência para empresas locais ou regionais, estas poderão ser contratadas com preço até 10% superior. Essa situação é diferente da regulamentada no Decreto nº 6.204/2007, onde são definidos os procedimentos do empate ficto, ocorrido quando o melhor preço é 10%, ou 5% no caso do pregão, acima da licitante não ME e EPP até então primeira colocada, podendo a pequena empresa oferecer lance menor para ser declarada vencedora.

---

<sup>75</sup> MENDES, Renato Geraldo. **O Processo de Contratação Pública** – fases, etapas e atos. Curitiba: Zênite, 2012. p. 312.

<sup>76</sup> ZANIN, Maurício. **Uso do poder de compras**. Disponível em: <[www.portaldodesenvolvimento.org/confira-as-respostas-sobre-compras-governamentais/](http://www.portaldodesenvolvimento.org/confira-as-respostas-sobre-compras-governamentais/)>. Acesso em: 21 Jan. 2015.

Assim, a nova política de incentivo ao desenvolvimento local e regional concede ao gestor público a possibilidade de se gastar até 10% a mais do preço, em tese, apresentado como mais favorável do ponto de vista orçamentário. Nas explicações dadas pelo portal de compras do governo federal, em conjunto com o Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – Sebrae, essa situação é bem delineada, no que tange a contratação por valor superior ao melhor preço válido:

Poderá ser estabelecida prioridade de contratação de empresas locais ou regionais, e, com isso, justificadamente, os compradores público (*sic*) poderão adquirir os produtos de fornecedores locais ou regionais com um preço até 10% superior em relação ao melhor preço válido, conforme apresentado no parágrafo 3º do artigo 48, e que será regulamentado pelo Ministério do Planejamento.<sup>77</sup>

Nesse diapasão, percebe-se que a intenção do legislador foi de que o gasto de 10% acima é um custo necessário tendo em vista a busca pelo desenvolvimento local. Tudo isso possui amparo Constitucional em vários dispositivos, conforme citado alhures, e em especial o art. 192 que cita o sistema financeiro nacional como responsável por “promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade”.<sup>78</sup>

Assim, do ponto de vista social, pode-se concluir que essa política de reter os gastos governamentais na sede do ente licitante se coaduna com as funções estatais de incentivo ao desenvolvimento equilibrado em todas as regiões do Brasil. O que se busca é evitar a concentração de rendas em determinados polos causando desigualdades entre a população o que acarreta bolsões de pobreza.

## 4.2. Preferência Local *versus* Princípio da Isonomia

Contudo, conforme estudado em capítulos anteriores, essa política entra em conflito com um dos princípios constitucionais aplicados à licitação: a

---

<sup>77</sup> COMPRAS GOVERNAMENTAIS. **Como aplicar os avanços da Lei Complementar nº 123/2006**. Disponível em: <<http://www.comprasgovernamentais.gov.br/arquivos/capacitacao/4-como-aplicar-os-avancos-da-lei-complementar-123-2006-nas-compras-governamentais.pdf>>. Acesso em. 20 jan. 2015.

<sup>78</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acessado em 20 jan. 2015.

isonomia. Todavia, o próprio atrito com o princípio não é de tudo uma afronta que se poderia alegar inconstitucionalidade ou ilegalidade. Isso porque, como já demonstrado, a doutrina majoritária confere à igualdade a flexibilidade necessária para tratar de forma desigual os desiguais, sobretudo para diminuir as diferenças econômicas.

Entretanto, o quesito gerador de alguma controvérsia quanto à exclusão de prováveis licitantes em razão da localidade da sede da empresa está na expressão “justificadamente”, existente no dispositivo legal. Assim, em razão da falta de regulamentação onde se poderia delinear em quais situações o gestor poderia utilizar o instituto, há, neste momento, apenas as limitações do art. 49. Senão, vejamos:

Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

II - não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

III - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;

IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48.<sup>79</sup>

Neste sentido, a nosso ver, apenas esses três quesitos não são suficientes para que se evite a provável existência de negociata entre o poder público e o privado, principalmente, devido aos próprios conflitos existentes no texto legal. Pois, quando a legislação diz que o gestor poderá contratar bens ou serviços até 10% superiores ao melhor preço válido, a limitação de não poder se utilizar do tratamento diferenciado quando “não for vantajoso para a administração” há uma incompatibilidade de requisitos, haja vista que gastar o dinheiro público em um valor quando se pode economizar até 10% já se poderia considerar uma desvantagem.

---

<sup>79</sup> BRASIL. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, 14 Dez. 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp123.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm)>. Acesso em: 21 Jan. 2014.

Logo, como a aplicação de normas com o intuito de conferir tratamentos desiguais requer uma justificativa dentro dos parâmetros previstos nas normas, deixar para o administrador a prerrogativa de se chegar à melhor definição do “justificadamente” requerida na legislação, gera situação de risco ao dinheiro público.

Sobre a aplicação do princípio às licitações públicas, o STF assim se pronunciou:

A lei pode, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir a uma tratamento diverso do que atribui a outra. Para que possa fazê-lo, contudo, sem que tal violação se manifeste, é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio. A CB exclui quaisquer exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. A discriminação, no julgamento da concorrência, que exceda essa limitação é inadmissível.<sup>80</sup>

Em outro julgado também definiu:

(...)  
É inconstitucional o preceito segundo o qual, na análise de licitações, serão considerados, para averiguação da proposta mais vantajosa, entre outros itens, os valores relativos aos impostos pagos à Fazenda Pública daquele Estado-membro. Afronta ao princípio da isonomia, igualdade entre todos quantos pretendam acesso às contratações da administração.<sup>81</sup>

Percebe-se que no primeiro julgado o Pretório Excelso deixa claro quanto à possibilidade de se conferir tratamento diverso, alertando que a discriminação deve ser compatível com o princípio da igualdade. Já no segundo, situação que guarda semelhança à temática aqui abordada, a Corte considerou que houve afronta à isonomia quando se atribuiu o valor de impostos pagos ao ente licitante como requisito para a seleção da proposta mais vantajosa.

Nesse sentido, como a aplicação de margem de preferência em razão da localidade possui o objetivo de priorizar as contratações locais e regionais, o uso do valor dos impostos pode perfeitamente ser atribuído pelos gestores como requisito de uso da discriminação, pois se estaria, exatamente, usando a parte

---

<sup>80</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.716, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 29 Out. 2007, Plenário, DJE de 7 Mar. 2008. In: **A Constituição e o Supremo**. 4ª ed. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2011. p. 69

<sup>81</sup> Ibidem. ADI 3.070, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 29 Out. 2007, Plenário, DJ de 19 Dez. 2007

arrecadatório do Estado/Município que fica retido nos cofres do tesouro. Porém, esse requisito já é vedado pelo STF.

## CONCLUSÃO

Viu-se que o princípio da isonomia guarda amparo Constitucional o qual busca conferir aos brasileiros igualdade de tratamentos sob todos os aspectos. Todavia, sua aplicabilidade possui mais aspectos de equilíbrio que de manutenção do estado natural das coisas. Para isso, são atribuídos tratamentos desiguais em razão das desigualdades apresentadas, com o objetivo de reduzi-las tornando os cidadãos menos diferentes, sobretudo, sob o aspecto socioeconômico. Pelo menos em tese.

Assim, dentre os meios adotados pelo Estado com esse objetivo, passou-se a utilizar as compras governamentais na busca de um equilíbrio entre os entes federados. Para isso, utilizou-se, em um primeiro momento, a adoção de margem de preferência por produtos nacionais, no qual se estaria beneficiando o mercado brasileiro como um todo. Já a partir de 2014 a legislação inovou e criou a possibilidade de se estreitar esse procedimento priorizando a contratação no mercado local.

Sobre esse prisma, têm-se dois objetivos considerados relevantes para o desenvolvimento de um Estado Democrático de Direito. De um lado o respeito a um princípio consubstanciado na Carta Magna e de extrema importância para a manutenção de um país democrático. De outro a necessidade de o Estado incentivar e promover o desenvolvimento econômico-social do país de forma equilibrada.

Em um primeiro momento pode-se concluir que ambos estão concatenados: aplicação do princípio da isonomia para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Porém, a forma como se aplica é que se pode revelar a existência de ofensas mais danosas que o objetivo pretendido.

É recorrente no país a existência de procedimentos obscuros nas contratações efetivadas pelo poder público. Em virtude disso, é que se faz necessária a aplicação de regras objetivas com vistas a realizar o incentivo ao desenvolvimento local por meio das compras governamentais. Logo, pelo que foi aqui demonstrado, não há óbice no ordenamento jurídico quanto à existência de instrumentos discriminantes tendentes a favorecer certos empresários nas aquisições públicas. Contudo, esse instrumento deve ser utilizado com muita

parcimônia e se valer de critérios claros, os quais não foram definidos até o presente momento, muito em razão de ser uma novidade legislativa.

Portanto, uma vez estabelecidos os caminhos a serem seguidos para se priorizar as contratações locais e regionais, estar-se-ia ultrapassando, ou reduzindo, os óbices amorais passíveis de comprometer uma política incentivadora ao desenvolvimento equilibrado. Isso porque sob os aspectos jurídicos as barreiras estão em tese ultrapassadas. É claro que a pretensão deste trabalho não aborda as demais circunstâncias de mercado, como a competitividade internacional, incentivadora de um avanço tecnológico e de qualidade nos produtos oferecidos pelo mercado nacional, motivo de crítica no aspecto local.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19ª ed. ver. e atual. São Paulo: Método, 2011.

ARNS, Paulo Evaristo apud EFFTING, Patrícia Uliano. **A Finalidade do Princípio da Igualdade**. Florianópolis: Conceito, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio apud CAMARGO, José A. Efetividade dos Direitos, Liberdades e Garantias das Minorias e dos Excluídos. In: DONIZETTI, Elpídio; GARBIN, Rosana Broglio; OLIVEIRA, Thiago de. (Coord.) **Diversos Enfoques do Princípio da Igualdade**. Belo Horizonte: Forum, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao.htm#art171](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm#art171)>. Acesso em: 10 Ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 7.174, de 12 de maio de 2010. Regulamenta a contratação de bens e serviços de informática e automação pela administração pública federal, direta ou indireta, pelas fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público e pelas demais organizações sob o controle direto ou indireto da União. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, 10 maio 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7174.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7174.htm)>. Acesso em: 12 Ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 7.546 de 2 de agosto de 2011. Regulamenta o disposto nos §§ 5º a 12 do art. 3º da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, e institui a Comissão Interministerial de Compras Públicas. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, 2 de agosto de 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7546.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7546.htm)>. Acesso em: 12 Ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, 14 Dez. 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp123.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm)>. Acesso em: 12 Ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.387, de 30 de dezembro de 1991. Dá nova redação ao § 1º do art. 3º aos arts. 7º e 9º do Decreto-Lei nº 288, de 28 de fevereiro de 1967, ao caput do art. 37 do Decreto-Lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976 e ao art. 10 da Lei nº 2.145, de 29 de dezembro de 1953, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 31 Dez. 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8387.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8387.htm)>. Acesso em: 10 Ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.428, de 23 de outubro de 1991. Dispõe sobre a capacitação e competitividade do setor de informática e automação, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 23 Out. 1991.

Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8248.htm#art3](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8248.htm#art3)>. Acesso em: 10 Ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 22 Jun. 1993. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1993/lei-8666-21-junho-1993-322221-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 10 Ago. 2014

\_\_\_\_\_. Medida Provisória nº 495, de 19 de julho de 2010. Altera as Leis nºs 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.958, de 20 de dezembro de 1994, e 10.973, de 2 de dezembro de 2004, e revoga o § 1º da Lei nº 11.273, de 6 de fevereiro de 2006. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 20 jul. 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Mpv/495.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Mpv/495.htm)>. Acesso em: 10 Ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.716, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 29 Out. 2007, Plenário, DJE de 7 Mar. 2008. In: **A Constituição e o Supremo**. 4ª ed. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2011.

CAMARGO, José A. Efetividade dos Direitos, Liberdades e Garantias das Minorias e dos Excluídos. In: DONIZETTI, Elpídio; GARBIN, Rosana Broglio; OLIVEIRA, Thiago de. (Coord.) **Diversos Enfoques do Princípio da Igualdade**. Belo Horizonte: Forum, 2014.

CANOTILHO, José Joaquin Gomes. Direito Constitucional. 6ª ed. rev. COIMBRA: Livraria Almedina, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23ª ed. rev., amp. atualizada até 31.12.2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COMPRAS GOVERNAMENTAIS. **Como aplicar os avanços da Lei Complementar nº 123/2006**. Disponível em: <<http://www.comprasgovernamentais.gov.br/arquivos/capacitacao/4-como-aplicar-os-avancos-da-lei-complementar-123-2006-nas-compras-governamentais.pdf>>. Acesso em. 20 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. **Informações Gerenciais de Contratações e Compras Públicas: janeiro a dezembro de 2013**. Disponível em: <[http://www.comprasgovernamentais.gov.br/arquivos/estatisticas/01\\_a\\_10\\_informativo\\_comprasnet\\_dados\\_gerais\\_2013.pdf](http://www.comprasgovernamentais.gov.br/arquivos/estatisticas/01_a_10_informativo_comprasnet_dados_gerais_2013.pdf)>. Acessado em: 23 Julho 2014.

CRUZ, Jamil Manasfi; OLIVEIRA, Simone Zanotello de. **Novidades nas licitações com ME e EPP** (LC nº 147/2014). Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 4180, 11 dez. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/31060>>. Acesso em: 27 jan. 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

EFFTING, Patrícia Uliano. **A Finalidade do Princípio da Igualdade**. Florianópolis: Conceito, 2012.

FERREIRA, Daniel. **A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

\_\_\_\_\_. Licitações sustentáveis. In: Seleção de Estudos e Instruções – Licitações e Contratos. **9º Congresso Brasileiro de Pregoeiros**. 4ª ed. Curitiba: Instituto de Negócios Públicos do Brasil, 2014.

FONTES, Karolina dos anjos. O dever de imparcialidade da administração pública e o princípio da igualdade. In: DONIZETTI, Elpídio; GARBIN, Rosana Broglio; OLIVEIRA, Thiago de. (Coord.) **Diversos Enfoques do Princípio da Igualdade**. Belo Horizonte: Forum, 2014.

ILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. In: MARTINS, Ives Granda da Silva; MENDES, Gilmar; VALDER, Carlos (Coord.) **Tratado de direito constitucional**. Vol. 1. 2ª ed. – São Paulo : Saraiva, 2012.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. **Em 2013, PIB cresce 2,3% e totaliza R\$ 4,84 trilhões**. Disponível em: <<http://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo?view=noticia&id=1&idnoticia=2591&busca=1&t=2013-pib-cresce-2-3-totalizar-4-84-trilhoes>>. Acessado em: 23 Julho 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Desenvolvimento nacional sustentado**. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 50, abril 2011. Disponível em: <<http://www.justen.com.br//informativo.php?l=pt&informativo=50&artigo=1077>>. Acesso em 11 Ago. 2014.

LEAL, Mônia Clarissa Hennlg. **A Constituição como princípio**. Barueri – SP: Manole, 2003.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 4ª ed. Niterói: Impetus, 2010.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes *apud* CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23ª ed. rev., amp. atualizada até 31.12.2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Renato Geraldo (Coord.) **Lei de Licitações e Contratos Anotada**. 9ª ed. Curitiba: Zênite, 2013.

\_\_\_\_\_. **O processo de Contratação Pública – Fases, etapas e atos**. Curitiba: Zênite, 2012.

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR. **Processo Produtivo Básico (PPB): o que é PPB?** Disponível em: <<http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=2&menu=1103>>. Acesso em: 10 Ago. 2014

NASCIMENTO, Renato. **Licitações e contratos administrativos**. 2ª ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes *apud* SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. rev. atual EM 48/2005. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. rev. atual EM 48/2005. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Paulo Bernardo; et. al. **Exposição de Motivos para Edição da Medida Provisória nº 495/2010**: E.M.I. Nº 104/ MP/MF/MEC/MCT, Brasília, 18 jun. 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Exm/EMI-104-MP-MF-MEC-MCT-MPV-495-10.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Exm/EMI-104-MP-MF-MEC-MCT-MPV-495-10.htm)>. Acesso em: 10 Ago. 2014.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Acórdão 656/2005 – 2ª Câmara**. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em: 23 Ago. 2014.

\_\_\_\_\_. **Licitações e contratos**. 4ª. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010.

VILLELA, Jaime Nápoles. O princípio da Igualdade Frente aos Poderes Constituinte e Revisional. In: DONIZETTI, Elpídio; et al. (Coord.) **Diversos Enfoques do Princípio da Igualdade**. – Belo Horizonte: Forum, 2014.

ZANIN, Maurício. **Uso do poder de compras**. Disponível em: [www.portaldodesenvolvimento.org/confira-as-respostas-sobre-compras-governamentais/](http://www.portaldodesenvolvimento.org/confira-as-respostas-sobre-compras-governamentais/). Acesso em: 21 jan. 2015.