

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA – IDP  
ESCOLA DE DIREITO DO BRASIL – EDIRB  
MESTRADO PROFISSIONAL INTERDISCIPLINAR EM DIREITO, JUSTIÇA E  
DESENVOLVIMENTO

LUIS FELIPE DALMEDICO SILVEIRA

**MARGENS DE PREFERÊNCIA PARA PRODUTOS E SERVIÇOS NACIONAIS EM  
LICITAÇÕES PÚBLICAS**  
INCENTIVOS E DESINCENTIVOS PARA CAPTURA DO REGULADOR

**SÃO PAULO**

**2022**

LUIS FELIPE DALMEDICO SILVEIRA

**MARGENS DE PREFERÊNCIA PARA PRODUTOS E SERVIÇOS NACIONAIS EM  
LICITAÇÕES PÚBLICAS  
INCENTIVOS E DESINCENTIVOS PARA CAPTURA DO REGULADOR**

Dissertação de Mestrado, desenvolvida sob a orientação do Prof. Thomas Conti, apresentado para obtenção do Título de Mestre em Direito, Justiça e Desenvolvimento.

**SÃO PAULO**

**2022**

LUIS FELIPE DALMEDICO SILVEIRA

**MARGENS DE PREFERÊNCIA PARA PRODUTOS E SERVIÇOS NACIONAIS EM  
LICITAÇÕES PÚBLICAS**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Mestrado Interdisciplinar Profissional em Direito, Justiça e Desenvolvimento do IDP, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito, Justiça e Desenvolvimento.

Data da defesa

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Dr. Thomas Victor Conti**  
**Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa- IDP**

---

**Dr. Fernando Boarato Meneguim**  
**Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa- IDP**

---

**Dr. Bernardo Abreu de Medeiros**  
**Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC Rio**

*Don't part with your illusions. When they are gone, you may still exist, but you have ceased to live.*

Mark Twain

## **AGRADECIMENTOS**

“A gratidão é o único tesouro dos humildes”, disse, uma vez, William Shakespeare.

Aos meus pais, pelos valores, por me ensinar a nunca desistir e buscar sempre dar o melhor de si, em tudo que se faça.

À minha esposa, Marianna, pelo apoio afetivo, pelo suporte e pela compreensão nos momentos em que a ausência e a distância foram necessárias.

Ao meu filho, Heitor, por me propiciar a maior experiência da vida e cuja existência preenche a minha, inteiramente, em todos os sentidos.

Ao Prof. Thomas Conti, pela paciência, generosidade, gentileza, suporte e interesse genuíno durante todo o processo de pesquisa.

Ao IDP, pela valiosa base teórica e metodológica, sem a qual seria impossível iniciar, desenvolver e concluir a pesquisa.

Aos meus sócios e parceiros de Finocchio e Ustra Sociedade de Advogados, pela confiança e oportunidade.

Aos bons e velhos amigos, cuja menção individual a qualquer um deles me faria incorrer em injustiça, pelos necessários momentos de decompressão e escapismo durante a caminhada.

A Deus, por tudo o que foi citado e por todo o resto.

## SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO.....	8
1 MARGENS DE PREFERÊNCIA: ASPECTOS JURÍDICOS E ECONÔMICOS .....	21
1.1 Margens de preferência para produtos e serviços nacionais em licitações públicas ....	21
1.2 Efeitos econômicos de uma política de margens de preferência em favor de produtos e serviços nacionais.....	37
2 ESCOLHA PÚBLICA, CAPTURA REGULATÓRIA E MARGENS DE PREFERÊNCIA EM LICITAÇÕES PÚBLICAS .....	46
3 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO: INCENTIVOS E DESINCENTIVOS PARA A CAPTURA DO REGULADOR.....	69
3.1 Discricionariiedade e controle .....	69
3.2 Análise de impacto regulatório .....	77
Conclusão .....	92
REFERÊNCIAS .....	99

## **RESUMO:**

O presente trabalho investiga a atual legislação de concessão de margens de preferência em licitações públicas (Leis nº 8.666/1993 e 14.133/2021) quanto aos seus incentivos ou desincentivos para a ocorrência do fenômeno da captura regulatória. Ao beneficiar setores específicos, é importante avaliar se os ganhos direcionados ocorrem em detrimento do interesse público. Este trabalho mapeia a organização da política de margens de preferência na legislação brasileira, seus objetivos, nível de discricionariedade administrativa e as vulnerabilidades à captura do regulador. Encontramos preocupantes fragilidades do processo de concessão de margens de preferência à captura do regulador. No entanto, uma análise de impacto regulatório aplicável ao processo de concessão de margens de preferência desincentivaria a captura regulatória.

**Palavras-chave:** margem de preferência; captura regulatória; discricionariedade administrativa; análise de impacto regulatório

## **ABSTRACT:**

This work researches whether the current legislation regarding to preference margins in public procurement (Federal Laws n° 8.666/1993 and 14.133/2021) generates incentives or disincentives to the regulatory capture phenomenon. When benefiting a specific economic sector, it must be evaluated whether that gains are generated to the detriment of the public interest. In this work, it is screened the preference margins organization in the Brazilian legal system, its objectives, the level of administrative discretion and the vulnerabilities to the regulatory capture. It was found worrying fragilities of the preference margins concession process to the regulatory capture. However, a regulatory impact analysis applicable to that preference margins concession process would disincentivize the regulatory capture.

**Key words:** Preferences in public procurement; regulatory capture; discretionary; regulatory impact analysis



## INTRODUÇÃO

Os números relacionados às contratações públicas no Brasil são impactantes. Concentrando a análise apenas no volume de contratações levadas a cabo pela União Federal, os dados disponíveis no Painel de Compras Públicas, do Ministério da Economia, dão conta que, ao longo do ano de 2019<sup>1</sup>, o valor total empenhado<sup>2</sup> pela Administração Pública direta, autárquica e fundacional<sup>3</sup> soma a quantia total de R\$ 50.646.404.772,88 (cinquenta bilhões, seiscentos e quarenta e seis milhões, quatrocentos e quatro mil, setecentos e setenta e dois reais e oitenta e oito centavos)<sup>4</sup>.

Apenas a título de comparação, esse volume supera, por exemplo, o Produto Interno Bruto de países como Montenegro, Mônaco e Macedônia do Norte<sup>5</sup>. Trata-se, portanto, de um montante considerável de recursos que, via contratos administrativos, são transferidos a outros agentes econômicos – que, por sua vez, e como consequência disso, também travam outras relações econômicas dentro do sistema econômico, gerando efeitos indiretos sobre toda a cadeia de fornecimento ou de prestação de serviços a eles subjacentes<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> Para fins de ilustração do impacto das compras públicas no âmbito da Administração Pública federal, preferiu-se utilizar os dados relativos ao ano de 2019 ao invés dos últimos dados já disponíveis relativos ao ano de 2020, tendo em vista que, em razão da pandemia de COVID-19 nos primeiros meses do ano de 2020, estes dados poderiam incorporar os efeitos de um evento excepcional e que, igualmente, exigiram desembolsos financeiros excepcionais por parte da Administração Pública, em geral, e da federal, em específico. Apenas a título de informação, segundo o mesmo “Painel de Compras”, do Ministério da Economia, do Governo Federal, o total empenhado, no ano de 2020, foi de R\$ 62.077.067.949,13 (sessenta e dois bilhões, setenta e sete milhões, sessenta e sete mil, novecentos e quarenta e nove reais e treze centavos), cerca de 24% (vinte e quatro por cento) superior, portanto, ao período anterior.

<sup>2</sup> Optou-se pelo critério do valor empenhado, uma vez que, segundo José Afonso da Silva, é o ato consistente “*na reserva de recursos na dotação inicial ou no saldo existente para garantir a fornecedores, executores de obras ou prestadores de serviços, o pagamento pelo fornecimento de materiais, execução de obras ou prestação de serviços*”. (SILVA, José Afonso da. **Orçamento-programa no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 337-338). Segundo o art. 58, da Lei nº 4.320/1964, o empenho “*cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição*” (BRASIL. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4320.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm)>. Acesso em 15.2.2022)

<sup>3</sup> O levantamento não leva em conta, portanto, o total gasto por empresas públicas e sociedades de economia mista nas quais a União Federal tenha participação societária.

<sup>4</sup> BRASIL. Ministério da Economia. **Painel de Compras Públicas**. Disponível em: <<http://painelcompras.economia.gov.br/empenhos>>. Acesso em: 21.9.2021

<sup>5</sup> Os dados referentes ao PIB de tais países estão disponíveis no portal do Banco Mundial, na *internet* (BANCO MUNDIAL. **World bank national accounts data, and OECD national accounts data files**. Disponível em: <[https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.KD?most\\_recent\\_value\\_desc=false](https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.KD?most_recent_value_desc=false)>. Acesso em: 20.9.2021). Os dados levam em conta o PIB dos referidos países em dólares americanos. A comparação realizada no corpo do texto considera a taxa oficial de câmbio (P-TAX) auferida pelo BCB, em 31.12.2019, no valor de R\$ 4,03.

<sup>6</sup> RIBEIRO, Cassio Garcia; INACIO JUNIOR, Edmundo. **O mercado de compras governamentais brasileiro (2006-2017): mensuração e análise**. Disponível em: < [http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9315/1/td\\_2476.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9315/1/td_2476.pdf)>. Acesso em: 21.10.2021.

Isso se dá, em certa medida, por conta do conjunto de atribuições que o sistema de competências desenhado na Constituição Federal joga sobre os ombros do Estado brasileiro – o que coloca a Administração Pública na contingência de estabelecer vínculos com outros agentes econômicos para aquele fim.

O art. 21, da Constituição Federal<sup>7</sup>, por exemplo, traz uma lista das atividades sob competência da União. Dali se extrai, por exemplo, que é à União que cabe “*assegurar a defesa nacional*” (art. 21, III), “*emitir moeda*” (art. 21, VII), “*manter o serviço postal e o correio aéreo nacional*” (art. 21, X) e “*explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza*”. Mas não é só. A União também pode explorar, diretamente, certas atividades<sup>8</sup>, como telecomunicações (art. 21, XI), radiodifusão (art. 21 XII, “a”), energia elétrica (art. 21, XII, “b”), infraestrutura aeroportuária (art. 21, XII, “c”) e portos (art. 21, XII, “f”), entre tantos outros.

Naturalmente, esse rol de atribuições só se diversifica ainda mais quando o olhar se aprofunda em direção aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios<sup>9</sup>. O ponto, insista-se, é que dar conta de uma variedade tão extensa de atividades, isto é, desde a emissão de moeda até a manutenção de serviços postais, exige, naturalmente, que o Estado se coloque na posição de adquirente de bens ou de tomador de serviços no mercado.

Esse impacto das contratações públicas, é claro, não é uma exclusividade brasileira. Mesmo a Administração Pública de outros países – incluído aqueles que, reconhecidamente, possuem uma ingerência menor na vida dos cidadãos quando comparados ao Estado brasileiro – também joga papel importante em matéria de recursos financeiros injetados na economia por meio da celebração de contratos públicos.

Os Estados Unidos da América talvez seja o exemplo mais emblemático disso: a administração federal daquele país despendeu um total aproximado de US\$ 586.000.000.000,00

---

<sup>7</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10.2.2022.

<sup>8</sup> Diz-se, aqui, que “pode”, na medida em que a Constituição Federal autoriza que tais atividades sejam exploradas pela União sob regime de “*concessão ou permissão*”, atribuindo a obrigação de administração e execução direta dessas atividades a agentes econômicos privados, por meio de contratos. Mesmo assim, parte não irrelevante dessas atividades ainda se encontra sob gestão direta da União, como ocorre, sobretudo, nos casos de portos e aeroportos, apesar dos esforços recentes no sentido de se conceder a administração dos serviços e do ativo correspondente a agentes econômicos privados.

<sup>9</sup> Nesse sentido, recomenda-se ao leitor uma análise do art. 23, da Constituição Federal, no qual se encontram as atividades que podem ser desempenhadas concorrentemente por todos os entes federativos – destacando-se, dentre elas, as atividades de saúde (art. 23, II) -, do art. 25, do mesmo diploma, que trata das atividades de competência dos Estados, bem como do art. 30, da Carta, que relaciona as atividades a serem exercidas pelos Municípios. Em relação aos Estados, vale destacar que cabe a eles tudo o que não lhes seja vedado pela própria Constituição Federal (art. 25, §1º). Sobre os Municípios, cabe-lhes explorar, direta ou indiretamente, os serviços públicos de “*interesse local*” (art. 30, V).

(quinhentos e oitenta e seis bilhões de dólares americanos) em contratos celebrados com agentes econômicos privados ao longo do ano de 2019<sup>10</sup>.

De qualquer forma, o Estado possui mesmo uma série de atribuições que lhe são conferidas institucionalmente<sup>11</sup>, cujo cumprimento, é claro, demanda o estabelecimento de relações de cooperação com agentes econômicos. O Estado, ainda que se lhe atribua funções de atuação no domínio econômico participando do mercado em regime de concorrência com outros agentes<sup>12</sup>, é incapaz de, sozinho, produzir tudo o que necessita para satisfazer as suas necessidades.

Dito de outro modo: o Estado necessita interagir com outros agentes para que ele possa, direta ou indiretamente, executar tudo aquilo que é necessário para o cumprimento de seu mais ou menos amplo papel institucional<sup>13</sup>.

Essa interação do Estado com o mercado, no sentido de estabelecer relações de troca com outros agentes econômicos, se dá, essencialmente, por meio de contratos<sup>14</sup>. Os contratos,

---

<sup>10</sup> Os dados são da Secretaria de Contabilidade do governo dos Estados Unidos da América (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **A snapshot of government wide contracting for FY 2019**. Disponível em: <<https://www.gao.gov/blog/snapshot-government-wide-contracting-fy-2019-infographic>>. Acesso em: 08.1.2022). Pelas mesmas razões expostas anteriormente no caso brasileiro, optou-se pela utilização dos dados relativos ao ano de 2019, a fim de se evitar eventual distorções decorrentes dos gastos públicos havidos pelo governo americano com o enfrentamento da pandemia de COVID-19. Apenas para fins informativos, o total aproximado de recursos financeiros despendidos pela administração federal dos Estados Unidos da América, ao longo do ano de 2020, com contratações junto a agentes econômicos privados, foi equivalente a US\$ 665.000.000.000,00 (seiscentos e sessenta e cinco bilhões de dólares americanos), segundo a Secretaria de Contabilidade do governo federal (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **A snapshot of government wide contracting for FY 2020**. Disponível em <<https://www.gao.gov/blog/snapshot-government-wide-contracting-fy-2020-infographic>>. Acesso em: 08.1.2022).

<sup>11</sup> Não se pretende, por ora, avançar na discussão sobre qual deveria ser o papel do Estado dentro da sociedade contemporânea, ou mesmo discutir a amplitude desse papel, uma vez que haja algum consenso em torno dele. Para o propósito deste trabalho, vale apenas e tão somente a constatação de que, sim, ao Estado se atribui, pelo menos, algum conjunto mínimo de atividades. Mesmo economistas de viés mais liberal, como Milton Friedman (FRIEDMAN, Milton. **Capitalism and Freedom**. 40ª ed. The University of Chicago Press. Chicago: 2002, p. 25) e Ludwig Von Mises (VON MISES, Ludwig. **Liberalism in the classical tradition** Tradução: RAICO, Ralph. 3ª ed. Cobden Press. San Francisco: 1985, p. 35) reconhecem que ao Estado cabe a execução de atividades básicas, como segurança, por exemplo. Sendo a Constituição o instrumento de organização do Estado, por excelência, é ali que cada sociedade, por meio de processo político adequado, elege as atribuições institucionais a serem desempenhadas pelo ente estatal, conforme Hans Kelsen (KELSEN, Hans. **A garantia jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional)**. Tradução: CLEAVER, Jean François in Revista de Direito Público, nº 1, jul-set/2003, p. 95).

<sup>12</sup> Utiliza-se, aqui, a conhecida divisão de formas de atuação do Estado no domínio econômico proposta por Eros Roberto Grau (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 147-148). Dentre aquelas formas de atuação, o autor elenca a atuação por participação, isto é, quando o Estado explora, diretamente, atividades econômicas cuja exploração caberia, a princípio, aos agentes econômicos privados. Dado que se trataria, em tese, de atuação do Estado em domínio que não lhe seria próprio, Eros Roberto Grau denomina essa forma de atuação estatal de “intervenção por participação”.

<sup>13</sup> Utilizamos, aqui, a ideia de atividade administrativa cunhada por Marçal Justen Filho, no sentido de atividade instrumental para a promoção de direitos fundamentais. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10ª ed., Revista dos Tribunais. São Paulo: 2014, p. 90).

<sup>14</sup> Por algum tempo, discutiu-se fortemente sobre se as relações de troca estabelecidas pela Administração Pública no mercado constituíam, de fato, contratos. Isso se dava por conta de uma noção mais ou menos estabelecida na literatura nacional no sentido de que a Administração exercia sobre privados uma relação de “império”, o que

como já afirmava Enzo Roppo<sup>15</sup>, constituem acordos em torno de interesses econômicos das partes que dele participam. Ou seja, o contrato é, regra geral, um instrumento de circulação de riquezas na sociedade<sup>16</sup>.

A cooperação que, por meio dos contratos, é estabelecida entre os agentes econômicos, gera valor dentro da sociedade, dado que as trocas estabelecidas tendem a propiciar uma melhora na situação das respectivas partes em comparação com o estado em que elas se encontravam no momento imediatamente anterior<sup>17</sup>.

O ponto, de qualquer forma, é que, quando essas noções são transpostas para o âmbito das relações econômicas travadas pelo Estado – em toda a sua complexidade organizacional e, sobretudo, vastidão e diversidade de atribuições –, começa-se, daí, a se perceber o impacto potencial do conjunto daquelas relações dentro do ambiente econômico.

Os bens e serviços adquiridos pelo Estado de forma instrumental para a execução de todas as atividades que compõem o seu âmbito de competência injetam uma quantidade relevante de recursos financeiros na sociedade<sup>18</sup>. O Estado, portanto, é, assim, um grande consumidor de recursos produzidos na economia, sendo reconhecido, portanto, aquilo que se convencionou chamar de poder de compra estatal.

---

contraria as noções de paridade ou equilíbrio que, a princípio, subjazem a ideia de contrato. Essa discussão, entretanto, é superada, conforme expõe Fernando Dias Menezes de Almeida (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes, de. **Contratos administrativos** in Direito dos Contratos II. Quartier Latin. São Paulo: 2008, p. 194), tendo o próprio sistema jurídico brasileiro, inclusive, uma lei geral de *contratos administrativos*, como é o caso da Lei nº 14.133/2021.

<sup>15</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009 p. 13

<sup>16</sup> BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil**. 3ª ed. Saraiva. São Paulo: 2007, p. 63

<sup>17</sup> Isso se dá, em regra, porque, numa relação de troca, as partes tendem a valorizar mais a prestação recebida da outra em comparação com aquilo em que se dá em troca – mesmo que, do ponto de vista nominal, as prestações prometidas se equivalham. Nesse sentido, vale o exemplo trazido por Robert Cooper e Thomas Ulen e que ilustra bem essa constatação: “Adam, que mora numa cidade pequena, tem um Chevy 1957 conversível em bom estado. O prazer de possuir e dirigir o carro vale US\$ 3.000,00 para Adam. (...). Depois de inspecionar o carro, Blair decide que o prazer de possuir e dirigir o carro vale US\$ 4.000,00 para ele. De acordo com esses fatos, um acordo de venda possibilitará que o carro passe de Adam, que o avalia em US\$ 3.000,00, para Blair, que o avalia em US\$ 4.000,00. (...) Supondo que as permutas sejam voluntárias, Adam não irá aceitar menos de US\$ 3.000,00 pelo carro, e Blair não irá pagar mais do que US\$ 4.000,00; portanto, o preço de venda será um valor intermediário. Um preço de venda razoável seria US\$ 3.500,00, que divide a diferença.”. (COOPER, Robert. ULEN, Thomas. **Direito & economia**. 5ª ed., Bookman. Porto Alegre: 2010, p. 93). No exemplo retratado acima, uma transação de US\$ 3.500,00 geraria um ganho de US\$ 500,00 para ambas as partes e, no computo geral, um aumento total de valor de US\$ 1.000,00 para a sociedade.

<sup>18</sup> Conforme Federico Trionfetti, ao analisar as políticas discriminatórias em compras públicas no contexto da celebração do Acordo Internacional de Compras Públicas no âmbito da Organização Mundial do Comércio, a participação dos gastos governamentais no produto dos países industrializados, no final da década de 1990, era de aproximadamente 20% (vinte por cento), desconsiderados os gastos com seguro social, pensões, juros e saúde pública (TRIONFETTI, Federico. **Discriminatory public procurement and international trade** in *The World Economy*, vol. 23, 2000, p. 59).

Por tudo isso, os efeitos do exercício do poder de compra, pelo Estado, vem sendo objeto de tutela por parte dos diferentes sistemas jurídicos ao redor do mundo. E isso decorre, insista-se, por conta da capacidade transformadora e modificativa desse volume relevante de recursos financeiros dentro da sociedade.

Dado, assim, o potencial que as compras públicas detêm no sentido de fomentar a atividade econômica de um determinado país ou sociedade, os sistemas jurídicos ao redor do mundo trataram, de alguma maneira, de direcionar ou funcionalizar o poder de compra estatal para outros interesses que não imediatamente à satisfação direta e imediata de necessidades da Administração Pública contratante<sup>19</sup>.

No Brasil, o direcionamento das contratações públicas para o fomento da atividade econômica estaria legitimado, do ponto de vista regulatório, pelo art. 174, da Constituição Federal.

Esse dispositivo trata dos diferentes papéis que o Estado está autorizado a exercer dentro da economia. Segundo ele, enquanto “*agente normativo e regulador da atividade econômica*”, cabe-lhe três principais atribuições: fiscalizar, planejar e, finalmente, incentivar.

Ou seja, o Estado, dentro da sua competência normativa e regulatória, isto é, por meio, essencialmente, da atividade legislativa ou, ainda, a partir da expedição de atos administrativos – isto é, no sentido de determinar os diferentes modos de agir da Administração Pública a partir

---

<sup>19</sup> O caso mais notório talvez seja o *Buy American Act* (atual 41 USC, §§ 8301-8305) editado, originalmente, em 1933, e sujeito a uma série de alterações e acréscimos ao longo dos anos. Resumidamente, o *Buy American Act* estabelece que os contratos celebrados pelo governo norte-americano devem trazer disposições obrigando os respectivos contratados a se valerem de produtos fabricados nos Estados Unidos da América para fins de execução do objeto contratado. A norma alcança, inclusive, bens primários, no sentido de que, quando o cumprimento das obrigações contratuais depender da utilização de bens daquela natureza, aqueles bens também deveriam ser originados dos Estados Unidos da América. Essas exigências, é claro, não são absolutas, nem se aplicariam de forma indiscriminada. De modo geral, a utilização de bens manufaturados ou de bens primários norte-americanos poderia ser relaxada, dentre outras hipóteses, nos casos em que o fornecimento objeto do contrato fosse destinado a utilização fora do território norte-americano, ou quando a quantidade disponível de produtos fabricados internamente fosse insuficiente para atender a demanda – ou, então, o fosse em um nível de qualidade considerado insatisfatório. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Buy American (Chapter 83)**. Disponível em: <<https://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title41/subtitle4/chapter83&edition=prelim>>. Acesso em: 28.3.2022). Também é mais ou menos nesse sentido que se situa a legislação chinesa de compras públicas. A Lei nº 68/2002 estabelece que o governo chinês deve contratar produtos e serviços chineses para a satisfação de suas necessidades, salvo em caso de indisponibilidade de tais produtos ou serviços – ou se a contratação desses produtos ou serviços não puder ser realizada dentro de “*condições comerciais razoáveis*” -, quando o fornecimento objeto do contrato for destinado a utilização fora do território chinês, ou, finalmente, quando outras disposições legais ou administrativas dispuserem de modo contrário. (CHINA. **Lei de compras governamentais da República Popular da China (Ordem Presidencial nº 68)**. Disponível em: <[http://www.npc.gov.cn/zgrdw/englishnpc/Law/2007-12/06/content\\_1382108.htm](http://www.npc.gov.cn/zgrdw/englishnpc/Law/2007-12/06/content_1382108.htm)>. Acesso em: 14.1.2022). As disposições da Lei nº 68/2002 da República Popular da China, como se vê, são bastante similares àquelas constantes do *Buy American Act*.

de comandos legislativos previamente estabelecidos – pode criar estímulos e incentivos aos agentes econômicos, de modo a fomentar a atividade econômica, de maneira geral<sup>20</sup>.

Essa ideia está em linha com as diferentes formas reconhecidas pela literatura de atuação do Estado no domínio econômico. De forma mais proeminente, Eros Roberto Grau identifica que o Estado atua sobre o domínio econômico de diversas maneiras, sendo uma delas – e a que melhor se relaciona com o tema tratado neste momento – a atuação por indução<sup>21</sup>.

Segundo o referido autor, essa forma de atuação no domínio econômico é caracterizada não pela imposição de comportamentos aos agentes econômicos, determinando que eles façam ou se abstenham de fazer algo.

A atuação por indução seria, na verdade, uma abordagem mais delicada em termos de orientação de condutas dos agentes na economia: a regulação estatal, pelo contrário, a partir do comportamento que o consenso político identificou como mais vantajoso para a ordem econômica, estabelece simplesmente que a prática deste comportamento será beneficiada ou premiada com certas vantagens<sup>22</sup> – vantagens essas não encontradas no comportamento alternativo indesejado.

Mas não só: como bem lembra Floriano de Azevedo Marques Neto, pode-se estabelecer, inclusive, desvantagens para a adoção do comportamento indesejado<sup>23</sup> – no sentido de prejudicar a viabilidade econômica da prática daquele comportamento -, sem, como dito, necessariamente proibi-lo.

Nessa linha, a atuação por indução não estabelece, obrigatoriamente, que ação deve ou não o agente econômico adotar, mas apenas cria um sistema de causa-consequência para induzir ou estimular esse agente a praticar o comportamento desejado – ou simplesmente não praticar aquele que seria indesejado pelo Estado<sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Parte IV – Regulação** in Tratado de direito administrativo: funções administrativas do Estado. V. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 425

<sup>21</sup> . As outras formas reconhecidas pelo autor de atuação do Estado no domínio econômico são a por direção e a por participação (GRAU, *Op. cit.*, p. 147-148). Na primeira, o Estado, enquanto agente regulador, expede normas cogentes, de observância obrigatória pelos agentes econômicos, sujeitando-os, inclusive, a sanção, em caso de descumprimento. É uma noção mais ou menos em linha com a função de “*normatização e fiscalização*” que André Ramos Tavares atribui ao Estado no campo econômico (TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. Método. Rio de Janeiro: 2011, p. 304). Na segunda, o Estado atua no campo econômico em regime de concorrência com outros agentes privados, explorando atividade econômica, propriamente dita.

<sup>22</sup> GRAU, *op. cit.*, p. 149

<sup>23</sup> MARQUES NETO, *Op. cit.*, p. 422

<sup>24</sup> Segundo Mariana Baena del Alcazar, é essa consensualidade, isto é, o fato de o agente econômico ser livre para adotar ou não o comportamento desejado pelo Estado, que diferencia as medidas de incentivo das medidas de polícia estatal (ALCAZAR, Mariana Baena del. **Sobre el concepto de fomento**. In Revista de Administración Pública. nº 54. Madrid: 1967, p. 67).

Trazendo essas noções para o campo da contratação pública, é sabido que, em razão do princípio da legalidade administrativa, as condutas passíveis de adoção pelo Estado-Administração no âmbito de suas interações econômicas com os agentes privados dependem, é claro, de autorização legislativa para esse fim<sup>25</sup>.

Isto é, como, em virtude da legalidade administrativa, ao Estado só é dado fazer o que a lei permitir<sup>26</sup>, a prática de atos no âmbito do processo de contratação de certas atividades junto a agentes privados – um serviço, uma obra, um fornecimento ou uma concessão pública, dentre outros escopos legalmente possíveis - estaria naturalmente inserida nesse contexto.

Daí que, não somente por isso – mas também por essa razão – a contratação pela Administração Pública merece amplo tratamento pela legislação ordinária<sup>27</sup>, sendo da competência da União Federal legislar sobre normas gerais de licitações e contratos, conforme art. 22, XXVII, da Constituição Federal.

Daí, portanto, que, na linha da atuação do Estado por indução, as normas destinadas a disciplinar as licitações e contratos levados a cabo pela Administração Pública poderia, a princípio, serem igualmente funcionalizadas para o atendimento de outros interesses que não aqueles que seriam natural e imediatamente satisfeitos a partir de um processo de contratação.

É dizer, portanto, que, embora o processo licitatório e a contratação dele decorrente – ou, nos casos de inexigibilidade de licitação, a própria contratação direta - visem atender a uma necessidade da Administração Pública, prestando-lhe uma utilidade qualquer, a legislação que organiza esse sistema de contratação poderia ser utilizada, ao mesmo tempo, para o atingimento de certos interesses públicos que transcendem àquela necessidade imediata do Estado-Administração.

---

<sup>25</sup> JUSTEN FILHO, *Op. cit.*, 2014, p. 234

<sup>26</sup> Trata-se, como se sabe, do exato inverso do que é aplicável aos particulares, a quem só se impõe uma certa conduta ou uma dada abstenção se a lei assim determinar. No silêncio da lei, ao particular é autorizado praticar todo e qualquer ato que seja de seu interesse. Trata-se da aplicação do princípio da legalidade, previsto no art. 5º, II, da Constituição Federal

<sup>27</sup> Atualmente, concorrem, concomitantemente, duas leis gerais de licitações e contratos para a Administração Pública direta, autárquica e fundacional da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Tratam-se das Leis nº 8.666/1993 e 14.133/2021. Esta, mais recente conviverá com a anterior por um período de 02 (dois) anos, ao final das quais aquela será inteiramente revogada. Além dessas, encontra-se em vigor, ainda, a Lei nº 13.303/2016, que trata das normas de licitações e contratos aplicáveis às empresas públicas e sociedades de economia mista. Ainda em caráter geral, vale a menção à Lei nº 8.987/1995, que trata das normas gerais para licitação e contratação de concessão de serviços públicos, com disposições complementares da Lei nº 9.074/1995. Ainda no âmbito das concessões, a Lei nº 11.079/2004 disciplina as chamadas “concessões patrocinadas” ou parcerias público-privadas. Há, ainda, uma série de leis que disciplinam contratos da Administração Pública no âmbito do terceiro setor, como a Lei nº 13.019/2014 (Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil), a Lei nº 9.637/1998 (Lei das Organizações Sociais) e a Lei nº 9.790/1999 (Lei das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público).

É o que se convencionou nominar, na literatura brasileira, de *função regulatória ou derivada das licitações públicas*<sup>28</sup>, embora não se trate de um fenômeno exclusivamente brasileiro.

Christopher McCruden destaca a possibilidade de utilização das contratações públicas para estabelecimento de parâmetros adequados para contratação de certas “classes” de trabalhadores – como trabalhadores acidentados e recentemente habilitados<sup>29</sup> -, além de poderem ser aplicadas para fins de redução de discriminação e de desigualdade social<sup>30</sup>.

Esses mesmos aspectos são enfatizados por Sue Arrowsmith, que acrescenta, ainda, a possibilidade de utilização do poder de compra estatal como instrumento de políticas de desenvolvimento regional<sup>31</sup>.

Em âmbito nacional, esse direcionamento das licitações e das contratações públicas para fins diversos – mas, como dito, igualmente relevantes – já se encontra sedimentado na legislação há algum tempo. Como bem observa Marina Fontão Zago, a legislação brasileira já abrigava disposições dessa natureza desde, pelo menos, o ano de 1948<sup>32</sup>.

O movimento de derivação, todavia, das licitações e contratações públicas é, segundo levantamento realizado pela autora, intensificado a partir da década de 1990, inclusive por meio de dispositivos constantes da própria lei geral de licitações e contratos públicos (Lei nº 8.666/1993), alcançando o seu auge na década de 2000, com diversas normas prevendo, entre outras, vantagens para microempresas e empresas de pequeno porte em licitações, necessidade de observância de certos critérios de natureza socioambiental em contratações públicas, bem como regras diferenciais em casos de contratações relacionadas a atividades de pesquisa e desenvolvimento<sup>33</sup>.

É nesta década, inclusive, que se promove uma mudança substancial na legislação geral de licitações e contratações públicas, no sentido de agregar “*ao perfil de demanda do setor público diretrizes claras atinentes ao papel do Estado na promoção do desenvolvimento*

---

<sup>28</sup> ZAGO, Marina Fontão. **Poder de compra estatal como instrumento de políticas públicas?** Brasília: Enap, 2018, p. 32.

<sup>29</sup> MCCRUDEN, Christopher. **Using public procurement to achieve social outcomes.** in Natural Resources Forum. Vol. 28. 2004, p, 258

<sup>30</sup> MCCRUDEN, *Ibid.*, p. 260

<sup>31</sup> ARROWSMITH, Sue. **Horizontal policies in public procurement: a taxonomy** in Journal of Public Procurement. Vol. 10. Summer/2010, p. 149

<sup>32</sup> A lei nº 566/1948 estabelecia que, nas compras realizadas no âmbito da Administração Pública federal, os produtos da marca “Trevo”, fabricados pela “Liga de Proteção aos Cegos no Brasil”, deveriam gozar de preferência, em igualdade de condições com terceiros (*Op. cit.*, p. 151).

<sup>33</sup> *Op. cit.*, p. 450



*econômico*”, conforme exposto na Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 495/2010, posteriormente convertida na Lei nº 12.349/2010<sup>34</sup>.

Essa lei alteraria, como dito, vários dispositivos da Lei nº 8.666/1993, acrescentando o “*desenvolvimento nacional sustentável*” com um objetivo da licitação – colocando a Administração Pública contratante, portanto, na contingência de considerar os efeitos transcendentais da contratação, isto é, a buscar promover outros interesses que não a satisfação de suas necessidades imediatas<sup>35</sup>.

Outra alteração marcante trazida por aquela lei foi a introdução no ordenamento jurídico brasileiro das margens de preferência para produtos e serviços nacionais em contratações públicas<sup>36</sup>.

Em linhas gerais, de acordo com as alterações promovidas pela Lei nº 12.349/2010, o Poder Executivo federal poderia premiar certos segmentos de produtos e serviços nacionais com margens de preferência de até 25% (vinte e cinco por cento) em relação à melhor proposta para fornecimento de produtos ou serviços estrangeiros<sup>37</sup>.

Segundo a Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 495/2010, a introdução das referidas margens de preferência possibilitaria “*assegurar, com base em critérios de proporcionalidade e razoabilidade, adequados padrões de equilíbrio concorrencial em certames licitatórios*”, além de “*engendrar poderoso efeito multiplicador na economia*”.

A possibilidade de aplicação de margens de preferência em favor de produtos e serviços nacionais foi mantida, embora em outros termos, na nova lei geral de licitações e contratos (Lei

---

<sup>34</sup> “*A modificação do caput do artigo 3º visa agregar às finalidades das licitações públicas o desenvolvimento econômico nacional. Com efeito, a medida consigna em lei a relevância do poder de compra governamental como instrumento de promoção do mercado interno, considerando-se o potencial de demanda de bens e serviços domésticos do setor público, o correlato efeito multiplicador sobre o nível de atividade, a geração de emprego e renda e, por conseguinte, o desenvolvimento do país.*” (BRASIL. **EMI nº 104/MP/MF/MEC/MCT**. 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: 01.2.2022

<sup>35</sup> Conforme Daniel Ferreira e Anna Flávia Camilli Oliveira Giusti, com a inclusão do desenvolvimento nacional sustentável como um objetivo da licitação, “*constitui um dever-poder para a Administração Pública – direta, indireta, autárquica e funcional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios – vislumbrar para as concorrências vantagens novas e gerais, apropriáveis por cada um e por todos, independentemente da fruição efetiva ou potencial do objeto do contrato*”. (FERREIRA, Daniel. GIUSTI, Anna Flavia Camilli Oliveira. **A licitação pública como instrumento de concretização do direito fundamental ao desenvolvimento sustentável** in Revista de Direito Administrativo & Constitucional, ano 12, nº 48: Belo Horizonte, abr/jun 2012, p. 188-189).

<sup>36</sup> Essas alterações correspondem a inclusão dos parágrafos 5º a 10º ao art. 3º, da Lei nº 8.666/1993. Abordaremos mais detalhadamente essas disposições no Capítulo I do presente trabalho.

<sup>37</sup> BRASIL. **Lei nº 12.349, de 15 de dezembro 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 do art. 2º da Lei nº 11.273, de 6 de fevereiro de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/l12349.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12349.htm)>. Acesso em: 02.2.2022

nº 14.133/2021) – e que vigora, atualmente, em conjunto com a Lei nº 8.666/1993, conforme art. 193, II, da Lei nº 14.133/2021<sup>38</sup>.

No novo diploma legal, embora mantida a competência do Poder Executivo federal para escolher os segmentos a serem contemplados pela medida e as condições em que a medida será aplicada, a margem possui limites menos amplos – 10% (dez por cento), em geral (art. 26, §1º, II), podendo chegar a 20% (vinte por cento), caso os produtos ou serviços sejam “*resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica no país*” (art. 26, §2º) – e, talvez mais importante, os critérios para definição dos setores contemplados e das condições de aplicação das margens não se encontra mais detalhada da forma como prevista no art. 3º, §6º, da Lei nº 8.666/1993<sup>39</sup>, conforme redação conferida pela Lei nº 12.349/2010.

De fato, o art. 3º, §6º, da Lei nº 8.666/1993 estabelece que estipulação das margens de preferência deveria ser seguida de estudos que, revistos periodicamente, considerassem aspectos como geração de emprego e renda, arrecadação fiscal, desenvolvimento e inovação tecnológica e o desembolso adicional de recursos públicos em decorrência de tais contratações. Essa bússola, frise-se, não consta da Lei nº 14.133/2021: nos termos da nova legislação de licitações e contratos, a fixação das margens de preferência só depende de “*decisão fundamentada do Poder Executivo federal*”, conforme art. 26, §1º, I, da referida lei.

Esse, claro, é um ponto de especial importância, na medida em que, na ausência de critérios claros para a escolha dos setores, a fixação de margens de preferência acaba por ficar sujeita quase que exclusivamente à discricionariedade pura da Administração Pública federal<sup>40</sup>.

Ou seja, na ausência de balizas definidoras da forma de agir da Administração Pública, conceder-se-ia, neste caso, e em tese, um maior espaço para a definição do que seria conveniente e oportuno no sentido de estabelecer que segmentos deveriam ser contemplados com a margem de preferência.

Vale dizer que a preocupação com os critérios considerados para o estabelecimento das margens de preferência já existia mesmo no âmbito da Lei nº 8.666/1993 – no qual, repise-se, o legislador estabeleceu, de forma clara e expressa, certos parâmetros a serem observados pelo

---

<sup>38</sup> BRASIL. **Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm)>. Acesso em: 05.2.2022

<sup>39</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. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm)>. Acesso em: 05.2.2022

<sup>40</sup> Segundo Marçal Justen Filho, “*discricionariedade é o modo de disciplina normativa da atividade administrativa que se caracteriza pela atribuição do dever-poder de decidir segundo a avaliação da melhor solução para o caso concreto, respeitados os limites impostos pelo ordenamento jurídico*” (Op.cit., 2014, p. 244).

Poder Executivo federal quando da escolha dos setores a serem contemplados com as margens de preferência.

Fabiano de Figueiredo Araújo, em estudo dedicado exclusivamente ao tema das margens de preferência no âmbito da Lei nº 8.666/1993, chega a sustentar que “há indícios de que específicas margens de preferência foram estruturadas (...) com a finalidade aparentemente exclusiva de privilegiar licitantes ofertantes de bens/serviços nacionais, mediante processo de captura regulatória”<sup>41</sup>. No debate público sobre o tema, o critério de escolha dos setores e das condições de aplicação das margens de preferência também é objeto de preocupação<sup>42</sup>.

O ponto, a esta altura, está relacionado com eventual risco de captura do regulador pelos setores interessados em usufruir de margens de preferência. É o que, no âmbito dos estudos sobre a teoria da escolha pública, se convencionou chamar de captura do regulador. Em artigo sobre o tema, George Stigler lembra que o Estado possui poderes que, de alguma maneira, podem servir a diversos propósitos – como beneficiar ou prejudicar certos setores<sup>43</sup>. Sua tese, ali, era demonstrar que a regulação poderia ser “adquirida” por um determinado setor e desenhada de acordo com os seus interesses – uma ideia alternativa àquela geral (e idealmente) aceita de que a regulação, em verdade, perseguiria fins exclusivamente públicos<sup>44</sup>.

Um dos benefícios que, segundo o autor, um setor poderia “demandar” do regulador seria justamente a criação de barreiras de entrada para competidores no seu mercado de interesse<sup>45</sup> - algo que, vale dizer, uma margem de preferência instituída em favor de certos produtos e serviços nacionais pode, em alguma medida, representar<sup>46</sup>.

---

<sup>41</sup> ARAÚJO, Fabiano de Figueiredo. **As margens de preferência em licitações públicas: o uso da contratação governamental como instrumento de regulação e as falhas regulatórias**. S2 Books. Brasília: 2016, p. 67

<sup>42</sup> Vale destacar, entre outras manifestações, a de André Rosilho e André de Castro Braga, para quem, mesmo na Lei nº 8.666/1993, “conferiu-se boa dose de discricionariedade ao Presidente da República, que detém o poder de escolher os setores que serão agraciados com as margens de preferência” (ROSILHO, André. BRAGA, André de Castro. **Está na hora de repensar o modelo de margens de preferência em licitações**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-29/hora-repensar-modelo-margens-preferencia-licitacoes>>. Acesso em: 10.02.2022), bem como a de Adriana Dantas e Fernando Villela de Andrade Vianna, no sentido de que, nos termos do projeto de lei que viria a se transformar na Lei nº 14.133/2021, “confere uma discricionariedade ampla e indesejada para o administrador público local” (DANTAS, Adriana. VIANNA, Fernando Villela de Andrade. **As margens de preferência na nova lei de licitações, o risco de captura e o paradoxo regulatório**. Disponível em: <[https://www.agenciainfra.com/blog/infradebate-as-margens-de-preferencia-na-nova-lei-de-licitacoes-o-risco-de-captura-e-o-paradoxo-regulatorio](https://www.agenciainfra.com/blog/infradebate-as-margens-de-preferencia-na-nova-lei-de-licitacoes-o-risco-de-captura-e-o-paradoxo-regulatorio/)>. Acesso em: 15.2.2022)

<sup>43</sup> STIGLER, George. **The theory of economic regulation** in The Bell Journal of Economics and Management Science, nº 1, vol. 2, Spring/1971, p. 3

<sup>44</sup> STIGLER, *Ibid.*, p. 3

<sup>45</sup> STIGLER, *Ibid.*, p. 5

<sup>46</sup> CARBONI, Chiara. IOSSA, Elisabetta. MATTERA, Gianpiero. **Barriers towards foreign firms in international public procurement markets: a review** in Economia e Politica Industriale: Journal of Industrial and Business Economics: Springer, vol. 45, mar/2018, p. 7.

O objetivo deste trabalho, portanto, é examinar quais incentivos e desincentivos à legislação atualmente em vigor a respeito da concessão de margens de preferência para produtos e serviços domésticos – especialmente, a Lei nº 8.666/1993 e a Lei nº 14.133/2021 - confere às organizações<sup>47</sup> por ela afetadas para a verificação do fenômeno da captura do regulador.

Busca-se, desse modo, demonstrar que, apesar das limitações existentes quanto ao controle judicial do mérito do ato expedido pelo Poder Executivo federal que contempla um determinado segmento de produtos ou serviços nacionais com margens de preferência em licitações públicas, a legislação brasileira conta com mecanismos suficientes para desincentivar um processo de captura do regulador em tais casos.

Esses mecanismos, conforme se buscará evidenciar na presente pesquisa, correspondem às etapas que normalmente estão inseridas no âmbito da análise de impacto regulatório. Tais mecanismos estão previstos no Decreto nº 9.191/2017<sup>48</sup>, cujas disposições são aplicáveis à atividade normativa do Poder Executivo Federal.

Para isso, o presente trabalho encontra-se estruturado e dividido em três partes. No primeiro capítulo, são apresentados os elementos e traços definidores das margens de preferência para produtos e serviços nacionais em licitações públicas – com especial atenção aos mecanismos e critérios existentes para o estabelecimento dessas margens de preferência, definição da obrigatoriedade (ou não) de aplicação de tais margens nos certames licitatórios, bem como definição da forma de comprovação de atendimento aos requisitos legalmente estabelecidos para que o licitante faça jus ao benefício. Também é neste capítulo que se apresentam os efeitos econômicos que tanto a literatura jurídica, quanto econômica, projetam sobre uma política dessa natureza.

O capítulo seguinte se debruça sobre o fenômeno da captura regulatória, em si, apresentando as diversas escolas de pensamento sobre o assunto, os tipos de vantagens buscadas por organizações em um processo de captura do regulador, os impactos dos custos para se obter benefícios por meio da regulação, os diversos tipos de captura reconhecidos pela literatura sobre o assunto, além de seus efeitos sobre a eficiência e a distribuição de renda.

---

<sup>47</sup> Utilizamos, aqui, a ideia de “organizações” utilizada por Douglass North, isto é, agentes criados com propósitos específicos e que interagem entre si dentro de uma matriz institucional. Na concepção de Douglass North, incluem-se dentre as organizações, entre outros, as empresas, os sindicatos e as agências governamentais. (NORTH, Douglass C. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance**. New York: Cambridge University Press: 2018, p. 4).

<sup>48</sup> BRASIL. **Decreto nº 9.191, de 1º de novembro de 2017**. Estabelece as normas e as diretrizes para elaboração, redação, alteração, consolidação e encaminhamento de propostas de atos normativos ao Presidente da República pelos Ministros de Estado. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2017/decreto/D9191.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/decreto/D9191.htm)>. Acesso em: 01.6.2022

No capítulo final, é realizada uma intersecção entre a política de margens de preferência para produtos e serviços nacionais, no Brasil, e o fenômeno da captura regulatória, examinando-se os incentivos eventualmente gerados pela legislação vigente para a ocorrência daquele fenômeno, inclusive transitando sobre dois fatores que, cada um a seu modo, podem atuar de forma diametralmente oposta nesse processo: a discricionabilidade administrativa e a análise de impacto regulatório.

Ao final, são apresentadas as conclusões obtidas a partir das discussões levantadas nos capítulos anteriores.

## 1. MARGENS DE PREFERÊNCIA: ASPECTOS JURÍDICOS E ECONÔMICOS

### 1.1 Margens de preferência para produtos e serviços nacionais em licitações públicas

Sendo um tema atinente aos contratos firmados pela Administração Pública, as regras relativas à fixação de margens de preferência em favor de produtos e serviços nacionais em contratações públicas se encontram estabelecidas na normativa geral de licitações e contratos administrativos. No Brasil, hoje, dois diplomas legais versam sobre a matéria, concomitantemente: a Lei nº 8.666/1993 e a Lei nº 14.133/2021.

Vale enfatizar que o segundo diploma (mais recente) foi concebido e instituído com a pretensão de substituir e revogar o anterior. Ambos coexistem, todavia, em razão do disposto no art. 193, II, da Lei nº 14.133/2021, que postergou a sua revogação para somente após 02 (dois) anos da publicação da Lei nº 14.133/2021<sup>49</sup>. Durante esse intervalo de tempo, portanto, a Administração Pública poderá optar, livremente, por licitar e contratar de acordo com as regras dispostas na Lei nº 8.666/1993, conforme art. 191, da Lei nº 14.133/2021.

Também é importante sublinhar que a regulação das margens de preferência em proveito de produtos e serviços nacionais no âmbito da Lei nº 8.666/1993 possui um nível de maturidade superior em relação àquela trazida pela Lei nº 14.133/2021.

E isso porque as disposições constantes da Lei nº 8.666/1993 – concentradas no art. 3º do referido diploma legal – mereceram normatização administrativa própria pelo Poder Executivo federal, por meio do Decreto nº 7.546/2011. A referida norma se debruça, em síntese, sobre os tipos de margem de preferência (normal e adicional), estabelece os critérios para configuração de produto nacional, bem como a forma de aplicação das referidas margens, uma vez instituídas<sup>50</sup>. A Lei nº 14.133/2021, por sua vez, não possui normatização infralegal correspondente.

Nenhum dos referidos diplomas, todavia, se debruça, detalhadamente, sobre aspectos elementares ou definidores das margens de preferência em favor de produtos e serviços nacionais em contratações públicas.

É verdade que, de alguma forma, a noção de margens de preferência é intuitiva: destinada a ser aplicada em uma licitação, tais margens corresponderiam a um fator de favoritismo a produtos e serviços nacionais em relação a seus correspondentes estrangeiros,

---

<sup>49</sup> A Lei nº 8.666/1993 perderá vigência, portanto, em 31.3.2023, quando se completará, então, 02 (dois) anos da entrada em vigor da Lei nº 14.133/2021.

<sup>50</sup> ZAGO, *Op. cit.* p. 203

alterando a característica inicial do que seria a melhor proposta para fornecimento do produto ou serviço correspondente<sup>51</sup>.

Margens de preferência, portanto, não excluem ou implicam em banimento do produto ou serviço estrangeiro concorrente em um certo e determinado licitante – o que, inclusive, seria inconstitucional<sup>52</sup>.

A política de margens de preferência instituída no Brasil, portanto, leva em conta a nacionalidade do produto ou serviço a ser fornecido, e não a do licitante<sup>53</sup>.

Esse ponto é importante porque, na teoria, um licitante estrangeiro poderia ser beneficiado em um dado certame, desde que o produto ou serviço a ser fornecido seja brasileiro – o critério marcante, repise-se, é o local da fabricação do produto ou da prestação dos serviços<sup>54</sup>.

Essas margens correspondem, em verdade, a um percentual aplicável sobre o valor da melhor proposta para o fornecimento de um produto ou serviço estrangeiro<sup>55</sup>, permitindo ao órgão licitante a seleção de proposta em valor superior àquela que seria, em circunstâncias normais, considerada a melhor proposta dentro de um dado certame<sup>56</sup>.

Esse percentual é disciplinado de forma diferente nos diplomas atualmente em vigor. Antes, todavia, um ponto comum sobre o assunto merece destaque: as margens de preferência, tanto no âmbito da Lei nº 8.666/1993, quanto no da Lei nº 14.133/2021, são de 02 (duas) espécies.

A primeira delas é a aquela que a literatura denomina margem de preferência normal ou ordinária<sup>57</sup> e que corresponde ao percentual a ser aplicado sobre a melhor proposta apresentada para fornecimento de produto ou serviço estrangeiro, de modo a conferir preferência aos seus correspondentes domésticos.

Essa primeira “camada” de aplicação da margem de preferência tem como único critério de aplicação a nacionalidade do produto ou serviço objeto do fornecimento.

A ela, no entanto, pode ser acrescida, conforme o caso, uma segunda “camada”, denominada pela literatura como margem de preferência adicional. Essa margem tem a sua

---

<sup>51</sup> ZAGO, *Ibid.*, p. 199.

<sup>52</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Revista dos Tribunais, São Paulo: 2021, p. 236-237

<sup>53</sup> ZAGO, *Op. cit.*, p. 200

<sup>54</sup> OLIVEIRA, Rafael Sergio Lima de. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Vol. I (art. 1º ao 70). Coordenação: Cristiana Fortini, Rafael Sérgio Lima de Oliveira e Tatiana Camarão. Editora Fórum, Belo Horizonte: 2022, p. 349

<sup>55</sup> JUSTEN FILHO, *Op.cit.*, 2021, p. 427

<sup>56</sup> JUSTEN FILHO, *Ibid.*, p. 428

<sup>57</sup> ARAUJO, *Op. cit.*, p. 18 *et al*

aplicação condicionada ao fato de o produto ou serviço ser decorrente de atividades de desenvolvimento e inovação tecnológica realizadas no Brasil<sup>58</sup>.

Segundo Marçal Justen Filho, a existência de uma margem adicional se justificaria pela importância da inovação tecnológica para o progresso econômico, bem como para a redução do problema da dependência tecnológica em relação a outros países<sup>59</sup>.

Esse ponto da autonomia tecnológica também é destacado por Fabiano de Figueiredo Araújo, citando, inclusive, o disposto no art. 219, da Constituição Federal, segundo o qual o mercado interno deve ser incentivado de modo a promover a autonomia tecnológica do país<sup>60</sup>.

No âmbito da Lei nº 8.666/1993, o limite máximo de fixação percentual de margens de preferência em favor de produtos e serviços nacionais é de 25% (vinte e cinco por cento), somadas as margens normal e adicional, conforme art. 3º, §8º, da referida lei<sup>61</sup>.

Esse diploma legal, todavia, não estabelece qual seria o “teto” de aplicação percentual em cada uma das espécies de margens de preferência, mas somente, como se vê, o limite geral – tampouco o faz o Decreto nº 7.546/2011, que regulamenta a aplicação das margens de preferência no âmbito da Lei nº 8.666/1993.

A Lei nº 14.133/2021 segue, todavia, um caminho diferente. O art. 26, §1º, II, do referido diploma legal estabelece que a margem de preferência normal pode ser de até 10% (dez por cento) sobre o valor do produto ou serviço estrangeiro. O limite geral, tomadas as duas espécies de margens de preferência, é, segundo o art. 26, §2º, da Lei nº 14.133/2021, de 20% (vinte por cento), o que, logicamente, induz que a margem adicional deve ser fixada, necessariamente, dentro de um intervalo adicional de 10% (dez por cento).

Os segmentos de produtos e serviços a serem contemplados por margens de preferência em razão de nacionalidade são definidos pelo Poder Executivo federal<sup>62</sup>. Isso decorreria não somente da competência da União para legislar privativamente sobre normas gerais de licitações e contratos administrativos, conforme art. 22, XXVII, da Constituição Federal, mas

---

<sup>58</sup> ARAUJO, *Op. cit.*, p. 20

<sup>59</sup> *Op. cit.*, 2021, p. 13

<sup>60</sup> *Op. cit.*, p. 20

<sup>61</sup> Esse limite percentual é objeto de críticas por parte de Marina Fontão Zago. Segundo ela, a exposição de motivos da Medida Provisória nº 495/2010 – que, como já demonstrado, seria convertida na Lei nº 12.349/2010 que, por sua vez, alterou o disposto no art. 3º, da Lei nº 8.666/1993, de modo a incluir a possibilidade de instituição de margens de preferência em favor de produtos e serviços nacionais em contratações públicas – não justifica a opção por esse limite percentual de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o valor dos produtos ou serviços estrangeiros. A autora destaca, ainda, que esse limite percentual é excessivo, sobretudo considerando políticas equivalentes adotadas em âmbito internacional. (ZAGO, *Op. cit.*, p. 196)

<sup>62</sup> OLIVEIRA, *Op. cit.*, p. 350



também porque, segundo Fabiano de Figueiredo Araújo, é também competência desse ente a implementação de planos nacionais de desenvolvimento<sup>63</sup>.

Esse é o modelo estabelecido tanto na Lei nº 8.666/1993 (art. 3º, §8º), quanto na Lei nº 14.133/2021 (art. 26, I). Mas, há, todavia, uma diferença substancial entre os dois regulamentos no que diz respeito aos critérios e parâmetros a serem observados para escolha dos segmentos a serem contemplados, embora Marçal Justen Filho sustente, no caso da Lei nº 14.133/2021, que também ali a eficácia da política de margens dependa da edição de decretos específicos que tratem dos pressupostos a serem atendidos, bem como dos controles e mecanismos para avaliação de resultados<sup>64</sup>. A Lei nº 14.133/2021, todavia, não prevê essa necessidade.

A fixação de margens de preferência para produtos e serviços nacionais, na Lei nº 8.666/1993, deve levar em conta os seguintes critérios, conforme art. 3º, §6º: (i) geração de emprego e renda, (ii) efeito sobre arrecadação tributária, em todos os níveis, (iii) desenvolvimento e inovação tecnológica, no Brasil, e (iv) custo adicional de aquisição dos produtos e serviços contemplados com as referidas margens de preferência.

Segundo o referido dispositivo, esses parâmetros devem ser abordados em estudo específico que, a cada 05 (cinco) anos, devem ser revistos, devendo o órgão competente levar em conta a análise retrospectiva de resultados para fins de renovação das margens instituídas para um novo período.

Embora o dispositivo não seja tão claro, Marina Fontão Zago entende que, da sua leitura, seria possível inferir que o prazo máximo de vigência de uma margem de preferência instituída em favor de um determinado segmento de produtos ou serviços não poderia ser superior a 05 (cinco) anos<sup>65</sup>.

O Decreto nº 7.546/2011 instituiu uma Comissão Interministerial de Compras Públicas a quem caberia, dentre outras atribuições, propor a normativa destinada a instituir as margens de preferência em favor de produtos e serviços nacionais, com base nos estudos acima mencionados.

---

<sup>63</sup> *Op. cit.*, p. 23

<sup>64</sup> O referido autor sustenta, ainda, que essa regulamentação deve se dar em 02 (dois) níveis, sendo que aquela destinada a eleger os segmentos de produtos ou serviços contemplados com as margens de preferência transitam nesse segundo nível. O primeiro nível de regulamentação, conforme o autor, é aquele referente à própria forma de aplicação do art. 26, da Lei nº 14.133/2021. (*Op. cit.*, p. 426). Essa regulamentação, até a data da conclusão do presente trabalho, ainda não havia sido editada.

<sup>65</sup> *Op. cit.*, p. 197

Essa Comissão, todavia, foi extinta, a partir da publicação do Decreto nº 10.473/2020<sup>66</sup>, que promoveu a revogação de uma série de atos administrativos no âmbito da Administração Pública Federal – dentre eles, os arts. 7º, 8º e 9º, do Decreto nº 7.546/2011, conforme art. 1º, CCXLVIII.

De acordo com pesquisa realizada junto ao Portal de Compras Públicas do Governo Federal<sup>67</sup>, após a extinção do referido órgão, nenhum outro ato de natureza administrativa foi editado determinando a criação de outro órgão equivalente ou mesmo atribuindo a outro órgão pré-existente o rol de competências inicialmente estabelecido para aquela Comissão Interministerial.

Durante a sua existência, a Comissão Interministerial de Compras Públicas participou do processo de eleição de um total de 16 (dezesseis) segmentos de produtos/serviços aptos a serem contemplados com margens de preferência, conforme sintetizado na tabela abaixo:

<b>Segmentos</b>	<b>Decretos</b>	<b>Vigência Final<sup>68</sup></b>
Confecções, calçados e artefatos	Decretos nº 7.601/2011 <sup>69</sup> , 7.756/2012 <sup>70</sup> , 8.167/2013 <sup>71</sup> e 8.626/2015 <sup>72</sup>	31/12/2016

<sup>66</sup> BRASIL. **Decreto nº 10.473, de 24 de agosto de 2020**. Declara a revogação, para os fins do disposto no art. 16 da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, de decretos normativos. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/decreto/D10473.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10473.htm)>. Acesso em: 17.3.2022.

<sup>67</sup> BRASIL. Ministério da Economia. **Decretos**. Disponível em: <<https://www.gov.br/compras/pt-br/acesso-a-informacao/legislacao/decretos-vigentes>>. Acesso em: 17.3.2022

<sup>68</sup> Optou-se, para fins didáticos, por indicar a data de vigência de cada margem de preferência atribuída ao segmento respectivo, conforme estabelecido no último decreto expedido pelo assunto.

<sup>69</sup> BRASIL. **Decreto nº 7.601, de 7 de novembro de 2011**. Estabelece a aplicação de margem de preferência nas licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de produtos de confecções, calçados e artefatos, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/decreto/d7601.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7601.htm)>. Acesso em: 17.3.2022.

<sup>70</sup> BRASIL. **Decreto nº 7.756, de 14 de junho de 2012**. Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de produtos de confecções, calçados e artefatos, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/decreto/D7756.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/D7756.htm)>. Acesso em: 17.3.2022.

<sup>71</sup> BRASIL. **Decreto nº 8.167, de 23 de dezembro de 2013**. Altera o Decreto nº 7.756, de 14 de junho de 2012, para dispor sobre margens de preferência na aquisição de produtos de confecções, calçados e artefatos, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/decreto/D8167.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/D8167.htm)>. Acesso em: 17.3.2022.

<sup>72</sup> BRASIL. **Decreto nº 8.626, de 30 de dezembro de 2015**. Altera os Decretos que especifica, para prorrogar o prazo de vigência das margens de preferência. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/decreto/D8626.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/D8626.htm). Acesso em: 17.3.2022.

Retroescavadeiras e motoniveladoras	Decretos nº 7.709/2012 <sup>73</sup> , 8.002/2013 <sup>74</sup> e 8.626/2015	31/12/2016
Fármacos e medicamentos	Decretos nº 7.713/2012 <sup>75</sup> e 8.626/2015	31/12/2016 (Grupo 1) e 31/12/2017 (Grupos 2 a 6)
Produtos médicos	Decreto nº 7.767/2012 <sup>76</sup>	30/6/2017
Papel-moeda	Decretos nº 7.810/2012 <sup>77</sup> e 8.626/2015	31/12/2016
Veículos para vias férreas	Decretos nº 7.812/2012 <sup>78</sup> e 8.626/2015	31/12/2016
Caminhões, furgões e implementos rodoviários	Decretos nº 7.816/2012 <sup>79</sup> , 8.171/2013 <sup>80</sup> e 8.626/2016	31/12/2016

<sup>73</sup> BRASIL. **Decreto nº 7.709, de 3 de abril de 2012**. Estabelece a aplicação de margem de preferência nas licitações realizadas no âmbito da Administração Pública Federal para aquisição de retroescavadeiras e motoniveladoras descritas no Anexo I, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/decreto/D7709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/D7709.htm)>. Acesso em: 17.3.2022.

<sup>74</sup> BRASIL. **Decreto nº 8.002, de 14 de maio de 2013**. Altera o Decreto nº 7.709, de 3 de abril de 2012, e o Decreto nº 7.840, de 12 de novembro de 2012, para dispor sobre margens de preferência na aquisição de pás carregadoras, tratores de lagarta e produtos afins, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/decreto/d8002.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d8002.htm)>. Acesso em: 17.3.2022.

<sup>75</sup> BRASIL. **Decreto nº 7.713, de 3 de abril de 2012**. Estabelece a aplicação de margem de preferência nas licitações realizadas no âmbito da Administração Pública Federal para aquisição de fármacos e medicamentos descritos no Anexo I, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/decreto/d7713.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7713.htm)>. Acesso em: 17.3.2022.

<sup>76</sup> BRASIL. **Decreto nº 7.767, de 27 de junho de 2012**. Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de produtos médicos para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/decreto/d7767.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7767.htm)>. Acesso em: 17.3.2022.

<sup>77</sup> BRASIL. **Decreto nº 7.810, de 20 de setembro de 2012**. Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de papel-moeda, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/decreto/D7810.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/D7810.htm)>. Acesso em: 17.3.2022.

<sup>78</sup> BRASIL. **Decreto nº 7.812, de 20 de setembro de 2012**. Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de veículos para vias férreas, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/decreto/d7812.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7812.htm)>. Acesso em: 17.3.2022.

<sup>79</sup> BRASIL. **Decreto nº 7.816, de 28 de setembro de 2012**. Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de caminhões, furgões e implementos rodoviários, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/decreto/d7816.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7816.htm)>. Acesso em: 17.3.2022.

<sup>80</sup> BRASIL. **Decreto nº 8.171, de 23 de dezembro de 2013**. Altera o Decreto nº 7.816, de 28 de setembro de 2012, para dispor sobre margens de preferência na aquisição de caminhões, furgões e implementos rodoviários, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/decreto/D8171.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/D8171.htm)>. Acesso em: 17.3.2022.

Perfuratrizes e patrulhas mecanizadas	Decretos nº 7.840/2012 <sup>81</sup> , 8.002/2013 <sup>82</sup> e 8.626/2015	31/12/2016
Disco para moeda	Decretos nº 7.843/2012 <sup>83</sup> , 8.170/2013 <sup>84</sup> e 8.626/2015	31/12/2016
Equipamentos de tecnologia da informação e comunicação	Decretos nº 7.903/2013 <sup>85</sup> e 8.626/2015	31/12/2016
Equipamentos de tecnologia da informação e comunicação	Decretos nº 8.184/2014 <sup>86</sup> e 8.626/2015	31/12/2016
Aeronaves executivas	Decretos nº 8.185/2014 <sup>87</sup> e 8.626/2015	31/12/2016
Licenciamento de uso de programas de computador e serviços correlatos	Decretos nº 8.186/2014 <sup>88</sup> e 8.626/2015	31/12/2016

<sup>81</sup> BRASIL. **Decreto nº 7.840, de 12 de novembro de 2012**. Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de perfuratrizes e patrulhas mecanizadas, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/decreto/D7840.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/D7840.htm)>. Acesso em: 17.3.2022.

<sup>82</sup> BRASIL. **Decreto nº 8.002, de 14 de maio de 2013**. Altera o Decreto nº 7.709, de 3 de abril de 2012, e o Decreto nº 7.840, de 12 de novembro de 2012, para dispor sobre margens de preferência na aquisição de pás carregadoras, tratores de lagarta e produtos afins, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/decreto/d8002.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d8002.htm)>. Acesso em: 17.3.2022.

<sup>83</sup> BRASIL. **Decreto nº 7.843, de 12 de novembro de 2012**. Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de disco para moeda, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/decreto/D7843.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/D7843.htm)>. Acesso em: 17.3.2022.

<sup>84</sup> BRASIL. **Decreto nº 8.170, de 23 de dezembro de 2013**. Altera o Decreto nº 7.843, de 12 de novembro de 2012, para dispor sobre margens de preferência na aquisição de disco para moeda, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/decreto/D8170.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/D8170.htm)>. Acesso em: 17.3.2022.

<sup>85</sup> BRASIL. **Decreto nº 7.903, de 4 de fevereiro de 2013**. Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de equipamentos de tecnologia da informação e comunicação que menciona. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/decreto/d7903.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7903.htm)>. Acesso em: 17.3.2022.

<sup>86</sup> BRASIL. **Decreto nº 8.184, de 17 de janeiro de 2014**. Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de equipamentos de tecnologia da informação e comunicação, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/decreto/D8184.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/decreto/D8184.htm)>. Acesso em: 17.3.2022.

<sup>87</sup> BRASIL. **Decreto nº 8.185, de 17 de janeiro de 2014**. Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de aeronaves executivas, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/decreto/D8185.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/decreto/D8185.htm)>. Acesso em: 17.3.2022.

<sup>88</sup> BRASIL. **Decreto nº 8.186, de 17 de janeiro de 2014**. Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de licenciamento de uso de programas de computador e serviços correlatos, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/decreto/D8186.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/decreto/D8186.htm)>. Acesso em: 17.3.2022.

Equipamentos de tecnologia da informação e comunicação	Decretos nº 8.194/2014 <sup>89</sup> e 8.626/2015	31/12/2016
Brinquedos	Decretos nº 8.223/2014 <sup>90</sup> e 8.626/2015	31/12/2016
Máquinas e equipamentos	Decretos nº 8.224/2014 <sup>91</sup> e 8.626/2015	31/12/2016

A Lei nº 14.133/2021, por outro lado, não prevê os critérios a serem observados para que se eleja os segmentos de produtos ou serviços contemplados por margens de preferência em contratações públicas.

O art. 26, §1º, I, da referida lei, apenas estabelece que a definição da margem se dará “*em decisão fundamentada do Poder Executivo federal*”, sugerindo, portanto, que caberá à Administração Pública federal, isoladamente, imaginar e estabelecer os parâmetros que guiarão a decisão de se conceder margens de preferência em favor de um ou outro determinado segmento de produtos e serviços.

Trata-se de uma solução que, assim, ao menos na dicção legal, conferiria uma maior margem de liberdade ao Poder Executivo, na medida em que não estaria obrigado, tal qual ocorre no caso da Lei nº 8.666/1993, a seguir critérios idênticos àqueles estabelecidos pelo art. 3º, §6º, da referida lei, ao mesmo tempo.

Mais ainda: sem uma previsão *ex ante* de quais parâmetros devem ser observados, seria possível, em tese, que a fundamentação do ato que contemplar um ou outro segmento de produtos ou serviços com determinada margem de preferência se valha de outros critérios que, inicialmente, sequer haviam sido imaginados pelo legislador quando da concepção inicial da medida, ainda quando da edição da distante Medida Provisória nº 495/2010.

<sup>89</sup> BRASIL. **Decreto nº 8.194, de 12 de fevereiro de 2014**. Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de equipamentos de tecnologia da informação e comunicação, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/decreto/d8194.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/decreto/d8194.htm)>. Acesso em: 17.3.2022.

<sup>90</sup> BRASIL. **Decreto nº 8.223, de 3 de abril de 2014**. Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de brinquedos, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/decreto/D8223.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/decreto/D8223.htm)>. Acesso em: 17.3.2022.

<sup>91</sup> BRASIL. **Decreto nº 8.224, de 3 de abril de 2014**. Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de máquinas e equipamentos, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/decreto/D8224.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/decreto/D8224.htm)>. Acesso em: 17.3.2022.

Rafael Sérgio Lima de Oliveira destaca, de qualquer maneira, que o decreto que, no âmbito da Lei nº 14.133/2021, venha a fixar margens de preferência em favor de determinado segmento de produtos ou serviços, deve vir acompanhado da respectiva exposição de motivos<sup>92</sup>.

Marçal Justen Filho, comentando a forma como as margens de preferência estão dispostas na Lei nº 14.133/2021, entende que esse favorecimento deve ser, de qualquer forma, calçado em estudos que, de fato, evidenciem os seus benefícios, citando, entre eles, alguns dos mesmos critérios estabelecidos na Lei nº 8.666/1993 para esse fim – a saber, geração de emprego e renda, arrecadação fiscal, impacto sobre os custos de aquisição dos produtos e serviços beneficiados e o fomento ao desenvolvimento e inovação tecnológica<sup>93</sup>.

O ponto, para o referido autor, é que a aplicação de margens não pode ser fundamentada de forma meramente teórica, inclusive sugerindo a necessidade de realização dos mesmos estudos periódicos de caráter retrospectivo previstos na Lei nº 8.666/1993 para fins de verificação da eficácia das medidas adotadas<sup>94</sup>.

Superado esse ponto, é preciso apontar as diferenças regulatórias, até o presente momento, a respeito do objeto potencial das margens de preferências em contratações públicas. Tanto a Lei nº 8.666/1993, quanto a Lei nº 14.133/2021, dispõem que poderão ser contempladas pelas referidas margens de preferências bens ou produtos manufaturados<sup>95</sup> e serviços nacionais que atendam às normas técnicas brasileiras. Essa última parte, no entanto, sequer seria necessária, na medida em que, obrigatoriamente, só podem ser objeto de transação em território nacional produtos que, de fato, estejam em conformidade com as normas técnicas brasileiras<sup>96</sup>.

O ponto mais relevante, por ora, é compreender o que poderiam ser considerados “*bens manufaturados nacionais*” (ou “*produtos manufaturados nacionais*”) e “*serviços nacionais*”.

---

<sup>92</sup> *Op. cit.*, p. 350

<sup>93</sup> *Op. cit.*, 2021, p. 431

<sup>94</sup> *Ibid.*, p. 431

<sup>95</sup> A produção bibliográfica que trata das margens de preferência no âmbito da Lei nº 14.133/2021 não chama a atenção para o fato de esse diploma valer-se de termo distinto (bens) daquele empregado pela Lei nº 8.666/1993 (produto) para caracterização do objeto potencial de uma margem de preferência. O termo “bens”, evidentemente, é mais amplo, do ponto de vista semântico, do que “produto”. Segundo o Dicionário Houaiss, o termo bem pode ser definido como “*coisa, corpórea ou incorpórea, da esfera econômica ou moral, suscetível de uma apropriação legal; tudo aquilo que é propriedade de alguém*”. Produto, por sua vez, segundo o mesmo dicionário, seria “*aquilo que é produzido; resultado da produção*” ou “*aquilo que é produzido para venda no mercado*”. A noção de produto, assim, estaria logicamente incluída dentro da ideia de bem, o que levaria a conclusão de que o universo daquilo que poderia ser objeto de margens de preferência no âmbito da Lei nº 8.666/1993 seria mais restrito do que o da Lei nº 14.133/2021. No entanto, o adjetivo “*manufaturados*”, naturalmente, aproximam (senão tornam sinônimos mesmo) “*bens*” e “*produtos*” no presente caso. Se há um processo de manufatura do qual resulta um bem, esse, por questão semântica, é necessariamente um produto, conforme definição acima. Em termos práticos, assim, a diferença parece, de fato, ser inútil, o que justificaria a nenhuma atenção dispensada pela literatura a respeito da diferença de terminologia empregada pelos diplomas legais hoje vigentes a respeito do assunto.

<sup>96</sup> ARAUJO, *op. cit.*, p. 24

A Lei nº 14.133/2021, como mencionado, não foi objeto de regulamentação específica nesse ponto. A Lei nº 8.666/1993, por outro lado, e nesta parte, foi regulamentada pelo já comentado Decreto nº 7.546/2011, cujo art. 2º, IV, estabelece o conceito de “*produto manufaturado nacional*”.

Segundo a norma, tal produto é caracterizado pelo fato de ter sido submetido a qualquer processo que altere sua natureza (ou a de seus insumos) e sua finalidade, ou que aperfeiçoe a sua destinação de consumo. Mais ainda – e talvez mais importante – é que esse processo tenha ocorrido no Brasil, de acordo com o processo produtivo básico de que tratam as Leis nº 8.387/1991 e 8.248/1991, ou em conformidade com as regras de origem estabelecidas pelo Poder Executivo federal. Marçal Justen Filho aposta que a regulamentação à Lei nº 14.133/2021 deve seguir os mesmos critérios estabelecidos pelo Decreto nº 7.546/2011<sup>97</sup>.

Eis aqui um ponto relevante para a caracterização de produto nacional quando o processo produtivo básico (e não as regras de origem determinadas pelo Poder Executivo federal) servir como parâmetro principal. É que, devendo seguir o processo produtivo básico, não há, como afirma Marçal Justen Filho, a necessidade de que todo o processo de industrialização do produto tenha se desenvolvido no Brasil<sup>98</sup>.

O processo produtivo básico, nos termos da Lei nº 8.387/1991 (art. 7º, §8º, “b”)<sup>99</sup>, corresponde ao conjunto mínimo de operações necessárias para a industrialização de um determinado produto. Segundo Fabiano de Figueiredo Araújo, o processo produtivo básico reúne as etapas fabris mínimas para que se possa considerar que um dado produto foi industrializado no Brasil<sup>100</sup>. Trata-se, assim, das técnicas, materiais e tecnologias necessárias para a fabricação de um determinado produto, dizendo respeito, portanto, às atividades relevantes do processo de industrialização, e não à sua integralidade<sup>101</sup>.

Nesse sentido, ainda que parte do processo produtivo ocorra fora do Brasil, o produto resultante poderia ser, ainda assim, considerado como nacional – e, daí, gozar dos benefícios estabelecidos no respectivo decreto que fixar as margens de preferência.

---

<sup>97</sup> *Op. cit.*, 2021, p. 429

<sup>98</sup> *Ibid.*, p. 429

<sup>99</sup> BRASIL. Lei nº 8.387, de 30 de novembro 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. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18387.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18387.htm)>. Acesso em: 20.3.2022.

<sup>100</sup> *Op. cit.*, p. 25

<sup>101</sup> JUSTEN FILHO, *Op. cit.*, 2021, p. 429-430

Dito isso, é importante lembrar que o próprio Decreto nº 7.546/2011 elege as normas de origem estabelecidas pelo Poder Executivo federal como critério alternativo para definição de produto nacional.

Essas normas constam da Portaria nº 279/2011, do extinto Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior<sup>102</sup>. Segundo ela, os produtos originários do Brasil são aqueles que, em primeiro lugar, não forem compostos por “*insumos, matérias-primas, componentes ou peças, etc., importados*”. (art. 4º, I)<sup>103</sup>.

Além deles, também serão considerados como originários os que atenderem aos requisitos específicos estabelecidos pelo Anexo I da referida norma para cada um deles (art. 4º, II). Em alguns casos relatados no referido anexo da Portaria, o próprio atendimento ao processo produtivo básico é o único requisito a ser atendido<sup>104</sup>. Em outros – mas não na totalidade dos casos remanescentes -, o requisito é o valor percentual dos materiais importados sobre o valor total de venda do produto<sup>105</sup>.

De todos os segmentos de produtos e serviços contemplados com margens de preferência, 12 (doze) deles tiveram como critério para definição de “produto nacional” as regras de origem estabelecidas pela Portaria nº 279/2011 do extinto Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Apenas 03 (três) – a saber, produtos médicos<sup>106</sup>, equipamentos de tecnologia da informação e comunicação<sup>107</sup> e licenciamento de uso de *software*<sup>108</sup> - obedeceram ao processo produtivo básico como parâmetro para fins de fixação de margens de preferência.

---

<sup>102</sup> O antigo Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior foi transformado, junto com outros Ministérios então existentes, no atual Ministério da Economia, conforme art. 57, I, da Lei nº 13.844/2019 (BRASIL. **Lei nº 13.844, de 18 de junho de 2019**. Estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios; altera as Leis nºs 13.334, de 13 de setembro de 2016, 9.069, de 29 de junho de 1995, 11.457, de 16 de março de 2007, 9.984, de 17 de julho de 2000, 9.433, de 8 de janeiro de 1997, 8.001, de 13 de março de 1990, 11.952, de 25 de junho de 2009, 10.559, de 13 de novembro de 2002, 11.440, de 29 de dezembro de 2006, 9.613, de 3 de março de 1998, 11.473, de 10 de maio de 2007, e 13.346, de 10 de outubro de 2016; e revoga dispositivos das Leis nºs 10.233, de 5 de junho de 2001, e 11.284, de 2 de março de 2006, e a Lei nº 13.502, de 1º de novembro de 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13844.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13844.htm)>. Acesso em: 20.3.2022).

<sup>103</sup> BRASIL. Ministério de Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. **Portaria nº 279, de 18 de novembro de 2011**. Dispõe sobre o Regime de Origem para Compras Governamentais. Disponível em: <[https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/arquivos/dwnla\\_1346865240.pdf](https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/arquivos/dwnla_1346865240.pdf)>. Acesso em: 20.3.2022

<sup>104</sup> Trata-se, por exemplo, entre outros, dos produtos que contém a Nomenclatura Comum do Mercosul nº 9018.32.11, 9018.32.12 e 9018.32.13.

<sup>105</sup> Em todos os casos em que o requisito a ser atendido corresponde a uma proporção do valor das mercadorias importadas sobre o valor total de venda do produto, tal percentual equivale a 40% (quarenta por cento) do valor total de venda do produto.

<sup>106</sup> Conforme estabelecido no art. 2º, do Decreto nº 7.767/2012.

<sup>107</sup> Conforme estabelecido no art. 2º, dos Decretos nº 7.903/2013 e 8.194/2014.

<sup>108</sup> Conforme estabelecido no art. 2º, do Decreto nº 8.186/2014.



A regra de origem, assim, foi o fator predominante, portanto, para fins de determinação de “produto nacional” nos precedentes existentes envolvendo fixação de margens de preferência – o que é um indicativo importante, considerando que, segundo Marçal Justen Filho, há a perspectiva de que a regulação da Lei nº 14.133/2021 utilize os mesmos critérios do Decreto nº 7.546/2011 para aquela finalidade<sup>109</sup>.

Além da definição de “produto nacional”, o Decreto nº 7.546/2011 também avança sobre o conceito de “*serviço nacional*”, assim definido como “*serviço prestado no País, nos termos, limites e condições estabelecidos nos atos do Poder Executivo que estipulem a margem de preferência por serviço ou grupo de serviço*” (art. 2º, V).

Ambas as leis – tanto a Lei nº 8.666/1993, quanto a Lei nº 14.133/2021 – excepcionam a aplicação das margens de preferência em dois casos. O primeiro deles, é quando a capacidade de produção do produto ou do serviço for inferior à quantidade que o ente contratante pretende adquirir ou contratar<sup>110</sup>. O segundo caso apenas possui um âmbito de aplicação mais restrito: é quando aquela capacidade for inferior aos quantitativos pretendidos pelo ente contratante nas hipóteses de parcelamento do objeto<sup>111</sup>.

As duas hipóteses acima mencionadas de relaxamento da aplicação das margens de preferência são bem próximas – senão equivalentes – àquelas adotadas por outros países que instituíram margens de preferência em favor de produtos ou serviços nacionais.

Os casos de maior destaque, neste ponto, são a legislação americana (*Buy American Act*)<sup>112</sup> e a chinesa de compras públicas (Lei nº 68/2002 e alterações posteriores)<sup>113</sup>. Tanto em um, quanto em outro caso, a aplicação das margens de preferência seria excepcionada quando

<sup>109</sup> *Op. cit.*, 2021, p. 429

<sup>110</sup> Trata-se da disposição contida no art. 3º, §9º, I, da Lei nº 8.666/1993, e da regra contida no art. 26, §5º, I, da Lei nº 14.133/2021.

<sup>111</sup> O art. 26, §5º, II, da Lei nº 14.133/2021 cita expressamente a questão do parcelamento, enquanto o art. 3º, §9º, II, da Lei nº 8.666/1993, faz menção ao art. 23, §7º, da mesma lei, que trata justamente dessa hipótese. O único ponto é que, diferentemente da Lei nº 14.133/2021, a menção ao art. 23, §7º, da Lei nº 8.666/1993 poderia ser entendida como restrita aos casos de compras de bens – a possibilidade de parcelamento de obras e serviços está endereçada de forma mais ampla no §1º do referido art. 23, da Lei nº 8.666/1993.

<sup>112</sup> Essa é uma das 03 (três) exceções previstas pelo *Buy American Act* para não aplicação das margens de preferência em favor de produtos ou serviços produzidos ou prestados nos Estados Unidos da América, conforme John Chierichella (CHIERICHELLA, John. **The Buy American Act and the use of foreign sources in federal procurement – an issues analysis** in Public Contract Law Journal, n. 2, vol. 9, December/1977, p. 105), e John Luckey (LUCKEY, John. **The Buy American Act: requiring government procedures to come from domestic resources**. Disponível em: <[https://digital.library.unt.edu/ark:/67531/metacrs10532/m1/1/high\\_res\\_d/97-765A\\_2008Aug29.pdf](https://digital.library.unt.edu/ark:/67531/metacrs10532/m1/1/high_res_d/97-765A_2008Aug29.pdf)>. Acesso em: 18.7.2022, p. 4-5). P. 35

<sup>113</sup> UNIÃO EUROPEIA. Diretório Geral de Política Externa do Parlamento Europeu. **Openness of public procurement markets in key third countries**. Disponível em: <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/603840/EXPO\\_STU\(2017\)603840\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/603840/EXPO_STU(2017)603840_EN.pdf)>. Acesso em: 29.7.2022, p. 35.

houver indisponibilidade do produto ou serviço cuja contratação fosse pretendida pela Administração.

Essas exceções à aplicação das margens de preferência possuem, em tese, uma razão: é que, em se tratando de um instrumento de incentivo a determinados segmentos, a política de margens deixaria de ter sentido quando a própria demanda da Administração Pública, por si só, exercesse esse papel – o que ocorreria, naturalmente, nos casos em que a demanda superasse a capacidade de oferta dos respectivos produtos e serviços<sup>114</sup>.

Vale observar, todavia, que, na literatura econômica sobre o tema, Simon Evenett e Bernard Hoekman, apontam que, nos casos em que o preço global do produto ou serviço que se pretenda favorecer for inferior ao percentual de margem que se pretende atribuir em benefício de seus equivalentes nacionais e, ainda, não havendo barreiras de entrada para novos competidores no mercado, mesmo em um cenário em que a demanda fosse superior a disponibilidade dos referidos produtos ou serviços favorecidos, a adoção de uma política de margens poderia contribuir para se atrair novos fornecedores<sup>115</sup>.

A aplicação das margens de preferência em cada certame licitatório apresenta, a essa altura, alguns desafios quanto à sua obrigatoriedade e também no que diz respeito à sua extensão.

A dicção legal trazida tanto pelo art. 3º, §5º, da Lei nº 8.666/1993, quanto no art. 26, da Lei nº 14.133/2021, sugerem, ao menos nessa primeira camada regulatória, que a aplicação de uma margem de preferência previamente fixada pelo Poder Executivo federal seria facultativa. E isso porque, tanto em um caso, quanto em outro, os respectivos dispositivos legais dispõem que as margens poderão ser aplicadas nos processos licitatórios a que se referirem os produtos ou serviços favorecidos, e não que necessariamente deveriam ser.

É neste momento que a existência de uma regulação infralegal desdobra a questão da facultatividade da adoção de margens de preferência em duas trilhas distintas. No caso da Lei nº 8.666/1993, o Decreto nº 7.546/2011 acaba se debruçando sobre a questão, estabelecendo, no seu art. 3º, que, nas licitações instauradas no âmbito da Administração Pública federal envolvendo a contratação de produtos ou serviços beneficiados, “*será assegurada (...) margem de preferência, nos termos previstos neste decreto*”.

---

<sup>114</sup> ZAGO, *Op. cit.*, p. 198

<sup>115</sup> EVENETT, Simon. HOEKMAN, Bernard. **Government procurement: How does discrimination matter?** Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/228427316\\_Government\\_Procurement\\_How\\_Does\\_Discrimination\\_Matter](https://www.researchgate.net/publication/228427316_Government_Procurement_How_Does_Discrimination_Matter)>. Acesso em: 24.3.2022. p. 15

A imperatividade do dispositivo não deixa dúvidas quanto à obrigatoriedade da observância e aplicação das margens de preferência anteriormente estabelecidas ao menos para as licitações levadas a cabo no âmbito da Administração Pública federal.

Quanto aos demais entes federativos, o Decreto nº 7.546/2011 estabelece que a sua aplicação é facultativa<sup>116</sup>. Fabiano Figueiredo Araújo aborda a questão da facultatividade da aplicação das margens de preferência pelos demais entes federativos sob 02 (dois) aspectos.

O primeiro deles, baseado na ideia de que a instituição dessas margens se inseriria no campo do fomento estatal a certos setores da economia, leva o autor a entender que *“aprioristicamente, uma margem de preferência estabelecida pelo Poder Executivo Federal deveria ser observada em todas as licitações nacionais, inclusive por órgãos do Poder Judiciário e Legislativo, independentemente da esfera estatal”*<sup>117</sup>.

Mas há um segundo aspecto, cuja índole é puramente constitucional: em razão do princípio federativo e do princípio da separação de poderes estabelecidos, respectivamente, nos arts. 18 e 2º, da Constituição Federal, *“como a margem de preferência possui eficácia mediante um decreto federal, seria de duvidosa constitucionalidade (...) uma vinculação obrigatória do Poder Judiciário federal ou de órgãos do Distrito Federal, por exemplo”*.

A presente pesquisa, por outro lado, não encontrou discussões a respeito da extensão horizontal da aplicação das margens de preferência conferida pelo referido Decreto nº 7.546/2011 dentro da própria Administração Pública federal.

O art. 3º, §1º, da referida norma, estabelece que, para seus efeitos, estão abrangidos *“além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União”*.

O dispositivo segue a linha trazida pela própria Lei nº 8.666/1993, cujo art. 1º, §1º, estabelece o mesmo tipo de extensão horizontal de aplicabilidade – embora, é claro, por se tratar de uma lei resultante do exercício da já mencionada competência da União para a edição de normas gerais de licitações e contratos administrativos, também abrangeria, neste aspecto, em específico, os demais entes federativos.

Ocorre que, desde a edição da Lei nº 13.303/2016<sup>118</sup>, as empresas públicas e as sociedades de economia mista ganharam normatização própria no que diz respeito, entre outros,

---

<sup>116</sup> Trata-se da disposição contida no art. 3º, §2º, do referido decreto.

<sup>117</sup> *Op. cit.*, p. 23

<sup>118</sup> BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos

ao tema de licitações e contratos<sup>119</sup> – escapando, portanto, do âmbito de aplicação da Lei nº 8.666/1993, salvo no que diz respeito às normas de direito penal, conforme estabelecido no art. 41, da própria Lei nº 13.303/2016.

Com esse escape, e a partir da aplicação do princípio da especialidade, o Decreto nº 7.546/2011, em tese, teria perdido eficácia quanto à obrigatoriedade da aplicação das margens de preferência nas licitações instauradas pelas empresas públicas e sociedades de economia mista após a entrada em vigor da Lei nº 13.303/2016.

A Lei nº 14.133/2021, neste aspecto, é até pelo seu ingresso no ordenamento jurídico brasileiro após a edição da Lei nº 13.303/2016, é expressa quanto à sua não aplicabilidade às empresas públicas e às sociedades de economia mista<sup>120</sup>.

Mas a Lei nº 14.133/2021, por seu turno, e como já mencionado, não possui o mesmo nível de regulamentação infralegal que possui a Lei nº 8.666/1993 quanto às margens de preferência.

Nesse sentido, o debate acerca da obrigatoriedade ou facultatividade da adoção de margens que eventualmente venham a ser fixadas com base nessa lei, ao menos por ora, estaria limitado ao disposto no seu art. 26, cuja dicção, como abordado acima, trata da sua aplicação como uma possibilidade.

De qualquer maneira, mesmo com a superveniência de decreto regulamentador da matéria prevendo, por exemplo, tal qual faz o Decreto nº 7.546/2011, o seu caráter cogente quanto à Administração Pública federal, Marçal Justen Filho reforça a sua facultatividade em relação aos demais entes federativos<sup>121</sup>.

---

Municípios. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm)>. Acesso em: 25.3.2022.

<sup>119</sup> De fato, o art. 173, §1º, III, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 19/1998, já estabelecia que as empresas públicas e as sociedades de economia mista deveriam merecer regulação própria quanto a licitações e contratos. No entanto, em razão da ausência dessa legislação, formou-se, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, um certo consenso em torno da aplicabilidade da Lei nº 8.666/1993 enquanto não sobreviesse legislação específica a respeito das empresas públicas e sociedades de economia mista. Nesse sentido, é possível citar, entre outros, Marçal Justen Filho que, comentando o art. 1º, §1º, da Lei nº 8.666/1993, sustenta que “*as entidades da Administração indireta permanecerão sujeitas ao regime da Lei nº 8.666 até a edição de novas regras*”, arrematando, na sequência, que “*no futuro, deve haver dois regimes básicos, um destinado à Administração direta e autárquica e outro para as entidades de direito privado organizadas segundo padrões empresariais*” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15ª ed., Dialética, São Paulo: 2012, p. 28).

<sup>120</sup> É o que dispõe o seu art. 1º, §1º, segundo o qual “*não são abrangidas por esta lei as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as suas subsidiárias, regidas pela Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, ressalvado o disposto no art. 178 desta lei*”. O referido art. 178, da Lei nº 13.303/2016, se refere às normas de direito penal aplicáveis a licitações e contratos.

<sup>121</sup> *Op. cit.*, p. 426

Uma vez adotada em um determinado certame licitatório, o ponto de análise se desloca, então, para a comprovação, pelo licitante, de que, então, faria jus aos benefícios decorrentes da aplicação de uma dada margem de preferência previamente fixada.

Nem a Lei nº 8.666/1993 – incluída a regulamentação trazida pelo Decreto nº 7.546/2011 -, tampouco a Lei nº 14.133/2021, se debruçam sobre esse aspecto do processo que, de fato, parece mais operacional e vinculado às peculiaridades de cada caso. O exame dos decretos precedentes que contemplaram certos segmentos de produtos e serviços com margens de preferência é, nesse sentido, bastante elucidativo.

Como visto, no âmbito da Lei nº 8.666/1993, e por conta do Decreto nº 7.546/2011, a nacionalidade do produto seria determinada pelo atendimento às normas de origem estabelecidas pelo então Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, do Governo Federal, ou pela obediência ao processo produtivo básico de que tratam as Leis nº 8.387/1991 e 8.248/1991.

Em sua maioria, os decretos que fixaram margens de preferência em favor de determinados segmentos de produtos e serviços orientam-se, como demonstrado acima, pelo critério de atendimento às normas de origem para fins de determinação de sua nacionalidade.

Nesses casos, os decretos estabelecem que a comprovação do atendimento às normas de origem se dará pelo preenchimento de um formulário<sup>122</sup>, em que o licitante descreve o produto a ser fornecido, os materiais nele empregados, discriminando quais deles são produzidos nacionalmente e quais deles são importados. O formulário também contempla um espaço em que o licitante declara a veracidade das informações lançadas nos campos anteriores – sendo isso, a princípio, suficiente para a comprovação de que o licitante faz jus ao benefício<sup>123</sup>.

Por outro lado, há os casos – como os envolvendo a aquisição de produtos médicos, de equipamentos de tecnologia da informação e de licenças de *software* –, conforme já indicado anteriormente, em que, de acordo com os respectivos decretos, o critério principal para aferição da nacionalidade do objeto a ser fornecido é o atendimento ao processo produtivo básico.

Nos casos dos Decretos nº 7.767/2012 (produtos médicos) e 7.903/2013 (equipamentos de tecnologia da informação), a comprovação se dava ou por meio da apresentação da portaria interministerial de que trata o art. 1º, §2º, da Lei nº 8.248/1991, ou a partir da apresentação de cópia da resolução emitida pela Superintendência da Zona Franca de Manaus atestando que o interessado faz jus aos benefícios previstos pelo Decreto-Lei nº 288/1967. Já o Decreto nº

---

<sup>122</sup> O formulário se encontra inserido no Anexo II, da Portaria nº 279/2011, do agora extinto Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior.

<sup>123</sup> ARAUJO, *Op.cit.*, p. 25

8.186/2014 determina que a comprovação se dará pela apresentação do certificado “CERTICS” emitido pelo Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação, do Governo Federal, com base na Portaria nº 555/2013.

## 1.2 Efeitos econômicos de uma política de margens de preferência em favor de produtos e serviços nacionais

O tema da atribuição de margens de preferência em favor de certos produtos e serviços em razão da nacionalidade não é, como já abordado anteriormente, necessariamente novo.

E por não ser dotado de ineditismo – e, além disso, pelo fato de estar naturalmente vocacionado a gerar efeitos sobre a economia -, o tema já foi objeto de exame pela literatura econômica<sup>124</sup>, tanto nacional, quanto internacional.

Vale destacar, ainda, que boa parte da produção bibliográfica sobre os efeitos da aplicação de margens de preferência no âmbito de compras públicas em razão da nacionalidade do produto ou serviço adquirido é anterior à sua própria previsão legislativa, no Brasil – que, como visto, data do ano de 2010.

---

<sup>124</sup> Para além dos autores a serem mencionados nas linhas adiante, o tema já foi enfrentado, de forma direta ou indireta, por Roger Bruce Myerson (MYERSON, Roger. **Optimal auction design** In Mathematics of Operation Research, nº1, vol. 6, fev/1981), Robert Baldwin (BALDWIN, Robert. **Nontariff distortions of international trade**. The Brookings Institution: Washington, 1970), Jean-Jacques Laffont e Jean Tirole (LAFFONT, Jean-Jacques. TIROLE, Jean. **Auction design and favoritism** in International Journal of Industrial Organization. Elsevier: mar/1991), Chiara Carboni, Elisabetta Iossa e Gianpiero Mattera (CARBONI, Chiara. IOSSA, Elisabetta. MATTERA, Gianpiero. **Barriers towards foreign firms in international public procurement markets: a review** in Economia e Politica Industriale: Journal of Industrial and Business Economics: Springer, vol. 45, mar/2018), Albert Breton e Pierre Salomon (BRETON, Albert. SALOMON, Pierre. **Are discriminatory procurement policies motivated by protectionism?** Kyklos. Vol. 49, fev/1996), Shelena Keulemans e Steve Van de Walle (KEULEMANS, Shelena. VAN DE WALLE, Steve. **Cost-effectiveness, domestic favouritism and sustainability in public procurement: a comparative study of public preferences** in International Journal of Public Sector Management, vol. 30, mai/2017), Flavio Menezes e Paulo Monteiro (MENEZES, Flavio. MONTEIRO, Paulo. **Por que favorecer firmas nacionais?** In Revista Brasileira de Economia. Fundação Getúlio Vargas, n. 4, vol. 55, set/2001), *et al.* É importante destacar, ainda, que também estudiosos de outras áreas se dedicam a fazer projeções e conjecturas a respeito do tema. Sobretudo por se tratar de uma medida que é discutida na política e implementada pelo Direito, também os juristas se animam a analisar o tema da margem de preferência em favor de produtos e serviços nacionais no âmbito das contratações públicas. Nesse sentido, vale citar, *et al*, Marçal Justen Filho JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Revista dos Tribunais, São Paulo: 2021), Marina Fontão Zago (ZAGO, Marina Fontão. **Poder de compra estatal como instrumento de políticas públicas?** Brasília: Enap, 2018), Fabiano de Figueiredo Araújo (ARAÚJO, Fabiano de Figueiredo. **As margens de preferência em licitações públicas: o uso da contratação governamental como instrumento de regulação e as falhas regulatórias**. S2 Books. Brasília: 2016), Eurico Soares Montenegro Neto e Luiz Alberto Blanchete (MONTENEGRO NETO, Eurico Soares. BLANCHETE. Luiz Alberto. **A instituição de margens de preferência em licitações e seus efeitos benéficos sobre o desenvolvimento nacional sustentável** in Revista Pensamento Jurídico, nº 2, vol. 11, jul-dez/2017).

Espera-se, assim, que a introdução da política de margens de preferência, no Brasil, tenha se dado de forma consciente e, de algum modo, orientado pela vasta diversidade de estudos disponíveis sobre o tema.

De modo geral, as análises envolvendo os impactos de uma política de margens de preferência em compras públicas oscila entre os aspectos relacionados à “receita” e à “eficiência”, conforme aponta Luciano de Castro, a partir da Teoria dos Leilões<sup>125</sup>.

Segundo o referido autor, a abordagem focada na “receita” se debruça sobre o gasto público na aquisição dos produtos e serviços licitados – sendo a “maximização da receita” equivalente a minimização do valor despendido para aquisição do objeto pretendido<sup>126</sup>.

Por outro lado, os estudos que jogam luz sobre o aspecto da “eficiência” olham também para a questão do custo do licitante contratado, a destinação do ganho social decorrente dessa contratação e seus efeitos sobre o bem-estar doméstico<sup>127</sup>.

A abordagem das margens de preferência pelo lado da “receita” tem como parâmetro principal a existência de vantagens comparativas relacionadas aos custos dos licitantes envolvidos no certame.

Preston McAfee e John McMillan se debruçaram sobre o tema levando em conta a existência de diferença sistemática de custos entre competidores domésticos e estrangeiros, estudando, daí, a aplicação de margens de preferência segundo o critério de nacionalidade<sup>128</sup>.

O cenário simulado pelos autores, é importante frisar, parte da premissa de que a destinação dos lucros auferidos pelo licitante vencedor do certame é indiferente para o governo<sup>129</sup> - contrastando, portanto, com análises mais focadas na “eficiência”, isto é, no nível de bem-estar doméstico gerado a partir da aplicação de margens de preferência em compras públicas, o que não seria o objetivo dos referidos autores<sup>130</sup>.

---

<sup>125</sup> Para o referido autor, receita e eficiência são os objetivos centrais levados em conta pela Teoria dos Leilões. CASTRO, Luciano de. **O que são margens de preferência e como elas afetam as compras públicas?**, Disponível em: <[<sup>126</sup> \*Op. cit.\*, p. 2](http://www.brasil-economia-governo.org.br/2016/12/05/o-que-sao-margens-de-preferencia-e-como-elas-afetam-as-compras-publicas/#:~:text=e%20gest%C3%A3o%20p%C3%BAblica,O%20que%20s%C3%A3o%20margens%20de%20prefer%C3%A2ncia,elas%20afetam%20as%20compras%20p%C3%BAblicas%3F&text=Margens%20de%20prefer%C3%A2ncia%20s%C3%A3o%20vantagens,governos%20d%C3%A3o%20a%20fornecedores%20nacionais.>. Acesso em: 10.2.2022</a></p></div><div data-bbox=)

<sup>127</sup> CASTRO, *Op. cit.*, p. 2.

<sup>128</sup> McAFEE, Preston. McMILLAN, John. **Government procurement and international trade** in *Journal of International Economics*, vol. 26, 1989, p. 294.

<sup>129</sup> *Op. cit.*, p. 294.

<sup>130</sup> NAEGELEN, Florence. MOUGEOT, Michel. **Discriminatory public procurement policy and cost reduction incentives** in *Journal of Public Economics*, vol. 67, 1998, p. 350

O estudo de Preston McAfee e John McMillan indica que, não havendo qualquer diferença relevante na distribuição de custos dos competidores em uma licitação, nenhum tipo de tratamento diferenciado deveria ser dispensado a qualquer um deles<sup>131</sup>.

Essa afirmação, claro, atrai, naturalmente, uma segunda conclusão: se tal diferença, então, existir, uma medida ótima poderia ser criar parâmetros discriminatórios em favor do competidor com custos superiores<sup>132</sup>. Na opinião dos autores, essa discriminação reduziria o pagamento esperado pelos produtos e serviços a serem obtidos em uma licitação<sup>133</sup>.

Isso ocorreria porque, segundo Luciano de Castro, os competidores que possuem vantagens comparativas em termos de custo – isto é, aqueles mais eficientes quanto ao processo de produção do bem ou serviço objeto da aquisição – seriam incentivados a renunciar a essas vantagens e, no limite, apresentando propostas de preço mais competitivas que aquelas apresentadas pelos licitantes privilegiados por uma margem de preferência<sup>134</sup>.

Preston McAfee e John McMillan explicam que essa renúncia diminuiria a probabilidade de que o licitante favorecido pela margem de preferência fosse contratado – gerando, no limite, uma redução no custo de contratação do produto ou serviço licitado<sup>135</sup>.

Florence Naegelen e Michel Mougeot, por outro lado, apontam esse fator como uma desvantagem da política discriminatória, no sentido de que ela não produz incentivos suficientes para que as empresas favorecidas reduzam seus custos, constituindo um problema de seleção adversa – algo que os autores entendem que deveria também ser incentivado<sup>136</sup>.

Com o foco na redução dos custos de aquisição pelos governos, Preston McAfee e John McMillan defendem que as margens de preferência em favor de empresas domésticas deveriam ser endereçadas àqueles setores específicos da economia que possuíssem desvantagens comparativas em relação a seus equivalentes estrangeiros<sup>137</sup>.

Essa questão da desvantagem de custos entre países também é sublinhada por Florence Naegelen e Michel Mougeot como premissa para que o licitante mais eficiente seja induzido a apresentar propostas mais competitivas<sup>138</sup>.

Nesse sentido, a aplicação de uma margem de preferência de forma linear, isto é, favorecendo de forma indistinta qualquer produto ou serviço em razão da nacionalidade, não

---

<sup>131</sup> *Op. cit.*, p. 296

<sup>132</sup> *Ibid.*, p. 296

<sup>133</sup> *Ibid.*, p. 296

<sup>134</sup> CASTRO, *op. cit.*, p. 3.

<sup>135</sup> *Op. cit.*, p. 297.

<sup>136</sup> *Op. cit.*, p. 351

<sup>137</sup> *Op. cit.*, p. 299.

<sup>138</sup> *Op. cit.*, p. 351



seria compatível com uma política que privilegiasse a redução de custos de aquisição pelo ente contratante.

Em verdade, segundo Preston McAfee e John McMillan, margens de preferência poderiam ser aplicadas em favor de empresas estrangeiras, caso os produtos ou serviços por ela oferecidos pertencessem a um setor ou segmento que possuísse desvantagens comparativas em relação a seus equivalentes domésticos – isso, evidentemente, quando o objetivo da política de margens não for protecionista.<sup>139</sup>.

É que os referidos autores admitem que uma política de margens de preferência instituída em favor de produtos e serviços nacionais favorecem, além do ente contratante – que, repise-se, diminui a probabilidade de que um competidor com maior custo vença a licitação -, as próprias empresas domésticas inseridas naquele específico setor favorecido<sup>140</sup>.

Assim, ainda que a política de margens de preferência não possua, na origem, objetivos protecionistas, por aumentar a probabilidade de contratação da empresa doméstica – e, portanto, de propiciar o incremento de seu lucro -, ela acabaria, naturalmente, concorrendo para o alcance de objetivos daquela natureza<sup>141</sup>.

E é nesse sentido – e a partir desse ponto – que alguns estudiosos passaram a se dedicar a analisar a aplicabilidade de margens de preferência em favor de produtos e serviços nacionais pelo lado da “eficiência”<sup>142</sup> ou com viés “distributivo”<sup>143</sup>.

Embora tivessem se dedicado a analisar a questão da aplicação de margens de preferência para fins de redução dos custos de aquisição de produtos e serviços, Preston McAfee e John McMillan admitem que, se os lucros das empresas domésticas tiverem um peso maior para fins de aferição do nível de bem-estar social, poder-se-ia admitir a aplicação de margens de preferência independentemente da existência de vantagens comparativas entre produtos e serviços nacionais e estrangeiros<sup>144</sup>.

Assim como os referidos autores, Florence Naegelen e Michel Mougeot destacam, todavia, que os benefícios obtidos a partir do incremento do lucro das empresas domésticas devem compensar (*trade off*) os custos excedentes de aquisição dos produtos e serviços correspondentes<sup>145</sup>.

---

<sup>139</sup> *Op. cit.*, p. 299.

<sup>140</sup> *Ibid.*, p. 298

<sup>141</sup> *Ibid.*, p. 298.

<sup>142</sup> CASTRO, *Op. cit.*, p. 2

<sup>143</sup> NAEGELEN, *Op. cit.*, p. 350

<sup>144</sup> *Op. cit.*, p. 299

<sup>145</sup> *Op. cit.*, p. 350

Fernando Branco sustenta que a discriminação contra empresas estrangeiras em processos licitatórios funciona como um mecanismo de “lucro-transferência” em favor de empresas domésticas<sup>146</sup>.

Nesse sentido, num cenário em que não houvesse diferença na distribuição de custos, empresas domésticas deveriam ser sempre escolhidas em detrimento de seus concorrentes estrangeiros se o seu custo for igual ou inferior ao destes, após a aplicação da margem<sup>147</sup> – que, segundo ele, funcionaria como uma espécie de tarifa sobre o preço do produto ou serviço ofertado pelo concorrente estrangeiro<sup>148</sup>.

Num cenário, todavia, em que houvesse uma distribuição de custos distinta entre competidores nacionais e estrangeiros, Fernando Branco defende que a aplicação ótima de uma política de margens de preferência seria aquela em que o percentual sobre o preço do produto ou serviço estrangeiro variasse para mais ou para menos conforme a empresa doméstica tivesse menor ou maior vantagem comparativa em relação ao licitante estrangeiro<sup>149</sup> - ou, eventualmente, até fosse revertida contra a empresa doméstica, conforme, inclusive, já havia sido defendido por Preston McAfee e John McMillan<sup>150</sup>.

Até aqui, a conclusão inicial que se pode obter é a de que modelo brasileiro de aplicação de margens de preferência parece seguir uma linha mais destinada, predominantemente, à perseguição de efeitos distributivos do que, efetivamente, de redução dos custos de aquisição de produtos ou serviços pela Administração Pública.

É certo que, no sistema de margens de preferência instituído pela Lei nº 8.666/1993, existe, expressamente, uma preocupação com a questão do custo adicional para a aquisição dos produtos e serviços privilegiados pela aplicação das referidas margens.

Tanto que, como mencionado anteriormente, o art. 3º, §6º, IV, da referida lei, é claro no sentido de que os estudos que vierem a embasar a instituição de tais margens para certos produtos ou serviços devem levar em conta o “*custo adicional dos produtos e serviços*”.

Contudo, vale frisar, esse aspecto deve ser levado em conta junto a outros fatores, e não isoladamente<sup>151</sup>. E não é só: o dispositivo, semanticamente, parece reconhecer, de antemão, que

---

<sup>146</sup> BRANCO, Fernando. **Favoring domestic firms in procurement contracts** in *Journal of International Economics*, vol. 37, 1994, p. 67

<sup>147</sup> *Ibid.*, p. 76

<sup>148</sup> LOWINGER, Thomas C. **Discrimination in government procurement of foreign goods in the U.S. and Western Europe** in *Southern Economic Journal*, nº 3, vol. 42, jan/1976, p. 451

<sup>149</sup> *Ibid.*, p. 76-77

<sup>150</sup> *Op. cit.*, p. 299

<sup>151</sup> O dispositivo legal determina que devem ser considerados, ainda, pelo menos, os efeitos da aplicação das margens de preferência sobre emprego e renda, arrecadação fiscal, bem como inovação e desenvolvimento tecnológico.

o custo de contratação de produtos e serviços nacionais, nesse contexto, será mesmo necessariamente superior – a qualidade “*adicional*” do custo não é sequer dado como eventual. No âmbito da Lei nº 14.133/2021, a questão do custo de aquisição sequer é ventilada.

Essa despreocupação – ou preocupação relativa, no caso da Lei nº 8.666/1993 – com a questão do custo de aquisição pode ter relação com o modelo de licitação adotado no Brasil.

Conforme Florence Naegelen e Michel Mougeot, os impactos sobre custo de aquisição estudados por Preston McAfee e John McMillan partem de um modelo de licitação de segundo preço<sup>152</sup>, também conhecido como modelo Vickrey<sup>153</sup>.

Por aqui, seja no âmbito da Lei nº 8.666/1993, seja no sistema da Lei nº 14.133/2021, o modelo licitatório é o de escolha da melhor proposta – materializado, no caso de contratação de bens ou serviços, pelo critério de julgamento de melhor preço<sup>154</sup>.

Conforme leciona Fernando Branco, por se tratar de um modelo em que a troca econômica resultante da futura contratação dependeria apenas da proposta do próprio licitante – em oposição ao modelo Vickrey, em que, por questões lógicas, o preço a ser recebido pelo licitante vencedor pela venda de um produto ou a prestação de um serviço equivale ao valor proposto pelo segundo colocado no certame<sup>155</sup> -, a aplicação de margens de preferência com viés de redução de custo de aquisição se torna mais complexa<sup>156</sup>.

Reforça essa ideia, ainda, o fato de, no modelo brasileiro, inexistir a aplicação de margens de preferência em prejuízo de produtos ou serviços nacionais.

Conforme mencionado, essa poderia ser uma solução, caso algum setor, em específico, detivesse vantagens comparativas, em termos de custos, em relação aos concorrentes estrangeiros<sup>157</sup>.

---

<sup>152</sup> *Op. cit.*, p. 351

<sup>153</sup> O modelo Vickrey consiste, em resumo, em um tipo de licitação em que vence o certame aquele competidor que apresentar a proposta mais vantajosa para o contratante (seja um menor preço, no caso da oferta de um produto ou serviço, ou um lance maior, no caso de um leilão), ficando o vencedor, todavia, obrigado a cumprir os termos da segunda melhor proposta apresentada (o segundo menor preço ou o segundo maior lance, conforme o caso). Sobre o tema, ver VICKREY, William. **Counterspeculation, auctions and competitive sealed tenders** in *The Journal of Finance*. Nº 1, vol. 16, mar/1961, p. 8-37.

<sup>154</sup> No ordenamento jurídico brasileiro, de fato, não há nenhum critério de julgamento que se assemelhe ao modelo Vickrey. No âmbito da Lei nº 8.666/1993, o critério de melhor preço se encontra previsto no art. 45, §1º. Na Lei nº 14.133/2021, esse critério de julgamento se encontra endereçado no art. 33, I.

<sup>155</sup> Nesse tipo de “leilão”, o licitante é incentivado a apresentar uma proposta em valor equivalente à sua real valorização do objeto, o que não ocorreria nos leilões fechados de primeiro preço, em que uma proposta em valor correspondente à real valorização do objeto anularia os ganhos do licitante. (CAMELO, Bradson. NOBREGA, Marcos. TORRES, Ronny Charles de. **Análise econômica das licitações e contratos**. Editora Fórum. Belo Horizonte: 2022, p. 87.

<sup>156</sup> *Op. cit.*, p. 66-67

<sup>157</sup> McAFEE, McMILLAN, *Op.cit.*, p. 299

Todavia, conforme demonstrado, a experiência brasileira em relação ao tema apenas oferece a aplicação de margens de preferência em prejuízo de produtos e serviços estrangeiros. Mas não só: a legislação sequer autoriza esse tipo de solução – isto é, as margens de preferência podem ser instituídas, unicamente, em favor, mas nunca em desfavor, de produtos ou serviços nacionais.

Em verdade, a Exposição de Motivos que acompanhava a então Medida Provisória nº 495/2010 – que introduziu a possibilidade de concessão de margens de preferência em favor de produtos ou serviços nacionais no âmbito da Lei nº 8.666/1993 – já elegia a “*orientação do poder de compra do Estado para estimular a produção doméstica de bens e serviços*” como “*importante diretriz de política pública*”.

O mesmo documento, ainda, joga luz sobre a “*relevância do poder de compra governamental como instrumento de promoção do mercado interno*” e seus efeitos sobre “*nível de atividade, a geração de emprego e renda e, por conseguinte, o desenvolvimento do país*”. Também, ali, consta a preocupação em se propiciar condições equivalentes de competição entre os produtos e serviços nacionais e estrangeiros em licitações públicas.

Além disso, embora a Exposição de Motivos da referida Medida Provisória direcionasse alguma atenção para a “*eficiência e qualidade do gasto público*”, o foco principal parece estar voltado para o “*poderoso efeito multiplicador na economia*” que a medida poderia, em tese, proporcionar, por meio de alguns fatores, como aumento de demanda agregada, estímulo à atividade econômica doméstica, bem como geração de emprego e renda.

A propósito, a parte final do documento sublinha que a urgência da medida estaria ligada a necessidade de se promover os setores industrial e de serviços nacionais.

Outro ponto que inclina o modelo brasileiro de margens de preferência em contratações públicas em direção a uma política mais “*distributiva*” diz respeito ao “*espaço*” ou intervalo percentual conferido ao Poder Executivo federal quando da fixação de uma dada margem em favor de um determinado segmento de produtos ou serviços.

Esse “*espaço*”, no âmbito da Lei nº 8.666/1993, pode ser de até 25% (vinte e cinco por cento)<sup>158</sup>, enquanto na Lei nº 14.133/2021, esse intervalo está limitado a 20% (vinte por cento)<sup>159</sup> sobre o valor do produto ou serviço estrangeiro.

Ou seja, não se trata de um percentual fixo – como ocorre em outros casos mundo afora já mencionados neste trabalho -, mas sim de um intervalo amplo, dentro do qual o agente

---

<sup>158</sup> Conforme art. 3º, §8º, da Lei nº 8.666/1993.

<sup>159</sup> Conforme art. 26, §2º, da Lei nº 14.133/2021.

público, de acordo com as circunstâncias do caso, e de forma fundamentada, fixará um determinado percentual a ser aplicado, caso a caso.

Essa solução é, como demonstrado anteriormente, compatível com o que afirmam Preston McAfee e John McMillan, no sentido de que, quando o lucro das empresas domésticas possuírem significado relevante na aferição do bem-estar, margens de preferência poderiam ser aplicadas mesmo a produtos ou serviços pertencentes a segmentos que possuam vantagens comparativas em relação a seus concorrentes estrangeiros, embora em diferentes proporções.

Finalmente, a própria avaliação retrospectiva de impacto das margens de preferência em compras públicas realizada pela Secretaria de Política Econômica do então Ministério da Fazenda do Brasil, no mês de dezembro do ano de 2015, é clara no sentido de, naquele momento, recomendar a extensão das margens de preferência então concedidas, apesar de não haver evidências no sentido de “*identificar uma redução do preço das compras públicas como consequência da política de margens de preferência*”<sup>160</sup>.

Ou seja, prevaleceu, naquele momento, para fins de opinião quanto à conveniência e oportunidade de se prorrogar a vigência dos decretos concessivos de margem de preferência, os impactos sobre emprego da população e produção industrial doméstica<sup>161</sup> – minimizando o fato de a política de margens de preferência ter apreciado o custo para aquisição dos produtos e contratação dos serviços beneficiados, pela Administração Pública federal.

Destaque-se que, tal qual o impacto sobre emprego e renda da população, também os ônus adicionais impostos à Administração Pública para contratação dos produtos e serviços agraciados com as margens de preferência constituem critério igualmente relevante para fins de análise da viabilidade dessa política, conforme previsto no art. 3º, §6º, da Lei nº 8.666/1993.

Essa característica das margens de preferência em compras públicas, no Brasil, parece, de algum modo, ser ratificada pela literatura jurídica a respeito do assunto – que destaca que a finalidade dessa política, no Brasil, estaria mais inclinada ao estímulo da atividade econômica do que, essencialmente, à redução do valor dos custos de aquisição de produtos e serviços.

Segundo Justen Marçal Filho, a aquisição de produtos e serviços baseada exclusivamente no critério de menor preço poderia, eventualmente, gerar resultados negativos futuros em termos de competitividade, solvência das empresas, nível de emprego e arrecadação fiscal, redundando em crises sociais, com prejuízo à dignidade humana<sup>162</sup> - este último,

---

<sup>160</sup> BRASIL. Ministério da Fazenda. **Avaliação de Impacto das Margens de Preferência nas Compras Governamentais**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/avaliacao-impacto-compras-governamentais.pdf>>. Acesso em: 10.12.2021, p.110.

<sup>161</sup> BRASIL, Ministério da Fazenda, *Ibid.*, p. 112

<sup>162</sup> *Op. cit.*, p. 431

fundamento da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 1º, III, da Constituição Federal.

Marina Fontão Zago, por seu turno, destaca o fato de a política ser destinada a induzir o desenvolvimento nacional e o incremento da indústria, a partir do aumento do nível de atividade econômica e do emprego e renda<sup>163</sup>, o que, inclusive, parece corroborado pela própria Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 495/2010 – que, como dito, inaugurou a política de margens de preferência para produtos e serviços nacionais, no país<sup>164</sup>.

A mesma autora também enfatiza o intuito da política no sentido de criar condições equivalentes de competitividade entre empresas nacionais e estrangeiras<sup>165</sup>.

Rafael Sérgio Lima de Oliveira aponta que a aplicação de margens de preferência para produtos e serviços nacionais em licitações públicas consagraria o princípio do desenvolvimento nacional sustentável<sup>166</sup>.

Segundo o referido autor, tal medida “*implica investir na produção brasileira, o que ocorre por meio da disposição do Estado de pagar um valor mais caro, a fim de ter em troca o desenvolvimento da economia do país*”<sup>167</sup>.

Mais ou menos na mesma linha, André de Castro Braga e André Rosilho lembram que a intenção do Poder Executivo, ao propor a política de margens de preferência em favor de produtos e serviços nacionais, ainda à época da edição da Medida Provisória nº 495/2010, era “*estimular a produção doméstica de bens e serviços*” – muito embora os autores discutam a real utilidade da política para esse fim<sup>168</sup>.

---

<sup>163</sup> ZAGO, *Op. cit.*, p. 195

<sup>164</sup> De fato, como já abordado na parte introdutória deste trabalho, o documento que justifica a propositura da Medida Provisória nº 495/2010 é claro quanto ao reconhecimento do poder de compra estatal no sentido de fortalecer e incrementar a demanda por produtos e serviços, gerando, por conseguinte, segundo a opinião exarada no referido documento, aumento do nível de atividade econômica, dos índices de emprego e, daí, o desenvolvimento nacional.

<sup>165</sup> ZAGO, *Op. cit.*, p. 195

<sup>166</sup> *Op. cit.*, p. 349

<sup>167</sup> *Ibid.*, p. 349

<sup>168</sup> ROSILHO, BRAGA, *Op. cit.*, p. 1

## 2. ESCOLHA PÚBLICA, CAPTURA REGULATÓRIA E POLÍTICA DE MARGENS DE PREFERÊNCIA EM LICITAÇÕES PÚBLICAS

No capítulo anterior, ao passar pela forma como a política de margens de preferência em contratações públicas se encontra organizada, no Brasil, foi possível perceber que, em alguma medida, a sua efetivação depende, de forma geral, da participação de vários atores.

Como visto, tanto no regime da Lei nº 8.666/1993, quanto no da Lei nº 14.133/2021, viu-se, em primeiro lugar, que a definição dos setores a serem privilegiados com margens de preferência depende, em última instância, de um ato exarado pelo Poder Executivo federal<sup>169</sup>.

Definir os setores a serem contemplados com margens de preferência é um, mas não o único exercício realizado no momento da prolação daquele ato, pelo Poder Executivo.

Além de quais setores serão contemplados, é preciso estabelecer em que medida isso será feito. Em outras palavras: é preciso estabelecer *que* margem de preferência será concedida. No regramento da Lei nº 8.666/1993, como visto, essa margem pode alcançar até 25% (vinte e cinco por cento), conforme estabelecido no art. 3º, §8º, daquela lei. Já sob a Lei nº 14.133/2021, essa margem pode ser de até 20% (vinte por cento), nos termos do art. 26, §2º, do referido diploma legal.

Esses percentuais, todavia, e como demonstrado, envolvem dois “níveis” de margens de preferência (ordinária e adicional), sendo que a adicional deve ser aplicada, tanto num caso, quanto no outro, quando os produtos ou serviços contemplados resultarem de atividades de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados, no Brasil. Também essa indicação, como visto no capítulo anterior, terá sede própria no decreto que contemplar determinado setor com as margens de preferência.

No âmbito da Lei nº 8.666/1993, também como abordado anteriormente, o ato do Poder Executivo federal que estabelece as margens de preferência deve, no caso de o benefício recair sobre produtos, estabelecer o critério para caracterização de “produto nacional”.

Se isso ocorrerá com base nas regras de origem estabelecidas pela Portaria nº 279/2011 do extinto Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior ou, alternativamente, pelo processo produtivo básico de que trata a Lei nº 8.387/1991 e 8.248/1991, tal decisão

---

<sup>169</sup> Como demonstrado no capítulo anterior, a definição dos grupos de produtos e serviços contemplados por margens de preferência em contratações públicas tem sido realizada, no Brasil, por meio da expedição de decretos, pela Presidência da República. Foi assim, como visto, em todos os casos envolvendo a concessão de margens de preferência sob a égide da Lei nº 8.666/1993.

cabe ao Poder Executivo federal, no mesmo ato que definir os produtos e serviços a serem contemplados com as respectivas margens de preferência.

Todas essas definições pressupõem, ainda, e antes delas, a prática de outras ações. O ato que estabelece as margens de preferência, assim, apenas encerra um processo que lhe é anterior e sobre o qual estará, de algum modo, sustentado.

No caso da Lei nº 8.666/1993, a concessão das margens de preferência deve estar amparada em estudos que levem em conta todos aqueles aspectos mencionados no art. 3º, §6º, da referida lei<sup>170</sup> - os quais, inclusive, podem ser realizados por contratados privados, e não necessariamente por órgãos da própria Administração Pública<sup>171</sup>. Já no âmbito da Lei nº 14.133/2021, as referidas margens serão concedidas em “*decisão fundamentada*” do Poder Executivo federal (art. 26, §1º, I).

Endereçando uma solução que, como visto, é diferente daquela trazida por alguns outros ordenamentos jurídicos - em que margens de preferência são aplicadas, em regra, de forma linear para todos os produtos e serviços estrangeiros<sup>172</sup> - o ato que, no Brasil, estabelece margens de preferência para um determinado segmento opta, por consequência, e ao menos transitoriamente, por não conceder a outros segmentos aquele mesmo benefício<sup>173</sup>.

Em outras palavras, é dizer que, no sistema brasileiro, não há, *a priori*, a concessão de margens de preferência para *todos* os produtos e serviços nacionais em detrimento de seus equivalentes estrangeiros.

A fixação dessas margens em ato do Poder Executivo federal, sublinhe-se, pressupõe uma escolha realizada em algum momento anterior do processo, no sentido de se determinar *que* segmento de produtos ou serviços será inicialmente considerado para aquele fim.

Isso pode ocorrer quando da própria investigação crítica sobre se um dado segmento, uma vez contemplado com as margens de preferência, satisfaria ou não os requisitos estabelecidos pelo art. 3º, §6º, da Lei nº 8.666/1993<sup>174</sup> ou, então, se haveria ou não motivos, de modo geral, que fundamentassem aquela concessão.

---

<sup>170</sup> JUSTEN FILHO, *op. cit.*, 2014, p. 101

<sup>171</sup> Conforme lembra Fabiano de Figueiredo Araújo, a Fundação Getúlio Vargas foi responsável pela elaboração de alguns dos estudos que embasaram a fixação de margens de preferência para certos setores, como no caso de confecções, calçados e artefatos objeto do Decreto nº 7.601/2011 (ARAÚJO, *op. cit.*, p. 54).

<sup>172</sup> São os casos, como já demonstrado anteriormente, do *Buy American Act*, nos Estados Unidos da América, e da legislação chinesa de contratações públicas. Em ambos os casos, produtos e serviços estrangeiros são, em regra, discriminados, de forma geral, em relação aos seus equivalentes domésticos.

<sup>173</sup> Ao se escolher um determinado segmento, outros, naturalmente, deixam de ser escolhidos naquele ato administrativo definidor das margens de preferência. Futuramente, outros segmentos não contemplados naquele momento poderão ser igualmente agraciados com a medida.

<sup>174</sup> Os estudos realizados com base no art. 3º, §6º, da Lei nº 8.666/1993 poderiam concluir que a aplicação de margens de preferência a um dado setor não geraria os benefícios esperados para fins de geração de emprego e



Dado um determinado grupo de produtos ou serviços analisados, os estudos ou qualquer outro processo de análise crítica que sobre ele seja realizado podem concluir, eventualmente, que apenas parte (ou mesmo nenhum elemento) daquele grupo seria suscetível de uma margem de preferência em caso de contratações públicas.

No entanto, o mesmo fenômeno poderia ocorrer, eventualmente, antes disso, isto é, no momento de se definir quais segmentos de produtos ou serviços serão considerados para a realização daqueles estudos ou de qualquer outra investigação destinada a verificar a existência de motivos suficientes a fundamentar a concessão de uma margem de preferência.

O que se pretende demonstrar, de forma introdutória aos achados sintetizados nesse capítulo, é que o ato que, na superfície, estabelece margens de preferência para um determinado setor carrega, potencialmente, uma sequência de outros atos e decisões tomados e praticados anteriormente por diversos atores - e que, conseqüentemente, o influencia.

Todos esses atos e decisões, portanto, são instrumentais e dão sustentação ao ato exarado pelo Poder Executivo federal que, no limite, define o segmento de produtos ou serviços que será contemplado com margens de preferência, o percentual das margens ordinária e adicional (quando for o caso) aplicável, os critérios a serem observados para se determinar a nacionalidade do produto ofertado no futuro processo licitatório, bem como o prazo de vigência da margem de preferência estabelecida<sup>175</sup>.

Esse processo decisório pode ser analisado de diversas formas. Para os fins do presente estudo, abordar-se-á a metodologia utilizada pelos teóricos da “escolha pública”. Segundo Randall Holcombe, a “escolha pública” se vale da aplicação de métodos econômicos para compreender como os indivíduos a quem competem tomar decisões no processo político efetivamente agem dentro desse contexto – e como essas decisões impactam a formulação de políticas públicas de interesse geral da sociedade<sup>176</sup>.

Essa abordagem que leva em conta informações e incentivos que influenciam todos os atores envolvidos no processo decisório<sup>177</sup> - e não somente aqueles envolvidos na elaboração da lei em sede legislativa, mas também aos órgãos de governo a quem cabe implementá-la<sup>178</sup>, como ocorre no caso de estabelecimento de margens de preferência.

---

renda, arrecadação tributária, desenvolvimento tecnológico, bem como demais aspectos que devem ser considerados, com base no referido dispositivo legal.

<sup>175</sup> O art. 3º, §6º, da Lei nº 8.666/1993 estabelece um prazo limite de 05 (cinco) anos. A Lei nº 14.133/2021, por sua vez, não estabelece um prazo limite para a vigência de margens de preferência instituídas pelo Poder Executivo federal.

<sup>176</sup> HOLCOMBE, Randall. **Advanced introduction to public choice**. Edward Elgar Publishing. Massachusetts: 2016, p. 3

<sup>177</sup> HOLCOMBE, *Ibid.*, p. 5

<sup>178</sup> HOLCOMBE, *Ibid.*, p. 9

Trata-se, assim, de se desvendar como, de fato, decisões são tomadas, e não como elas, em tese, deveriam ser tomadas<sup>179</sup>. Sopesa-se, aqui, os interesses dos indivíduos que protagonizam e são afetados pelo processo de tomada de decisão<sup>180</sup>.

Esse ponto, a propósito, é crucial para metodologia de análise de processos decisórios proposta pelos teóricos da “escolha pública”. Conforme leciona George Stigler, a atividade regulatória é tida, a princípio, como voltada à satisfação e ao atendimento do interesse público – o mesmo autor reconhece, alternativamente, que a regulação também é considerada, idealmente, como o equilíbrio da ação de forças políticas distintas<sup>181</sup>. A regulação, inclusive, teria um papel na correção de falhas de mercado e cumpriria função, em tese, maximizadora do bem-estar social<sup>182</sup>.

Essa é mais ou menos uma noção que, também sob uma perspectiva idealista, vigora no Direito. Trazendo essas reflexões para a atividade regulatória da Administração Pública – dado que, como visto, cabe a ela, em âmbito federal, a concessão de margens de preferência para produtos e serviços nacionais em contratações públicas -, é certo que a ideia de interesse público está, a todo tempo, subjacente à ação administrativa<sup>183</sup>.

A atividade da Administração Pública deve, em síntese, ser orientada pelo interesse público<sup>184</sup>. Não à toa, a impessoalidade é um dos princípios da Administração Pública, conforme art. 37, da Constituição Federal. A impessoalidade corresponde, justamente, a um imperativo imposto à Administração Pública no sentido de que seus atos tenham como bússola não um interesse privado ou egoístico qualquer de um grupo ou de um indivíduo, mas sim toda a coletividade, sem distinções ou preferências<sup>185</sup>.

Independentemente do direcionamento que a ciência jurídica confere a ação administrativa ou mesmo da noção mais ou menos prevalecente a respeito de como deveria se dar a atividade regulatória, Randall Holcombe lembra que, na prática, a ideia de interesse público acaba superada pelos diversos interesses individuais que compõem o *público*<sup>186</sup>.

Segundo o referido autor, são raros os casos em que uma política pública viria a beneficiar, de forma equivalente, todos os indivíduos que compõem uma sociedade, o que

---

<sup>179</sup> HOLCOMBE, *Ibid.*, p. 3

<sup>180</sup> HOLCOMBE, *Ibid.*, p. 7

<sup>181</sup> *Op. cit.*, p. 3

<sup>182</sup> LAFFONT, Jean-Jacques. TIROLE, Jean. **The politics of government decision-making: a theory of regulatory capture** in *The Quarterly Journal of Economics*. n° 4, vol. 106, nov/1991, p.2

<sup>183</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. Malheiros. São Paulo: 2009, p. 54-56

<sup>184</sup> MELLO, *Ibid.*, p. 54-56

<sup>185</sup> JUSTEN FILHO, 2014, *Op. cit.*, p. 114

<sup>186</sup> *Op. cit.*, p. 19

implicaria a necessidade de se reconhecer que, em alguns casos, certos objetivos ou interesses individuais poderiam ser melhor obtidos justamente por meio da regulação, e não necessariamente a partir de esforços ou ações individuais dos respectivos interessados<sup>187</sup>.

Note-se que, no capítulo anterior, identificou-se que, segundo a literatura econômica, uma política de margens de preferência poderia ser destinada a propiciar ganhos e vantagens tanto do ponto de vista de redução do custo de aquisição de produtos e serviços para o ente contratante, quanto sob uma perspectiva distributiva – sendo o desenvolvimento nacional o alvo prioritário dessa política.

Ou seja, o estabelecimento de margens de preferência para um determinado segmento de produtos ou serviços nacionais, portanto, deveria ser norteado por aquelas balizas, atendendo-se, assim, o interesse público esperado a partir da implementação de uma política dessa natureza.

Ao mesmo tempo, todavia, a concessão de margens de preferência para um dado nicho de produtos ou serviços poderia ser de interesse específico do respectivo setor produtivo<sup>188</sup>. Como visto, o resultado mais imediato de um processo de contratação influenciado por margens de preferência é a imposição de uma espécie de “tarifa” sobre o preço do produto ou serviço estrangeiro, representando, portanto, uma vantagem competitiva para o fornecedor do seu equivalente nacional<sup>189</sup>.

Esse interesse individual e egoístico na “regulação” – isto é, na produção do ato administrativo estabelecendo margens de preferência para aquele específico segmento de produto ou serviço – pode não estar necessariamente vinculado ou sintonizado com o interesse público que, inicialmente, deveria ser atendido com uma política daquela natureza.

Isto é, o interesse de um determinado segmento em ser beneficiado com a concessão de margens de preferência pode existir, independentemente de essa concessão para aquele

---

<sup>187</sup> HOLCOMBE, *Ibid.*, p. 19

<sup>188</sup> Pesquisa divulgada pela Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP) em conjunto com o Centro das Indústrias do Estado de São Paulo (CIESP) em 14 de junho de 2021 demonstrou que 57% (cinquenta e sete por cento) das empresas entrevistadas teriam interesse na concessão de margens de preferência em compras governamentais (FIESP. **Pesquisa “Margem de preferência em compras públicas”**. Disponível em [https://www.abregel.org.br/wp-content/uploads/2021/06/F047\\_Margem-de-prefere%CC%82ncia-em-compras-pu%CC%81blicas.pdf](https://www.abregel.org.br/wp-content/uploads/2021/06/F047_Margem-de-prefere%CC%82ncia-em-compras-pu%CC%81blicas.pdf). Acesso em: 15.5.2021, p. 10). No mesmo estudo, a concorrência com produtos estrangeiros esteve sempre indicada entre as 03 (três) principais dificuldades apontadas por empresas que pararam de vender ao governo, que ainda vendem ao governo e que ainda pretendem vender ao governo (*Ibid.*, p. 11). Das empresas que indicaram a concorrência com produtos equivalentes estrangeiros entre as maiores dificuldades, todas elas mencionaram que o preço praticado na comercialização desses produtos era inferior ao fabricado nacionalmente (*Ibid.*, p. 13).

<sup>189</sup> LOWINGER, *op.cit.*, p. 451

determinado segmento atender ou não aos critérios de interesse público imaginados para uma política de margens de preferência.

Nesse sentido, como lembra Richard Posner, aquele ato, como uma espécie de “regulação”, poderia ser identificado como um “produto”, no sentido de ser suscetível de aquisição, conforme os vetores de oferta e demanda<sup>190</sup>. Neste caso, conferir-se-ia a possibilidade de se utilizar o aparato estatal para a satisfação de um interesse individual, e não propriamente de um interesse público<sup>191</sup>.

Conforme explica Ernesto Dal Bó, quando a regulação é, de alguma maneira, afetada por outros interesses, que não necessariamente o interesse público, ter-se-ia, numa interpretação ampla, um processo de captura regulatória<sup>192</sup>. É neste ponto que, havendo a “captura” das agências governamentais pelas empresas que elas deveriam, em tese, regular<sup>193</sup>, ocorreria a deturpação do interesse público, passando a regulação a atender primariamente aos interesses daquelas empresas<sup>194</sup>.

A ideia de captura regulatória não é necessariamente recente<sup>195</sup>, mas o seu desenvolvimento teórico se deve, em grande medida, aos estudos em teoria da regulação econômica de George Stigler<sup>196</sup>. É ele quem argumenta que a regulação pode ser concebida e desenhada para beneficiar um certo grupo de interesse, a partir de um processo de aquisição<sup>197</sup> - descartando a ideia de que a regulação teria sempre bons propósitos, podendo servir a interesses meramente privados<sup>198</sup>.

---

<sup>190</sup> POSNER, Richard. **Theories of Economic Regulation**. Disponível em: <[<sup>191</sup> STIGLER, \*op. cit.\*, p. 4](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=259352#:~:text=One%20is%20the%20public%20interest,inefficient%20or%20inequitable%20market%20practices.></a>, Acesso em: 06.5.2022, p. 16</p>
</div>
<div data-bbox=)

<sup>192</sup> DAL BÓ, Ernesto. **Regulatory capture: a review** in Oxford Review of Economic Policy, nº 2, vol. 22, summer/2006, p. 203

<sup>193</sup> DAL BÓ, *Ibid.*, p. 203

<sup>194</sup> HOLCOMBE, *Op. cit.*, p. 81

<sup>195</sup> Richard Posner lembra que, antes dos estudos realizados por George Stigler no âmbito da regulação econômica, a ideia de que seria possível a captura da regulação por interesses privados já estava presente nas teorias marxistas. Segundo o referido autor, as teorias marxistas partem de uma premissa de que grandes grupos privados controlam as instituições, incluídas aquelas responsáveis pela produção de regulação – submetendo-as, portanto, aos seus interesses, e não a um interesse geral. Além da linha marxista, Richard Posner também aponta um outro grupo de teóricos – denominado pelo autor como “cientistas políticos” – como responsáveis por contribuir, historicamente, com o desenvolvimento de uma teoria sobre captura do regulador. A linha desenvolvida pelos cientistas políticos estaria, segundo o referido autor, fulcrada nos trabalhos desenvolvidos por Arthur Bentley e David Truman, segundo os quais grupos de interesse poderiam influenciar a formação de políticas públicas. Ambas as teorias (a marxista e a dos cientistas políticos) estariam, segundo Richard Posner, sujeitas a críticas por diversos modos, daí porque o autor afirma que a teoria desenvolvida, modernamente, por George Stigler (embora não isenta de críticas), teria o mérito de, diferentemente das anteriores, conferir substrato teórico econômico a noção de que o processo de construção da regulação poderia ser influenciado por interesses privados (POSNER, *Op.cit.*, p. 11-14).

<sup>196</sup> POSNER, *Ibid.*, p. 14

<sup>197</sup> STIGLER, *Ibid.*, p. 3

<sup>198</sup> POSNER, *Op. cit.*, p. 14

Para Richard Posner, um dos grandes méritos de George Stigler é o de admitir que mesmo os agentes do lado da oferta de regulação podem agir racionalmente, perseguindo interesses eminentemente privados<sup>199</sup>.

Conforme Frédéric Bohem, os achados de George Stigler deram impulso a uma série de outros estudos e pesquisas que vieram a ficar conhecidos como “teoria dos grupos de interesse”<sup>200</sup>.

Essa escola de pensamento se debruça sobre aspectos relevantes tanto do lado da demanda, quanto da oferta da regulação<sup>201</sup>, muito embora, quanto a este último, o foco não recaia necessariamente na relação entre os diversos membros/agentes que compõem o governo<sup>202</sup>.

Olhando para o lado da oferta da regulação, George Stigler sustenta que as decisões tomadas no âmbito político são distintas das decisões que os agentes geralmente tomam num ambiente de mercado<sup>203</sup>.

Diferentemente das decisões individuais adotadas pelos agentes econômicos<sup>204</sup>, deliberações tomadas no âmbito do governo possuem efeitos transcendentais, uma vez que afetam toda a comunidade sob sua jurisdição<sup>205</sup>.

Segundo o referido autor, esse aspecto das decisões tomadas dentro do sistema político exige simultaneidade decisória e inclusão de todos os membros da comunidade potencialmente afetada no processo de decisão<sup>206</sup> - características que, segundo George Stigler, atraem a necessidade de representação dos integrantes daquela comunidade, via partidos políticos<sup>207</sup>.

Randall Holcombe afirma que a resposta encontrada pelo sistema para acomodar os interesses de todos os indivíduos afetados pelas decisões política seria a democracia representativa<sup>208</sup>.

---

<sup>199</sup> *Ibid.*, p. 14

<sup>200</sup> BOEHM, Frédéric. **Regulatory capture revisited - Lessons from economics of corruption**. Disponível em: <<https://www.icgg.org/downloads/Boehm%20-%20Regulatory%20Capture%20Revisited.pdf>>. Acesso em: 09.5.2022, p. 6

<sup>201</sup> DAL BÓ, *Op.cit.*, p. 205

<sup>202</sup> WREN-LEWIS, Liam. **Regulatory capture: risks and solutions**. In: *Emerging Issues in Competition, Collusion, and Regulation of Network Industries*. Londres: Centre for Economic Policy Research, 2011, p. 3

<sup>203</sup> *Op. cit.*, p. 10

<sup>204</sup> Randall Holcombe aponta que a principal diferença entre esses tipos de decisão é que, no caso de decisões tomadas por agentes privados no âmbito de mercado, tal decisão afeta, a princípio, apenas aquele agente responsável pela decisão (HOLCOMBE, *Op. cit.*, p. 3).

<sup>205</sup> STIGLER, *Op. cit.*, p. 10

<sup>206</sup> STIGLER, *Ibid.*, p. 10-11

<sup>207</sup> *Ibid.*, p. 11

<sup>208</sup> *Op. cit.*, p. 73

Conforme lembra George Stigler, nesse sistema, partidos políticos são recompensados na medida em que eles melhor detectam os interesses de seus representados<sup>209</sup>.

O ponto é que a obtenção de votos demanda dos partidos políticos a participação em eleições – e essa participação impõe, naturalmente, custos a essas organizações<sup>210</sup>.

Nesse sentido, George Stigler conclui que partidos políticos (e seus membros), por buscarem votos e recursos financeiros para operarem, estariam suscetíveis a quem pudesse lhes oferecer esses benefícios<sup>211</sup>.

Richard Posner, na mesma linha, alerta que, num sistema do tipo “democrático”<sup>212</sup>, não só a quantidade de eleitores que suportam um determinado partido ou agente político é importante – o autor enfatiza, por exemplo, o efeito que uma regulação favorável a um setor pode gerar sobre a disposição de voto do contingente empregado naquele segmento<sup>213</sup>.

A quantidade de recursos financeiros que poderia ser oferecida àquele partido ou agente político para que estes concorram em eleições são, assim, igualmente importantes<sup>214</sup>.

Em linhas gerais, portanto, se um determinado segmento tivesse interesse em ser beneficiado por uma determinada regulação – independentemente de qual seja ela -, tal segmento deveria estar disposto a oferecer votos e recursos financeiros para os agentes tomadores de decisão do lado do governo, seja por meio de contribuições de campanha, contratação de membros do partido, entre outros meios<sup>215</sup>.

Posto de outro modo, é dizer que reguladores, em alguma medida, poderiam ser seduzidos por interesses outros que não necessariamente a efetivação do interesse público<sup>216</sup>. Conforme Frédéric Bohem, os atores governamentais são egoístas e também buscariam satisfazer seus próprios interesses<sup>217</sup>.

Essas considerações relacionadas ao lado da “oferta” da regulação são especialmente importantes para o caso envolvendo a concessão de margens de preferência em contratações públicas.

---

<sup>209</sup> *Op. cit.*, p. 11

<sup>210</sup> STIGLER, *Ibid.*, p. 12

<sup>211</sup> *Ibid.*, p. 12

<sup>212</sup> O autor caracteriza esse sistema como aquele em que a regulação é produzida por representantes eleitos pelos cidadãos. (*Op. cit.*, p. 21)

<sup>213</sup> *Ibid.*, p. 23

<sup>214</sup> POSNER, *Ibid.*, p. 21

<sup>215</sup> STIGLER, *Op. cit.*, p. 12

<sup>216</sup> DAL BÓ, *Op. cit.*, p. 205

<sup>217</sup> *Op. cit.*, p. 7

É que, como visto, é do Poder Executivo federal, tanto no âmbito da Lei nº 8.666/1993, quanto no da Lei nº 14.133/2021, que devem ser emanados os atos administrativos que estabelecem margens de preferência para determinados segmentos de produtos e serviços.

O Poder Executivo constitui um dos Poderes da União, conforme art. 2º, da Constituição Federal. Esse Poder, nos termos do art. 76 da referida Carta, é representado pelo Presidente da República, cuja eleição se dá por meio de eleição direta majoritária<sup>218</sup>.

Ao Presidente da República cabe a nomeação (e exoneração) dos Ministros de Estado<sup>219</sup> e dispor sobre a organização e funcionamento da administração federal<sup>220</sup>. A coordenação, orientação e supervisão das atividades desempenhadas no âmbito da administração federal cabe àqueles Ministros de Estado nomeados – e que, como visto, podem ser exonerados – pelo Presidente da República, conforme art. 87, parágrafo único, I, da Constituição Federal.

Dado o sistema eleitoral brasileiro – em que a candidatura válida para o mandato de Presidente da República pressupõe filiação partidária<sup>221</sup> –, votos e recursos financeiros suficientes para alcançá-los seriam relevantes nesse sentido.

Nessa linha, a partir dos estudos de George Stigler e outros, conforme exposto acima, seria possível concluir que o ato emanado pelo Poder Executivo Federal que confere margens de preferência para um determinado segmento de produtos e serviços poderia, em tese, estar suscetível a quem fosse capaz de oferecer votos e recursos financeiros aos agentes a quem compete a emissão daquele ato.

Esse ponto nos remete a um outro aspecto dessa relação: os grupos ou setores que, por diversos motivos, figuram como demandantes da regulação.

A partir de uma perspectiva em que a produção de regulação é vista como um “mercado”, vários grupos podem concorrer pela sua “aquisição”, oferecendo apoio político, contribuições financeiras e outros benefícios<sup>222</sup>. A regulação, assim, mantidas estáveis as demais condições, seria alocada ao grupo de interesse que mais o valorizar<sup>223</sup>.

Disto se infere, inclusive, que, ainda que uma dada política pública possua um apoio popular relevante, ela pode não ser implementada, caso não seja de interesse dos grupos que possuam maior capacidade de articulação a custos inferiores<sup>224</sup>.

---

<sup>218</sup> É o que se depreende do disposto no art. 77 e respectivos parágrafos, da Constituição Federal.

<sup>219</sup> Conforme art. 84, I, da Constituição Federal.

<sup>220</sup> Conforme art. 84, VI, *alínea* “a”, da Constituição Federal.

<sup>221</sup> Conforme art. 14, §3º, V, da Constituição Federal.

<sup>222</sup> HOLCOMBE, *Op. cit.*, p. 75

<sup>223</sup> POSNER, *Op.cit.*, p. 16

<sup>224</sup> HOLCOMBE, *Op. cit.*, p. 73

Em verdade, como lembra Randall Holcombe, políticas que geram benefícios gerais e dispersos incentivam o “efeito carona”<sup>225</sup>, no sentido de que haveria a percepção de que os integrantes de uma dada comunidade poderiam se beneficiar, gratuitamente, do esforço de alguns membros.

Por isso, atividades de *lobbying* serão realizados pelos grupos em benefício restrito de seus membros, dados que os incentivos para esse fim são superiores aos incentivos existentes para a obtenção de benefícios gerais – independentemente dos custos de oportunidade que os benefícios privados obtidos com a regulação geram para o restante da comunidade<sup>226</sup>.

A regulação, como um produto decorrente da atividade estatal, pode impor comportamentos aos agentes econômicos, em geral, coagindo-os<sup>227</sup>. Essa coação, conforme Richard Posner, pode gerar benefícios e malefícios<sup>228</sup>.

Nesse sentido, George Stigler aponta alguns dos benefícios que poderiam ser perseguidos por determinados setores ou grupos a partir de uma dada regulação – ou, eventualmente, malefícios impostos a setores ou grupos concorrentes -, subvertendo-a para seus interesses<sup>229</sup>. Dentre outros benefícios<sup>230</sup>, dois, em especial, merecem destaque.

O primeiro deles seria a regulação que, de alguma maneira, permitiria o controle, por um determinado grupo, de novos entrantes em um determinado mercado<sup>231</sup>, funcionando como uma espécie de barreira regulatória, conforme Randall Holcombe<sup>232</sup>.

Segundo George Stigler, uma regulação que viabiliza o controle sobre determinado mercado de interesse permite aos grupos que o dominam – sobretudo os que possuem poder político suficiente para tanto - retardar o crescimento da taxa de entrada de novos competidores<sup>233</sup>, permitindo àqueles grupos usufruírem, por mais tempo, de condições, eventualmente, monopolísticas.

---

<sup>225</sup> *Ibid.*, p. 77

<sup>226</sup> HOLCOMBE, *Ibid.*, p. 77-78

<sup>227</sup> STIGLER, *Op. cit.*, p. 4

<sup>228</sup> *Op. cit.*, p. 16

<sup>229</sup> *Op. cit.*, p. 4

<sup>230</sup> Randall Holcombe também menciona a concessão de subsídios diretos do Estado a um determinado grupo (*Op. cit.*, p. 79). Além da possibilidade de subsídios diretos, George Stigler também menciona políticas que possam afetar, positiva ou negativamente, produtos ou serviços alternativos aos produtos ou serviços de interesse do grupo assediador. O autor cita alguns exemplos que ilustram esse tipo de iniciativa sobre o regulador: empresas do ramo de aviação civil podem se mobilizar no sentido de obter uma regulação que favoreça aeroportos, tendo em vista que eventuais benefícios a esse ramo de atividade podem, indiretamente, gerar estímulos e incentivos à sua própria atividade; produtores de manteiga teriam interesse em reunir esforços no sentido de obter uma regulação que pudesse restringir ou limitar a utilização de margarina, ao mesmo tempo em que uma regulação que estimulasse a atividade de padarias poderia ser de seu interesse (*Op. cit.*, p. 6)

<sup>231</sup> STIGLER, *Ibid.*, p. 5

<sup>232</sup> *Op. cit.*, p. 79

<sup>233</sup> *Op. cit.*, p. 5



Esse controle poderia se dar por diversos meios, tais como exigência de certificados para que uma dada empresa possa explorar certa atividade econômica, estabelecimento de política de preços, bem como medidas de integração vertical<sup>234</sup>.

Além desses instrumentos, George Stigler chama a atenção para uma outra ferramenta que também pode ser utilizada para fins de limitação da taxa de entrada de novos competidores em um dado mercado: a imposição de tarifas protetivas ou outras restrições à circulação de pessoas e mercadorias originadas de outros países<sup>235</sup>.

Mesmo quando um determinado segmento consiga controlar o ingresso de novos concorrentes no seu mercado de interesse, George Stigler aponta, ainda, um segundo benefício que poderia ser perseguido por aquele grupo dominante: uma regulação que possibilite a fixação de preços – sobretudo preços discriminatórios<sup>236</sup>.

Nesse aspecto, em especial, o referido autor destaca, inclusive, que a fixação de preços via discriminação acaba exigindo apoio público relevante para aquele fim<sup>237</sup>, dado os seus efeitos sobre as empresas e os consumidores.

Note-se que o estabelecimento de uma margem de preferência para determinado segmento de produtos e serviços nacionais em prejuízo de seus equivalentes estrangeiros poderiam, a princípio, constituir um benefício almejado pelos respectivos setores produtivos.

E isso porque, conforme Chiara Carboni, Elisabetta Iossa e Gianpiero Mattera, preferências de preço conferidas a fornecedores domésticos em detrimento de estrangeiros geram uma vantagem competitiva em relação a essas últimas, notadamente, a partir de um certo percentual fixo<sup>238</sup>.

Medidas como essa, sob a perspectiva dos setores beneficiários, tendem a gerar uma espécie de subsídio – com prejuízo aos contribuintes –, desencorajando a competição entre os potenciais fornecedores à Administração Pública<sup>239</sup>. Uma margem de preferência, como já mencionado anteriormente neste capítulo, acabaria funcionando como uma tarifa contra o produto ou serviço estrangeiro.

Por tudo isso, é deduzível que a probabilidade de que empresas de um determinado setor que oferece o segmento de produtos ou serviços contemplado com margens de preferência seja

---

<sup>234</sup> STIGLER, *Ibid.*, p. 5

<sup>235</sup> *Ibid.*, p. 5

<sup>236</sup> *Ibid.*, p. 5

<sup>237</sup> STIGLER, *Ibid.*, p. 5

<sup>238</sup> *Op. cit.*, p. 7

<sup>239</sup> QIAO, Yuhua, THAI, Khi, CUMMING, Glen. **State and local procurement preferences: a survey** *In* Journal of Public Procurement, vol. 9, Issues 3 & 4, p. 379

contratada pela Administração Pública é maior do que naturalmente seria, caso tal benefício inexistisse.

Esse dado, repise-se, tornaria a regulação referente à concessão de margens de preferência, portanto, atrativa para setores que contratam com a Administração Pública.

Os dados obtidos a partir do documento denominado “Avaliação de Impacto das Margens de Preferência nas Compras Governamentais” produzido pela então Secretaria de Política Econômica do Ministério da Fazenda, no mês de dezembro do ano de 2015, parecem confirmar essa dedução.

O levantamento acima mencionado abrange todas as compras públicas realizadas no âmbito do Governo Federal desde a entrada em vigor de cada um dos decretos que estabeleceram margens de preferência para os respectivos produtos e serviços, até o mês de julho do ano de 2015.

O estudo excluiu as contratações envolvendo trens e vagões, bem como aeronaves civis, em razão da ausência de dados disponíveis no sistema *comprasnet* a respeito dos respectivos itens<sup>240</sup>.

O material também não considerou as contratações relacionadas aos produtos contemplados pelo Decreto nº 8.186/2014, em razão da não ocorrência de aplicação das margens de preferência ali estabelecidas durante a sua vigência<sup>241</sup>.

A tabela abaixo – construída com base nos dados constantes do referido relatório – mostram, em percentual, as licitações de itens em que pode ter havido a aplicação de margens de preferência<sup>242</sup> e aquelas em que com certeza houve tal aplicação:

<b>Produto/Serviço</b>	<b>Lotes licitados com aplicação potencial (%) em relação ao total de lotes licitados</b>	<b>Lotes licitados com aplicação efetiva (%) em relação ao total de lotes licitados</b>
------------------------	---	---

<sup>240</sup> BRASIL. Ministério da Fazenda, *Op. cit.*, p. 4

<sup>241</sup> *Ibid*, p. 4

<sup>242</sup> O levantamento considera que, em todos os casos em que um licitante nacional se sagrou vencedor da licitação, a margem de preferência poderia ter sido aplicada. Em nossa opinião, e baseado na doutrina de Bruno Chagas Pighini e Magno Federeci Gomes, esse parece não ser o melhor critério para se aferir se uma margem foi potencialmente aplicada, na medida em que, conforme os referidos autores, “*preenchidos os requisitos da Lei, tanto a empresa nacional como a internacional poderão fazer jus a margem de preferência desde que o serviço seja prestado e que o produto seja manufaturado no Brasil*” (PIGHINI, Bruno Chagas, GOMES, Magno Federeci. **Da margem de preferência nas licitações e empresas estrangeiras** in *Direito, Estado e Sociedade*, nº 42, jan-jul/2013, p. 35). Ora, se o critério para aferição de margem é a nacionalidade do produto e do serviço, e não do licitante, tomar apenas os lotes com vencedores nacionais não seria suficiente para se determinar quando, em potencial, a licitação foi vencida com o auxílio da aplicação de margem de preferência.

Têxteis, calçados e confecções	98,86%	0,3%
Fármacos e medicamentos	71,97%	3,63%
Equipamentos e materiais médicos	49,83%	4,66%
Caminhões, furgões e implementos rodoviários	95,31%	2,12%
Motoniveladoras e retroescavadeiras	81,96%	19,67%
Patrulhas e perfuratrizes	81,96%	8,19%
Máquinas e equipamentos	89,81%	5,03%
Equipamentos de rede – tecnologia da informação e comunicação	40,96%	6,60%
Desktop, notebook e impressoras	63,53%	7,86%
Equipamentos de automação	46,35%	7,28%
Brinquedos	97,43%	0%
Papel-moeda	66,6%	0%
Discos para moeda	60%	8%

Como é possível observar, excluídos os lotes em que se licitavam produtos relacionados a brinquedos e papel-moeda, em todos os demais houve a aplicação de margens de preferência.

Segundo o referido estudo, do total de lotes considerados no período, em 4,4% (quatro virgula quatro por cento) deles, o licitante vencedor foi contemplado com a aplicação de margem de preferência, totalizando contratos no valor de R\$ 843.857.110,00 (oitocentos e quarenta e três milhões oitocentos e cinquenta e sete mil e cento e dez reais) para o mês de julho do ano de 2015<sup>243</sup>.

É dizer, portanto, que, nesses casos, não havendo a previsão de margens de preferência, tais lotes teriam sido adjudicados a licitantes ofertantes de produtos ou serviços estrangeiros.

---

<sup>243</sup> *Op. cit.*, p. 109

Certo, portanto, que o estabelecimento de margens de preferência pode oferecer benefícios para certos grupos que contratam com a Administração Pública, Frédéric Bohem lembra que a obtenção de tais benefícios por meio da captura exigiria investimentos. Esses investimentos, segundo o referido autor, devem ser compensados pelos benefícios perseguidos pelo respectivo grupo de interesse<sup>244</sup>.

Grupos engajados em atividades de *rent seeking*<sup>245</sup>, assim, tenderão a investir nesse tipo de atividade enquanto ela permanecer lucrativa<sup>246</sup>.

Essa relação entre os benefícios auferidos com a regulação e os custos incorridos com a atividade de *lobbying* é objeto de estudo da denominada “Escola da Virgínia”, um ramo “parente” da “teoria dos grupos de interesse”<sup>247</sup>.

Em relação aos benefícios, alguns fatores devem ser considerados. Dado um aumento na percepção geral de que atividades de *rent seeking* podem gerar benefícios, a tendência é de que mais empresas ou grupos passam a dedicar recursos para essa atividade<sup>248</sup>.

Todavia, um aumento na quantidade de empresas ou grupos demandando esses benefícios tende, ao mesmo tempo, a achatá-los, até que o custo com atividades de *rent seeking* iguale aqueles benefícios<sup>249</sup>.

Esses custos, segundo Richard Posner, poderiam ser em parte explicados da mesma forma que se explicam os custos de cartelização<sup>250</sup>.

Esses custos, em primeiro lugar, corresponderiam àqueles necessários para fidelização dos membros de um determinado grupo que se pretenda cartelizar – isto é, os custos para se obter um acordo entre todos os integrantes daquele segmento<sup>251</sup>.

Em segundo lugar, haveria custos para se obrigar que todos aqueles agentes que se comprometeram a se cartelizar, de fato, ajam de acordo com um cartel – haveria vantagens para que alguns membros passassem a se comportar de modo diverso daquele ajustado no âmbito do cartel, como, por exemplo, ao praticar preços em patamar levemente inferior ao patamar cartelizado<sup>252</sup>.

---

<sup>244</sup> *Op. cit.*, p. 6

<sup>245</sup> Segundo Frédéric Bohem, a expressão *rent seeking* foi cunhada pela economista Anne Osborn Krueger para designar as atividades destinadas a promoção de barreiras comerciais (*Ibid.*, p. 7)

<sup>246</sup> HOLCOMBE, *Op.cit.*, p. 80

<sup>247</sup> BOHEM, *Ibid.*, p. 7

<sup>248</sup> BOHEM, *Ibid.*, p. 8

<sup>249</sup> BOHEM, *Ibid.*, p. 8

<sup>250</sup> *Op. cit.*, p. 16

<sup>251</sup> POSNER, *Ibid.*, p. 16

<sup>252</sup> POSNER, *Ibid.*, p. 16

Para Richard Posner, a situação é muito semelhante àquela em que um dado grupo pretenda “adquirir” a regulação, na medida em que, neste caso, também seria necessário obter-se um consenso entre todos os interessados (acordo) a respeito da própria regulamentação pretendida<sup>253</sup>.

Além disso, e assim como no cartel, alguns integrantes do grupo de interesse poderiam ser incentivados pelo “efeito carona”, no sentido de não empregar os recursos ou os esforços para se obter a regulação de interesse, gozando, todavia, dos benefícios da regulação “adquirida” somente pelo fato de fazer parte do grupo privilegiado<sup>254</sup>.

Randall Holcombe anota, entretanto, que esse risco, em tese, seria menor em grupos menores. Neles, segundo o referido autor, a não contribuição de alguns membros isolados seria percebida pelos demais integrantes do grupo com mais facilidade<sup>255</sup>.

Em tais casos, portanto, assim como ocorre em cartéis, haveria menos relutância de cooperação entre os integrantes de um dado grupo quando este grupo for, de fato, menor e mais concentrado<sup>256</sup>. Segundo Richard Posner, a deserção, nesses casos, é mais improvável, porque ela pode implicar na deserção de todos os membros do grupo<sup>257</sup>.

Outro fator que contribuiria para uma abordagem mais efetiva por grupos menores – e menos suscetível a comportamentos do tipo “efeito carona” – seria o fato de os benefícios individuais de cada membro serem relativamente superiores aos percebidos pelos integrantes de grupos maiores<sup>258</sup>.

Grupos menores e mais concentrados também possuiriam maior identidade e coesão de interesses, entre si, facilitando a coordenação e, daí, reduzindo os custos relacionados a obtenção de acordos entre os seus membros<sup>259</sup>.

Tudo isso levaria a crer, portanto, que grupos menores e mais concentrados teriam mais chance de obter uma regulação que os beneficia do que grupos maiores e menos concentrados<sup>260</sup>.

No entanto, é preciso destacar que a demanda por regulação, ao final, seria maior justamente para os grupos maiores e menos concentrados. Segundo Richard Posner, para esses grupos, a obtenção de regulação é uma alternativa menos custosa do que a cartelização<sup>261</sup>.

---

<sup>253</sup> *Ibid.*, p. 17

<sup>254</sup> POSNER, *Ibid.*, p. 17

<sup>255</sup> *Op. cit.*, p. 76

<sup>256</sup> POSNER, *Op.cit.*, p. 17

<sup>257</sup> *Ibid.*, p. 18

<sup>258</sup> HOLCOMBE, *Op.cit.*, p. 76

<sup>259</sup> POSNER, *Op. cit.*, p. 18

<sup>260</sup> POSNER, *Ibid.*, p. 18

<sup>261</sup> *Ibid.*, p. 18

Além disso, a regulação teria uma diferença importante em relação à cartelização: a obtenção de regulação não demandaria apenas e tão somente alcançar um concerto entre todos os integrantes do grupo interessado, mas sim submeter esse grupo ao processo político<sup>262</sup>.

Como o lado da oferta de regulação possui incentivos baseados na capacidade de o demandante oferecer votos e recursos financeiros, grupos maiores teriam meios mais efetivos de entregar esses “ativos” do que grupos menores<sup>263</sup>.

Ainda, grupos maiores teriam também ferramentas para lidar com os custos decorrentes da maior probabilidade de membros isolados se beneficiarem do “efeito carona”. Tais grupos, segundo Randall Holcombe, teriam mais capacidade de oferecer benefícios privados adicionais aos membros, conforme o seu grau de contribuição para o grupo, além de poder estabelecer benefícios desproporcionais entre eles<sup>264</sup>.

Além disso, mesmo que haja uma diferença dentro do grupo relativamente ao benefício que subgrupos pretendam obter, haveria um incentivo para que esses subgrupos se engajassem no sentido de fazer prevalecer o benefício que melhor lhes aprouver<sup>265</sup>.

De qualquer forma, Richard Posner afirma que, mesmo em situações em que se pudesse conciliar condições favoráveis, um determinado segmento teria dificuldades de capturar maximamente todos os benefícios, dado as implicações que a obtenção da regulação traz sobre a capacidade de oferecimento de votos<sup>266</sup>.

Nesse sentido, Ernesto Dal Bó, apresentando o modelo desenvolvido por Sam Peltzman relacionado ao estabelecimento de preços de entrada para um determinado mercado, comenta que há uma relação entre a popularidade dos políticos – em outros termos, a sua capacidade de obtenção de votos – e o nível de preços para os consumidores<sup>267</sup>. A mesma relação existiria, no entanto, entre a lucratividade das empresas e aquela popularidade<sup>268</sup>.

---

<sup>262</sup> POSNER, *Ibid.*, p. 19

<sup>263</sup> POSNER, *Ibid.* p. 22

<sup>264</sup> *Op. cit.*, p. 76

<sup>265</sup> POSNER, *Op. cit.*, p. 19

<sup>266</sup> O autor cita o exemplo de um dado segmento com poucos membros, mas com grande contingente de funcionários empregados, em que estes poderiam emprestar o seu poder de voto ao regulador. No entanto, ele lembra que benefícios obtidos pelos funcionários – e que estariam na origem do poder de voto emprestado ao regulador – implicam em redução dos benefícios obtidos pelos membros do grupo de interesse, desincentivando os esforços para se obter a regulação. Por outro lado, a regulação obtida pelo grupo que permitisse, por exemplo, um aumento de preços, impactaria negativamente a demanda pelos produtos ou serviços respectivos, com resultado negativo sobre a empregabilidade daqueles funcionários – afetando, por consequência, o poder de voto que poderia ser oferecido ao regulador. (*Ibid.*, p. 23)

<sup>267</sup> *Op. cit.*, p. 206

<sup>268</sup> DAL BÓ, *Op. cit.*, p. 206

O aumento no preço para a população, em geral, reduziria a popularidade dos políticos. No entanto, esse mesmo aumento geraria benefícios em termos de lucratividade para as empresas, aumentando a popularidade dos políticos junto a esse grupo, em específico<sup>269</sup>.

Ernesto Dal Bó, assim, cruza dois cenários. Um deles, inserido num ambiente monopolístico, sugeriria que uma regulação que viabilizasse, de algum modo, uma redução de preços, só seria levada a cabo até o limite em que aquela redução gerasse um acréscimo de votos dos consumidores equivalente à perda marginal de votos decorrente do fato de desagradar as empresas beneficiadas pela regulação<sup>270</sup>.

Dito de outro modo: enquanto a redução de uma unidade de um dado preço gerar uma quantidade maior de votos do que de perda de votos, a regulação que viabiliza aquela redução será mantida.

Por outro lado, em um cenário de mercado competitivo, uma regulação que crie condições para o aumento de preço só será mantida até que os ganhos de votos obtido junto às empresas equivalha à quantidade de votos perdida por desagradar os consumidores<sup>271</sup>.

Nesse sentido, o preço para se obter a regulação – isto é, o custo a ser despendido pelos grupos interessados – se situará, geralmente, entre os níveis estabelecidos tanto no cenário de um mercado monopolístico, quando no cenário de um mercado competitivo<sup>272</sup>.

No caso das margens de preferência em contratações públicas, por exemplo, a contratação de produtos e serviços nacionais mediante o pagamento de valores que seriam superiores à menor proposta oferecida na licitação gera, evidentemente, impactos sobre o orçamento público.

No estudo realizado pela então Secretaria de Política Econômica do Ministério da Fazenda, concluiu-se que a aplicação de margens de preferência dentro do período considerado pelo levantamento impôs um custo adicional na ordem de R\$ 62.400.000,00 (sessenta e dois milhões e quatrocentos mil reais)<sup>273</sup>. O estudo concluiu, ainda, que a utilização de margens de preferência não teria reduzido o valor dos preços pagos pelos produtos e serviços contratados<sup>274</sup>.

Dada a escassez dos bens na economia, a disposição do Estado em adquirir um dado produto ou serviço por um valor superior poderia incentivar os agentes econômicos a direcionarem esse mesmo produto ou serviço a quem mais o valoriza – salvo se os

---

<sup>269</sup> DAL BÓ, *Ibid.*, p. 206

<sup>270</sup> *Ibid.*, p. 206

<sup>271</sup> *Ibid.*, p. 206

<sup>272</sup> DAL BÓ, *Ibid.*, p. 206

<sup>273</sup> *Op. cit.*, p. 109

<sup>274</sup> *Ibid.*, p. 110

consumidores estiverem dispostos a oferecer um valor superior pelo mesmo produto ou serviço. Uma margem de preferência, portanto, poderia gerar um aumento no valor do respectivo produto ou serviço para o consumidor, em geral, sob certas circunstâncias<sup>275</sup>.

Além disso, como a Administração Pública não produz bens e serviços – isto é, não explora atividade econômica, diretamente -, os recursos de que ela dispõe para a aquisição de produtos e serviços no mercado se baseiam, basicamente, em arrecadação tributária junto aos contribuintes.

Ou seja, por dedução, um aumento no custo de aquisição de produtos e serviços em razão de uma política de margens de preferência poderia ter, conseqüentemente, impacto sobre a carga tributária sobre a população, em geral.

Nesse sentido, baseado nas reflexões trazidas anteriormente, seria possível deduzir que, em alguma medida, o fato de tais margens poderem gerar aumento no valor de produtos e serviços, bem como na carga tributária sobre a população, tal política poderia prejudicar a popularidade do Poder Executivo federal junto à sociedade.

Por outro lado, e como visto anteriormente, uma política favorável a um grupo de interesses também possui a capacidade de gerar dividendos políticos – sobretudo em se tratando de grupos maiores. A concessão de margens de preferência em contratações públicas para grupos mais estruturados poderia, até certo limite, gerar esses benefícios<sup>276</sup>.

Todos esses aspectos, assim, teriam, de algum modo, influência sobre a formação do custo de “aquisição” da regulação destinada a estabelecer margens de preferência em favor de um certo e determinado setor<sup>277</sup>.

Assim, os grupos de interesse se engajarão em esforços destinados a obter uma regulação que lhes ofereça margens de preferência se todos esses custos equivalentes ao “preço

---

<sup>275</sup> EVENETT, HOEKMAN, *Op.cit.*, p.8-16

<sup>276</sup> Embora não seja possível concluir que, no caso das margens de preferência estabelecidas no âmbito da Lei nº 8.666/1993, tenha, de fato, ocorrido um processo de captura regulatória, é possível se inferir que a grande maioria dos segmentos de produtos e serviços contemplados com margens de preferência são, de fato, representados por associações e sindicatos patronais bastante estruturados e organizados. Alguns dos exemplos mencionáveis seria a Associação Brasileira dos Fabricantes de Brinquedos (ABRINQ), a Associação Brasileira de Indústria de Máquinas e Equipamentos (ABIMAQ), o Sindicato da Indústria de Produtos Farmacêuticos (SINDUSFARMA), a Associação Brasileira de Indústria Têxtil e de Confecção (ABIT), a Associação Brasileira da Indústria de Dispositivos Médicos (ABIMO), a Associação Nacional de Fabricantes de Implementos Rodoviários (ANFIR), a Associação Nacional dos Fabricantes de Veículos Automotores (ANFAVEA) e a Associação Nacional de Fabricantes de Produtos Eletroeletrônicos (ELETROS).

<sup>277</sup> Randall Holcombe destaca que atividades de *rent seeking* geralmente resultam em aumento de custos ao consumidor e de carga tributária, reduzindo o resultado geral da economia, ainda que os grupos beneficiados com a regulação obtida tenham auferido benefícios isolados (*Op. cit.*, p. 79). Esses pontos, como se vê, parecem consistentes com os impactos decorrentes do aumento de custo de aquisição de produtos e serviços pela Administração Pública, em razão da aplicação de margens de preferência em contratações públicas.



político” da regulação forem superados pelos benefícios propiciados por essa mesma regulação<sup>278</sup>.

Pois bem. Todo esse campo de análise desenvolvido pela teoria dos grupos de interesse, e que foca, em resumo, nas condições que em que um determinado grupo reuniria para ascender sobre reguladores, geraria, segundo Liam Wren-Lewis, em um tipo de captura, em específico: a captura de decisão<sup>279</sup>.

De acordo com Frédéric Bohem, esse viés de análise trataria os agentes reguladores quase como meros intermediários entre os grupos de interesse e a regulação desejada<sup>280</sup>. Aqueles agentes, sob essa perspectiva, seriam sujeitos passivos do processo de captura<sup>281</sup>.

Paralelamente à captura de decisão, Liam Wren-Lewis aponta a existência de um outro tipo, que seria a captura de informação<sup>282</sup>.

A captura de informação leva em conta que, do lado do governo, existiria diferentes níveis de agentes públicos<sup>283</sup>. Segundo Jean-Jacques Lafont e Jean Tirole, a estrutura estatal seria dividida entre “supervisores” e “reguladores”<sup>284</sup>.

Os supervisores seriam os agentes que deteriam o *know how* suficiente para colher e analisar informações das empresas reguladas. Os reguladores, por outro lado, são os que tomam as decisões – emanam a regulação -, a partir das informações obtidas e transmitidas pelos supervisores<sup>285</sup>.

Jean-Jacques Lafont e Jean Tirole explicam que os reguladores seriam, por exemplo, um órgão legislativo, como o Congresso, ou uma Assembleia<sup>286</sup>. Liam Wren-Lewis, por sua vez, inclui os próprios membros do Poder Executivo dentre os reguladores<sup>287</sup>.

A captura de informação, assim, e diferentemente da captura de decisão, será determinada a partir da relação entre os grupos de interesse e os supervisores<sup>288</sup> - e, daí, como o regulador poderia responder a essa possibilidade de captura<sup>289</sup>.

---

<sup>278</sup> HOLCOMBE, *Ibid.*, p. 93

<sup>279</sup> *Op. cit.*, p. 3

<sup>280</sup> *Op. cit.*, p. 8

<sup>281</sup> BOHEM, *Ibid.*, p. 8

<sup>282</sup> *Op. cit.*, p. 3

<sup>283</sup> WREN-LEWIS, *Ibid.*, p. 3

<sup>284</sup> *Op. cit.*, 1991, p. 1092

<sup>285</sup> LAFONT, TIROLE, 1991, *Ibid.*, p. 1092

<sup>286</sup> *Ibid.*, p. 1092

<sup>287</sup> *Op. cit.*, p. 3

<sup>288</sup> WREN-LEWIS, *Op. cit.*, p. 3

<sup>289</sup> LAFONT, TIROLE, 1991, *Op. cit.*, p. 1094

Essa relação entre grupos de interesse e supervisores se daria a partir do poder de influência que aqueles exerceriam no sentido de fazer com que os supervisores omitam ou manipulem as informações que deverão ser transmitidas ao regulador<sup>290</sup>.

Segundo Jean-Jacques Lafont e Jean Tirole, se isso for de interesse do supervisor, ele poderá distorcer o processo de transmissão de informações ao regulador, de modo a beneficiar quem melhor lhe aprouver – empresas ou consumidores<sup>291</sup>.

O regulador, por sua vez, por confiar na informação obtida dos supervisores, emanaria a decisão (a regulação) baseada naquelas informações, podendo, assim, gerar uma regulação favorável a um determinado grupo, ainda que não tenha sido essa sua intenção (benevolência)<sup>292</sup>.

Randall Holcombe, todavia, acrescenta que o próprio processo de obtenção de informações pode ser comprometido. É que, segundo ele, as empresas reguladas apenas teriam interesse em compartilhar com os supervisores as informações que são de seu interesse<sup>293</sup>.

As empresas, obviamente, possuem uma vantagem em relação aos supervisores, já que elas possuem informações privativas a respeito de seus custos e outros aspectos relacionados à sua própria operação<sup>294</sup>.

Nesse sentido, uma vez transmitidas aos supervisores apenas as informações de interesse das empresas, nem sempre aqueles teriam incentivos suficientes para “resistir” a essa ação<sup>295</sup>. Randall Holcombe destaca os laços que, ao longo do tempo, são estabelecidos entre empresas e supervisores, bem como o fato de a alta especialização dos assuntos objeto da regulação tornarem plausível que os agentes públicos venham, futuramente, a trabalhar para as empresas reguladas<sup>296</sup>.

Todos esses aspectos, segundo o referido autor, desincentivariam uma abordagem mais crítica dos supervisores no sentido de repelir as ações das empresas reguladas<sup>297</sup>.

De qualquer forma, conforme Ernesto Dal Bó, ainda que os supervisores consigam obter as informações sobre as empresas reguladas, essas, então, passariam a ter incentivos para

---

<sup>290</sup> WREN-LEWIS, *Ibid.*, p. 3

<sup>291</sup> *Ibid.*, p. 1092

<sup>292</sup> WREN-LEWIS, *Op. cit.*, p. 3

<sup>293</sup> HOLCOMBE, *Op. cit.*, p. 81

<sup>294</sup> BOHEM, *Op. cit.*, p. 10

<sup>295</sup> HOLCOMBE, *Op. cit.*, p. 81

<sup>296</sup> *Op. cit.*, p. 82

<sup>297</sup> *Ibid.*, p. 82

cooptar os supervisores<sup>298</sup> – de modo, como visto, a criar as condições para que as informações a serem transmitidas ao regulador sejam distorcidas<sup>299</sup>.

Segundo Jean-Jacques Lafont e Jean Tirole, os custos incorridos pelos grupos de interesse no processo de captura informacional seriam superiores aos benefícios que, em contrapartida, os supervisores receberiam<sup>300</sup>.

A parte adicional que tornaria os custos dos grupos de interesse nominalmente superiores aos benefícios auferidos diretamente pelos supervisores se devem a fatores de duas ordens diferentes<sup>301</sup>.

Em primeiro lugar, grupos de interesse necessitam coordenar-se e organizar-se internamente, e esses custos não são monetariamente (ou de outra forma) transferidos diretamente aos supervisores<sup>302</sup>.

Segundo: o processo de transferência de recursos dos grupos para os supervisores nem sempre é totalmente eficiente, dado diversos aspectos. Se o processo de captura, por exemplo, se dá por meio de instrumentos tipificados legalmente como atos de corrupção, cuidados adicionais devem ser tomados para ocultar a relação entre os envolvidos. Mesmo em casos em que a corrupção não está presente, aspectos psicológicos do supervisor – como uma genuína preocupação com o interesse público, por exemplo – poderiam onerar o processo<sup>303</sup>.

Se os supervisores são cooptáveis pelas empresas reguladas e há um custo para isso, Jean-Jacques Lafont e Jean Tirole destacam que, por outro lado, os reguladores disporiam de ferramentas para punir ou recompensar os supervisores, caso, respectivamente, sejam omitidas ou sejam transmitidas informações de seu interesse<sup>304</sup>.

Conforme Ernesto Dal Bó, até mesmo as empresas interessadas na regulação poderiam ser incentivadas a não omitir informações dos supervisores ou mesmo de se não se associar a eles, com o intuito de se evitar com que supervisores sejam capturados<sup>305</sup>.

---

<sup>298</sup> *Op. cit.*, p. 207

<sup>299</sup> O modelo desenhado por Jean-Jacques Lafont e Jean Tirole pressupõe que os acordos realizados entre supervisores e empresas interessadas sejam “executáveis”, no sentido de que, nesse universo, os envolvidos tendem a honrar os seus acordos, em virtude da palavra dada, reputação, receio de perda de benefícios futuros, entre outros motivos (*Op. cit.*, p. 1093)

<sup>300</sup> *Ibid.*, p. 1092

<sup>301</sup> LAFONT, TIROLE, 1991, *Ibid.*, p. 1092

<sup>302</sup> LAFONT, TIROLE, 1991, *Ibid.*, p. 1092

<sup>303</sup> LAFONT, TIROLE, 1991, *Ibid.*, p. 1092

<sup>304</sup> *Ibid.*, p. 1094

<sup>305</sup> *Op. cit.*, p. 207

Esse dilema agente-principal<sup>306</sup> existente entre supervisores e reguladores em razão da possibilidade de os primeiros serem capturados pelas empresas reguladas possuiria aderência com a questão relacionada ao estabelecimento de margens de preferência em contratações públicas.

Como visto no capítulo anterior, no âmbito da Lei nº 8.666/1993, as margens de preferência são fixadas pelo Poder Executivo federal com base em estudos realizados especificamente para esse fim.

Até a extinção da então Comissão Interministerial de Compras Públicas criada pelo Decreto nº 7.546/2011, cabia a ela analisar os estudos setoriais realizados com o fim de subsidiar a fixação de margens de preferência para determinado segmento de produtos ou serviços<sup>307</sup>. As proposições, uma vez aceitas, deveriam ser encaminhadas pela referida comissão à Presidência da República.

Esses estudos, nos termos do art. 8º, §2º, do Decreto nº 7.546/2011, deveriam ser elaborados “*a partir de informações oficiais, com fundamento em métodos de reconhecida confiabilidade técnica, podendo-se utilizar, de maneira complementar, informações de outras fontes, de reconhecida idoneidade e especialização técnica*”.

Isto é, até a efetiva emissão do ato que, no âmbito da Lei nº 8.666/1993, estabelece margens de preferência a um dado segmento de produtos ou serviços, há um processo de obtenção, processamento e disponibilização de informações técnicas, o que estabeleceria uma relação entre agentes técnicos (supervisores) e políticos (reguladores), tal qual o modelo idealizado por Jean-Jacques Lafont e Jean Tirole.

No âmbito da Lei nº 14.133/2021, como já comentado anterior, o ato do Poder Executivo federal que fixa margens de preferência deve ser somente seguido de “*decisão fundamentada*”, conforme art. 26, I, do referido diploma legal.

Essa exigência de fundamentação, de qualquer forma, atrairia, de certa maneira, a necessidade de uma análise contextual a respeito do objeto, tendo a doutrina, como visto, já alertado para o fato de que não seria suficiente uma fundamentação meramente teórica, bem como que muitos dos fatores que deveriam ser considerados nos estudos de que trata a Lei nº 8.666/1993 também deveriam ser sopesados no caso da Lei nº 14.133/2021<sup>308</sup>.

---

<sup>306</sup> Conforme Frédéric Bohem, a grande contribuição da chamada “Escola de Toulouse” foi justamente a de aplicar à teoria da regulação o modelo agente-principal, jogando luz sobre o fato de que supervisores e regulados poderiam cooperar, entre si, dividindo os benefícios (*Op. cit.*, p. 11)

<sup>307</sup> Conforme o então art. 8º, II, do Decreto nº 7.546/2011.

<sup>308</sup> JUSTEN FILHO, 2021, *Op. cit.*, p. 431

Ou seja, também no âmbito da Lei nº 14.133/2021, o mesmo dilema agente-principal poderia ser verificado no processo de estabelecimento de margens de preferência para determinados segmentos de produtos e serviços.

### 3. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO: INCENTIVOS E DESINCENTIVOS PARA A CAPTURA DO REGULADOR

#### 3.1 Discricionariiedade e controle

A fixação de margens de preferência em favor de um dado segmento de produtos ou serviços nacionais pressupõe, como já abordado em linhas anteriores, de uma sequência de iniciativas e ações realizadas no âmbito do Poder Executivo federal – a quem, tanto no âmbito da Lei nº 8.666/1993, quanto no da Lei nº 14.133/2021, compete o estabelecimento das referidas margens de preferência.

O desfecho desse processo se dá, conforme demonstrado, por meio da expedição de um decreto, que estabelece, em resumo, o segmento de produtos ou serviços contemplados, a margem de preferência de que esse segmento de produtos ou serviços gozará em relação a seus equivalentes estrangeiros em uma licitação pública, os critérios, no caso de produtos, especificamente, para aferição da sua nacionalidade, bem como o prazo durante o qual tal segmento será beneficiado por aquela margem de preferência.

Conforme Marçal Justen Filho, a função administrativa pode ser exercitada por meio de diversos instrumentos, sendo o decreto um deles<sup>309</sup>. O decreto, segundo o referido autor, constitui ato administrativo unilateral, de competência privativa do chefe do Poder Executivo<sup>310</sup>.

Nos termos do art. 84, da Constituição Federal, os decretos podem ser veiculados para a “*fiel execução*” das leis<sup>311</sup> ou, ainda, para fins de disciplinar a organização e funcionamento da Administração Pública, bem como para extinguir funções ou cargos vagos<sup>312</sup>.

Todavia, o conteúdo ou a destinação dos decretos não são, segundo Marçal Justen Filho, estabelecidos de forma exaustiva pela Constituição Federal, embora não caiba a sua utilização quando a matéria comportar edição de Medida Provisória ou, eventualmente, lei delegada<sup>313</sup>.

No caso da fixação de margens de preferência, a utilização dos decretos como instrumento para esse fim parece atender ao disposto no art. 84, IV, da Constituição Federal.

---

<sup>309</sup> *Op. cit.*, 2014, p. 418

<sup>310</sup> *Ibid.*, p. 418

<sup>311</sup> Conforme art. 84, IV, da Constituição Federal.

<sup>312</sup> Conforme art. 84, VI, alíneas “a” e “b”, da Constituição Federal.

<sup>313</sup> *Op. cit.*, 2014, p. 418

É que, sem a existência de um ato administrativo que estabeleça que produtos ou serviços nacionais serão contemplados com margem de preferência, que margem seria essa, bem como os critérios para definição da nacionalidade daqueles produtos ou serviços, seria impossível que os agentes responsáveis pela condução do processo licitatório pudessem cumprir o disposto no art. 3º, §5º e seguintes, da Lei nº 8.666/1993, ou no estabelecido pelo art. 26, da Lei nº 14.133/2021<sup>314</sup>.

Sendo o decreto que fixa (ou fixará) as margens de preferência em proveito de determinado segmento de produtos ou serviços nacionais, a questão que se levanta, então, é se esse ato seria do tipo vinculado ou discricionário.

Segundo Seabra Fagundes, ato administrativo vinculado é aquele em que a lei estabelece, de antemão, qual a hipótese de atuação do administrador e qual a solução deve ser adotada para aquele caso<sup>315</sup>.

No ato vinculado, portanto, o caminho a ser seguido pela Administração Pública se encontra previamente estabelecido pela lei – assim como a situação fática que viabiliza a adoção daquele comportamento -, sem que reste, assim, qualquer margem ou espaço para apreciação subjetiva pelo decisor<sup>316</sup>.

Neste caso, portanto, toda a avaliação a respeito da conveniência ou oportunidade quanto a que comportamento deve ser adotado pela Administração Pública em face de uma certa e determinada situação já foi realizado e exaurido durante o processo legislativo, isto é, quando da produção da norma legal que embasará a ação a ser adotada pela autoridade competente<sup>317</sup>.

Nos atos administrativos discricionários, por outro lado, os elementos necessários para a efetiva aplicação da lei, no caso concreto, não se encontram integralmente satisfeitos pela norma<sup>318</sup>.

---

<sup>314</sup> Note-se, a propósito, que, nesse momento, em razão da inexistência de decretos vigentes, nenhum segmento de produto ou serviço nacional se encontra contemplado com margens de preferência em licitações públicas. Em razão disso, e a despeito dos comandos trazidos tanto na Lei nº 8.666/1993, quanto na Lei nº 14.133/2021 relativamente à concessão de margens de preferência, não seria possível não somente conceder uma preferência daquela natureza em um dado processo licitatório, mas também a medida desse privilégio, bem como se determinar quando um produto ou serviço seria considerado nacional ou não para aquela finalidade.

<sup>315</sup> FAGUNDES, Seabra. **Conceito de mérito no direito administrativo**. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/11830/10758>>. Acesso em: 20.5.2022, p. 6

<sup>316</sup> MELLO, *Op.cit.*, p. 423

<sup>317</sup> FAGUNDES, *Op.cit.*, p. 11

<sup>318</sup> JUSTEN FILHO, *Op. cit.*, 2014, p. 244

Conforme Marçal Justen Filho, haveria, em tais casos, um problema de inadequação legislativa, na medida em que o legislador seria naturalmente incapaz de alcançar, de forma satisfatória, a solução mais apropriada para todas as hipóteses fáticas descritas na lei<sup>319</sup>.

A discricionariedade conferida à Administração Pública, portanto, seria uma solução para o referido problema de inadequação legislativa<sup>320</sup>, conferindo-se ao decisor a possibilidade (e a obrigação) de, diante das peculiaridades de uma dada situação fática que se lhe apresente, adotar uma (a melhor possível) dentre duas ou mais soluções aplicáveis<sup>321</sup>.

O exercício da discricionariedade se dá, assim, segundo Seabra Fagundes, justamente pela escolha de uma dentre as diversas alternativas legalmente possíveis<sup>322</sup>. A lei, em tais casos, cria, intencionalmente, uma margem de autonomia para a Administração Pública<sup>323</sup>.

Marçal Justen Filho sublinha que a discricionariedade, todavia, não implica em quebra ou violação da legalidade, tendo em vista que a decisão a ser adotada pela autoridade se dá dentro de um espaço criado pela própria lei<sup>324</sup>. A discricionariedade é exercida dentro de um espaço residual<sup>325</sup>, não se tratando de um poder normativo autônomo da Administração<sup>326</sup>.

Trazendo essas considerações para a questão envolvendo a fixação de margens de preferência para produtos e serviços nacionais em licitações públicas, é possível depreender que, tanto da leitura da Lei nº 8.666/1993, quanto da Lei nº 14.133/2021, em nenhum dos casos se estabelece, *a priori*, os segmentos de produtos ou serviços que deverão ser contemplados com tal margem, tampouco a medida dessa margem de preferência, em específico.

O que há, de fato, é uma banda dentro da qual o Poder Executivo Federal poderá manobrar os percentuais de margens de preferência – sendo, no caso da Lei nº 8.666/1993, de até 25% (vinte e cinco por cento), consideradas as margens ordinária e adicional<sup>327</sup>, e de até 20% (vinte por cento), consideradas ambas as margens, no caso da Lei nº 14.133/2021<sup>328</sup>.

Além disso, não há, de antemão, a definição de qual critério, em específico, deverá ser adotado para se aferir a nacionalidade do produto ou serviço em um determinado certame, em específico<sup>329</sup>.

---

<sup>319</sup> *Ibid.*, p. 246

<sup>320</sup> JUSTEN FILHO, *Op. cit.*, 2014, p. 246

<sup>321</sup> JUSTEN FILHO, *Ibid.*, 2014, p. 244

<sup>322</sup> *Op. cit.*, p. 7

<sup>323</sup> JUSTEN FILHO, *Op. cit.*, 2014, p. 245

<sup>324</sup> *Ibid.*, p. 245

<sup>325</sup> FAGUNDES, *Op.cit.*, p. 8

<sup>326</sup> JUSTEN FILHO, *Op. cit.*, 2014, p. 247

<sup>327</sup> Conforme art. 3º, §8º, da Lei nº 8.666/1993.

<sup>328</sup> Conforme art. 26, §2º, da Lei nº 14.133/2021.

<sup>329</sup> No caso da Lei nº 8.666/1993, como já abordado no capítulo inicial do presente trabalho, o Decreto nº 7.546/2011 estabelece que a nacionalidade do produto será determinada segundo dois critérios, ambos alternativos,



Em nenhum dos casos, ainda, a legislação determina o prazo mínimo durante o qual uma margem de preferência, uma vez concedida a um determinado segmento de produtos ou serviços, deverá vigorar.

No caso da Lei nº 8.666/1993, especificamente, se estabelece, como visto, que uma revisão dos resultados das margens de preferência concedidas a um determinado grupo de produtos ou serviços deverá ser revista em até 05 (cinco) anos<sup>330</sup>. Não há, por outro lado, disposição equivalente a essa no âmbito da Lei nº 14.133/2021.

Ou seja, tanto a Lei nº 8.666/1993, quanto a Lei nº 14.133/2021, deferem ao Poder Executivo federal uma certa margem dentro da qual poder-se-á estabelecer quais segmentos de produtos ou serviços será contemplado com margens de preferência em licitações públicas, o percentual dessas margens, os critérios que deverão ser observados pelas autoridades responsáveis pela condução do processo licitatório para se determinar se a oferta apresentada por um dado licitante tem como objeto o fornecimento de um produto ou a prestação de um serviço considerado “nacional”, bem como o prazo durante o qual aquele segmento de produtos ou serviços será beneficiado com a respectiva margem de preferência.

Disto decorreria, portanto, a conclusão de que o decreto que estabelece uma certa margem de preferência para determinado grupo de produtos ou serviços nacionais em licitações públicas possui natureza de ato administrativo discricionário.

Tal discricionariedade, inclusive, com base em Marçal Justen Filho, parece ter natureza normativa, na medida em que, de alguma maneira, estabelece para as autoridades que conduzirão o processo licitatório normas de conduta<sup>331</sup>.

E isto porque o decreto que fixa as margens de preferência determinará, por exemplo, se aquela margem de preferência deverá ou não ser observada, obrigatoriamente, nas licitações promovidas pela Administração Pública federal, bem como quais critérios deverão ser observados pela autoridade quando da aferição da nacionalidade do produto ou serviço licitado.

É importante ressaltar, ainda, que, no caso da Lei nº 8.666/1993, a concessão de margens de preferência deve seguir os parâmetros mencionados no art. 3º, §6º, quais sejam, os seus impactos sobre geração de emprego e renda, arrecadação tributária, desenvolvimento e inovação tecnológica e custo de aquisição.

---

entre si: o processo produtivo básico de que trata a Lei nº 8.248/1991, ou as regras de origem estabelecidas pela Portaria nº 279/2011, do extinto Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (art. 2º, IV). O mesmo decreto, por sua vez, prevê que, em casos de serviços, a nacionalidade brasileira será determinada pelo fato de tais serviços serem prestados no país (art. 2º, V).

<sup>330</sup> Conforme art. 3º, §6º, da Lei nº 8.666/1993.

<sup>331</sup> JUSTEN FILHO, *Op. cit.*, 2014, p. 252

De alguma maneira, e conforme já comentado anteriormente, esses parâmetros serviriam de bussola, no caso da Lei nº 8.666/1993, para a concessão de margens de preferência, restringindo, quando comparado às disposições da Lei nº 14.133/2021, aquele “espaço” conferido legalmente ao Poder Executivo para a escolha dos setores contemplados.

Esse fator, no entanto, não subtrairia do ato que, com base na Lei nº 8.666/1993, estabelece as margens de preferência em favor de um determinado segmento de produtos ou serviços, a sua natureza discricionária.

Conforme Marçal Justen Filho, mesmo dentro do âmbito da discricionariedade, haveria graus distintos de autonomia que seriam legalmente franqueados à Administração Pública para a escolha da melhor solução em cada caso<sup>332</sup>.

Segundo o referido autor, alguns aspectos da norma podem ser dispostos de forma exaustiva pelo legislador, enquanto outros seriam disciplinados de modo a conferir maior ou menor margem decisória à autoridade competente<sup>333</sup>.

Acresça-se, ainda, que, em muitos casos, a discricionariedade pode ser do tipo técnico-científica, isto é, em que a lei determina que a solução a ser adotada em um caso, em específico, deva ser guiada por critérios daquela natureza<sup>334</sup>.

Em tais casos, o espaço conferido à autoridade competente para decidir diante de uma determinada circunstância depende da consideração de juízo técnico-científico sobre o assunto<sup>335</sup>, limitando (mas não eliminando) todas as opções disponíveis<sup>336</sup>.

Considera-se, assim, neste caso, ainda existir discricionariedade porque, mesmo sendo necessária a observância de critérios técnico-científicos para a tomada de decisão, esta ainda será influenciada, em alguma medida, pelo componente político – isto é, por critérios de conveniência e oportunidade<sup>337</sup>.

Sendo ato discricionário, a questão referente a em que medida essa discricionariedade poderia incentivar um cenário de captura do Poder Executivo federal no processo de concessão de margens de preferência a um determinado segmento de produtos ou serviços se deslocaria para o debate em torno dos controles da atividade administrativa.

Como demonstrado no capítulo anterior, um processo de captura do regulador é caracterizado, em síntese, pelo fato de a produção da regulação ser afetada por diversos

---

<sup>332</sup> *Ibid.*, p. 250

<sup>333</sup> JUSTEN FILHO, *Ibid.*, p. 250

<sup>334</sup> JUSTEN FILHO, *Ibid.*, p. 253

<sup>335</sup> JUSTEN FILHO, *Ibid.*, p. 253

<sup>336</sup> JUSTEN FILHO, *Ibid.*, p. 254

<sup>337</sup> JUSTEN FILHO, *Ibid.*, p. 254

interesses, desvirtuando a sua finalidade precípua – que seria o atingimento de um dado interesse público – e direcionando-a a satisfação de interesses privados.

Esse conflito entre o ideal de atendimento ao interesse público que deve marcar toda a atividade da Administração Pública e um eventual direcionamento daquela atividade para a satisfação de um determinado interesse privado atrai, em um primeiro plano, uma investigação sobre o controle do ato administrativo em função de sua finalidade.

A finalidade, conforme Celso Antônio Bandeira de Mello, constitui requisito do ato administrativo e corresponde ao bem jurídico objetivado pelo ato<sup>338</sup>.

A deturpação da finalidade do ato se dá por meio do desvio de poder, isto é, quando a competência para a prolação de um dado ato administrativo é desviada para a satisfação de finalidade que não seria genuinamente a sua<sup>339</sup>.

Uma das formas de desvio de poder seria justamente a partir da prolação de ato administrativo não com o objetivo de satisfazer o interesse público, mas sim com o fim de beneficiar ou prejudicar alguém, individualmente<sup>340</sup>, orientando-o a satisfazer uma necessidade privada<sup>341</sup>.

No caso das margens de preferência em licitações públicas, isso poderia ocorrer, por exemplo, na hipótese de edição de um decreto, pelo Poder Executivo Federal, contemplando um determinado segmento de produtos ou serviços nacionais, sem que o objetivo último seja exatamente o atingimento daqueles benefícios esperados quando da adoção de políticas de preferência para produtos ou serviços domésticos.

Isto é, o desvio de finalidade poderia ocorrer quando a fixação daquelas margens de preferência tivesse como objetivo apenas privilegiar um determinado grupo ou setor atuante no mercado em que se insere aquele segmento de produtos ou serviços privilegiados.

Conforme abordado anteriormente neste trabalho, a política de margens de preferência, no Brasil, inclina-se no sentido de privilegiar os lucros da empresa doméstica, visando incrementar a atividade econômica no país – e não necessariamente reduzir o custo de aquisição dos produtos e serviços pelo Estado.

Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta que um ato administrativo contaminado pelo desvio de poder seria considerado nulo de pleno direito e, daí, inválido<sup>342</sup>. Desse modo, o ato que contempla um determinado segmento de produtos ou serviços com margem de preferência

---

<sup>338</sup> *Op. cit.*, p. 399

<sup>339</sup> MELLO, *Ibid.*, p. 400

<sup>340</sup> MELLO, *Ibid.*, p. 401

<sup>341</sup> JUSTEN FILHO, *Op. cit.*, 2014, p. 447

<sup>342</sup> *Op. cit.*, p. 471

com o único fim de privilegiar o respectivo grupo ou setor da economia seria suscetível à invalidação.

Ocorre que, apesar disso, e conforme lembra Marçal Justen Filho, o desvio de poder seria um defeito de difícil constatação, na medida em que, usualmente, o atendimento a um determinado interesse privado é comumente disfarçado por meio do recurso a termos como “bem comum” e “interesse público”, camuflando o real intento da atuação da Administração Pública naquele caso<sup>343</sup>.

Na experiência brasileira envolvendo a concessão de margens de preferência, embora não haja evidências que apontem a ocorrência do fenômeno da captura regulatória, um eventual direcionamento da política para favorecimento de certos setores poderia ter sido “disfarçada” pelo fato de, conforme apontado pelo relatório final sobre o impacto das margens de preferência produzido pela Secretaria de Política Econômica do então Ministério da Fazenda, em dezembro de 2015, “*em todos os setores em que as margens induziram compras públicas, estas tiveram impacto positivo sobre o emprego e o valor da produção*”<sup>344</sup>.

Isto é, dado que, conforme demonstrado, o objetivo dessa política, no Brasil, seria mais voltado ao estímulo à atividade econômica nacional, aqueles impactos positivos sobre o nível de atividade poderiam ser utilizados para fins de dissimulação do real intento da medida – o eventual favorecimento de um determinado segmento de produtos ou serviços.

Essa dificuldade de apuração e demonstração da ocorrência de um desvio de finalidade, assim, poderia se mostrar um empecilho para, por exemplo, se obter a invalidação de um decreto que concedesse margem de preferência para um determinado segmento de produtos ou serviços apenas com o propósito de privilegiar o grupo ou setor a que aquele segmento se refere.

Avançando, assim, para um segundo plano de controle dos atos praticados pela Administração Pública, o foco de investigação, então, se desloca para a questão referente ao mérito do ato administrativo, aspecto que seria exclusivo dos atos tidos como discricionários<sup>345</sup>.

O mérito administrativo, conforme Seabra Fagundes, estaria relacionado a circunstâncias e apreciações perceptíveis somente pela autoridade administrativa, intimamente relacionado à gestão política<sup>346</sup>.

Trata-se, assim, de algo relacionado ao sentido político do ato, exteriorizando um juízo comparativo entre as diversas alternativas disponíveis, relacionados à conveniência e à

---

<sup>343</sup> *Op. cit.*, 2014, p. 447

<sup>344</sup> BRASIL. Ministério da Fazenda, *Op. cit.*, p. 111

<sup>345</sup> FAGUNDES, *Op. cit.*, p. 6

<sup>346</sup> *Ibid.*, p. 1

oportunidade de adoção de cada uma daquelas soluções<sup>347</sup>. O mérito administrativo, assim, estaria relacionado ao objeto e ao motivo do ato, embora ambos esses aspectos do ato não se confundam<sup>348</sup>.

Essa ponderação em torno da conveniência e oportunidade da adoção de uma dentre várias soluções possíveis no caso concreto seria, segundo Seabra Fagundes, vedada ao Poder Judiciário, que não poderia substituir a autoridade administrativa na escolha dos critérios de natureza política que guiarão a decisão<sup>349</sup>.

Ao Poder Judiciário, portanto, não caberia a avaliação de aspectos referentes a qual das soluções disponíveis seria a mais acertada, útil, razoável ou equânime<sup>350</sup>, devendo abster-se apenas e tão somente à análise do cumprimento ou não da lei (exame de legalidade do ato)<sup>351</sup>, distinguindo-se, assim, “merecimento” e “legalidade”<sup>352</sup>.

Ou seja, segundo Seabra Fagundes, o ato discricionário estaria suscetível a um nível de controle limitado à verificação se a autoridade administrativa agiu ou não dentro dos espaços e limites circunscritos pela lei<sup>353</sup>, uma vez que a Administração Pública age levando em conta não somente aspectos jurídicos quando da avaliação do caso concreto – e tais aspectos seriam insuscetíveis de revisão judicial<sup>354</sup>.

Essa “barreira” de controle, todavia, deveria, segundo Marçal Justen Filho, não ser tomada de forma absoluta<sup>355</sup>.

Segundo o referido autor, a impossibilidade de revisão do mérito administrativo deve ser tida como presuntiva, no sentido de que o controle jurisdicional deve, a princípio, se limitar a verificar se a atuação administrativa se deu dentro do âmbito de competência deferido pela lei, sob pena de revogação da discricionariedade<sup>356</sup>.

No entanto, Marçal Justen Filho admite que o controle do mérito do ato administrativo seria cabível quando a ação administrativa for desarrazoada, arbitrária ou, então, inapta para se alcançar, adequadamente, a finalidade almejada pelo ato<sup>357</sup>.

Ou seja, nessa linha de entendimento, sendo possível demonstrar que um dado decreto que concede a um determinado segmento de produtos ou serviços margem de preferência em

---

<sup>347</sup> FAGUNDES, *Ibid.*, p. 2

<sup>348</sup> FAGUNDES, *Ibid.*, p. 3

<sup>349</sup> *Ibid.*, p. 2

<sup>350</sup> FAGUNDES, *Ibid.*, p. 2

<sup>351</sup> FAGUNDES, *Ibid.*, p. 1

<sup>352</sup> FAGUNDES, *Ibid.*, p. 10

<sup>353</sup> *Ibid.*, p. 12

<sup>354</sup> FAGUNDES, *Ibid.*, p. 13

<sup>355</sup> *Op.cit.*, 2014, p. 262

<sup>356</sup> *Ibid.*, p. 262

<sup>357</sup> *Ibid.*, p. 262

licitações públicas não se prestaria ao alcance daqueles benefícios que, segundo a literatura econômica, seriam proporcionados por uma política dessa natureza, seria possível que o Poder Judiciário avançasse sobre o ato, com o objetivo de invalidá-lo.

Isto é, seria possível, nesse sentido, que se fizesse um controle jurisdicional sobre o acerto ou não do ato que fixa as margens de preferência em favor de um determinado segmento de produtos ou serviços.

Uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria acusa, todavia, um direcionamento bastante consolidado no sentido de não se admitir que o Poder Judiciário avance sobre o mérito do ato administrativo, isto é, sobre os critérios de conveniência e oportunidade que levaram a autoridade a decidir em um determinado sentido<sup>358</sup>.

As decisões encontradas diziam respeito a assuntos de características diversas, entre si, em que se discutia a revisão de atos administrativos relacionados, entre outros, a temas como concurso público, processo administrativo disciplinar de servidores públicos, administração de órgãos públicos, dever de licitar, execução de políticas públicas, aposentadoria compulsória e concorrência.

Em apenas um desses casos<sup>359</sup>, admitiu-se que “o Poder Judiciário vai à análise do mérito do ato administrativo”, em que o órgão jurisdicional “não apenas examina a proporção que marca a relação entre meios e fins do ato”, mas também alcança a conexão entre o ato administrativo e os motivos declarados para a sua prolação.

### 3.2 Análise de impacto regulatório

Já se comentou anteriormente nesta pesquisa que, desde a sua primeira aparição no ordenamento jurídico brasileiro – por meio da edição da Medida Provisória nº 495/2010 -, a possibilidade de fixação de margens de preferência em favor de produtos e serviços nacionais

---

<sup>358</sup> A pesquisa foi realizada no sistema de busca de jurisprudência disponível no *site* do Supremo Tribunal Federal (<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>), utilizando-se das palavras-chaves “mérito do ato administrativo”; “controle do mérito administrativo”; “controle” e “discricionariedade administrativa”; “mérito administrativo” e “poder judiciário”; e “nulidade” e “ato discricionário”. Foram catalogadas e analisadas decisões proferidas em um total de 29 (vinte e nove) recursos em que, de forma direta ou indireta, o tema do controle do mérito administrativo foi debatido ou analisado. Não se identificou, todavia, qualquer recurso debatendo a possibilidade de anulação de um decreto expedido pelo Poder Executivo, seja em âmbito municipal, estadual ou federal, em que a questão do mérito do ato tivesse sido discutida como causa da pretensão anulatória.

<sup>359</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). **Recurso em Mandado de Segurança**, RMS 24.699-9/DF. Relator: Eros Grau. Julgamento: 30.11.2004. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=370238>>. Acesso em: 30.6.2022.

no âmbito das licitações públicas foi instituída como um dos instrumentos para a promoção do desenvolvimento econômico nacional.<sup>360</sup>

A literatura, de fato, conforme demonstrado ainda no capítulo inaugural deste trabalho, aponta alguns efeitos diretos e indiretos que uma política de margens de preferência pode gerar sobre o ambiente econômico.

Por conta desses efeitos, inclusive, essa estratégia de concessão de preferências em favor de produtos e serviços domésticos em detrimento de seus equivalentes estrangeiros é adotada por diversos países ao redor do mundo.

Em se tratando, assim, de relações de trocas, mercados e impactos sobre o contexto econômico, a regulação cumpre papel importante no sentido de correção de distorções, desenhando uma matriz que possa sustentar operações econômicas em mercados imperfeitos ou inexistentes<sup>361</sup>.

A regulação, nesse contexto, é tida como um instrumento importante para o desenvolvimento, podendo promover bem-estar social e econômico ou, por outro lado, ônus significativos para a sociedade<sup>362</sup>.

Conforme Fernando Meneguín e Flavio Saab, a regulação cria incentivos e sanções para indivíduos e organizações, o que atrairia a questão sobre se ela (regulação) estaria ou não vocacionada ao atingimento de seus objetivos e se os benefícios dela decorrentes seriam suficientes para compensar os custos que ela impõe à sociedade<sup>363</sup>.

Com base nas diretivas da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, os referidos autores lembram que uma boa regulação tem a característica de viabilizar a satisfação dos objetivos estabelecidos na política governamental do respectivo país, promover inovação e incentivos, minimizar custos e distorções dentro da sociedade, bem como promover o comércio e o investimento, gozando de base legal e empírica consistente<sup>364</sup>.

---

<sup>360</sup> É o que se infere da leitura da Exposição de Motivos da referida Medida Provisória nº 495/2010, posteriormente convertida na Lei nº 12.349/2010, e que alterou a Lei nº 8.666/1993 no sentido de, entre outras finalidades, inserir a possibilidade de concessão de margens de preferência em favor de produtos e serviços nacionais. Esse aspecto foi abordado de forma mais aprofundada na introdução e no capítulo inicial deste trabalho.

<sup>361</sup> KIRKPATRICK, Colin. PARKER, David. ZANG, Yin-Fang. **Regulatory impact assessment in developing and transition economies: a survey of current practice and recommendations for further development.** Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/228805965\\_Regulatory\\_impact\\_assessment\\_in\\_developing\\_and\\_transition\\_economies\\_A\\_survey\\_of\\_current\\_practice\\_and\\_recommendations\\_for\\_further\\_development](https://www.researchgate.net/publication/228805965_Regulatory_impact_assessment_in_developing_and_transition_economies_A_survey_of_current_practice_and_recommendations_for_further_development)>. Acesso em: 30.5.2022, p. 1.

<sup>362</sup> KIRKPATRICK, PARKER, ZANG, *Ibid.*, p. 3-4

<sup>363</sup> MENEGUÍN, Fernando. SAAB, Flavio. **Análise de impacto regulatório: perspectivas a partir da lei da liberdade econômica.** Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas de Consultoria Legislativa (Senado Federal), mar/2020, p. 1.

<sup>364</sup> *Ibid.*, p. 6

A regulação, assim, deve atender a critérios de efetividade, economicidade, eficiência e eficácia, de modo a contribuir para o crescimento e o desenvolvimento econômico do país<sup>365</sup>.

O ponto, todavia, é que, por diversas razões, nem sempre os reguladores estão necessariamente preocupados com a avaliação dos benefícios e dos custos que uma regulação pode gerar para a sociedade<sup>366</sup>.

A análise de impacto regulatório, assim, tem grande importância nesse contexto, tendo em vista se tratar de uma abordagem que examina como uma dada regulação pode afetar (positiva ou negativamente) os seus *stakeholders*, bem como o contexto em que ela se insere<sup>367</sup>.

Segundo Claudio Radaelli, esses *stakeholders* podem ser um grupo econômico específico, um setor da economia ou a própria economia como um todo<sup>368</sup>. A análise de impacto regulatório pode, ainda, alcançar os impactos da regulação em âmbito doméstico ou internacional<sup>369</sup>.

Trata-se, assim, de um processo sistemático de se avaliar os custos e os benefícios da regulação (seja ela nova ou pré-existente)<sup>370</sup>, auxiliando na análise de como ela impacta a sociedade e os indivíduos, bem como na avaliação de suas eventuais ineficiências<sup>371</sup>, baseada em evidências e análises que definem os parâmetros de ação governamental em conformidade com critérios pré-estabelecidos<sup>372</sup>.

A análise de impacto regulatório auxilia os formuladores de política pública a estabelecer os objetivos, projetar os diferentes cenários, imaginar as consequências relacionadas a cada uma das alternativas consideradas, identificando os seus impactos a partir do ponto de vista das partes afetadas<sup>373</sup>.

Nesse sentido, a análise de impacto regulatório fornece elementos que subsidiam o processo de produção normativa/regulatória e de formulação de políticas públicas, incrementando a racionalidade do processo decisório relativamente aos efeitos das iniciativas governamentais em um determinado assunto<sup>374</sup>.

---

<sup>365</sup> MENEGUIN, SAAB, *Ibid.*, p. 7-8

<sup>366</sup> CARVALHO, Bruno Eustáquio Ferreira Castro de. MARQUES, Rui Cunha. NETTO, Oscar de Moraes Cordeiro. **Regulatory impact assessment (RIA): from the state of art until conceptual and framework proposal model.** *In:* International Journal of Contemporary Management, mar/2017, p. 111.

<sup>367</sup> RADAELLI, Claudio. **Regulatory impact assessment.** Disponível em: <<http://protego-erc.eu/wp-content/uploads/2021/01/Radaelli-2020-Regulatory-Impact-Assessment-FINAL-Radaelli-after-rev-by-AB.pdf>>.

Acesso em: 01.6.2022, p.2.

<sup>368</sup> *Ibid.*, p. 2

<sup>369</sup> RADAELLI, *Ibid.*, p. 5

<sup>370</sup> KIRKPATRICK, PARKER, ZANG, *Op. cit.*, p. 2

<sup>371</sup> CARVALHO, MARQUES, NETTO, *Op. cit.*, p. 111

<sup>372</sup> KIRKPATRICK, PARKER, ZANG, *Op. cit.*, p. 4

<sup>373</sup> CARVALHO, MARQUES, NETTO, *Op. cit.*, p. 119

<sup>374</sup> MENEGUIN, SAAB, *Op. cit.*, p. 2



Essa análise deve ser realizada caso-a-caso, de modo a aferir as possíveis contribuições daquela regulação, em específico, para o atingimento dos objetivos políticos estratégicos<sup>375</sup>.

Tem-se, daí, um instrumento que cumpre um papel importante no sentido de se evitar, já nas primeiras fases de produção normativa/regulatória, a tomada de decisões irrazoáveis ou irracionais<sup>376</sup>, funcionando como uma espécie de controle de danos contra más políticas públicas<sup>377</sup>.

Seu objetivo é o de selecionar a alternativa regulatória que, de forma mais adequada, resolverá o problema proposto, considerando todas as opções eventualmente disponíveis – oferecendo elementos e evidências que suportem aquela decisão<sup>378</sup>.

A realização da análise de impacto regulatório pode obedecer a várias metodologias, conforme a profundidade desejada e a complexidade do problema apresentado<sup>379</sup> - podendo resultar em análise qualitativa (quando se descreve como uma medida pode afetar um determinado setor) ou quantitativa (quando, então, debruça-se sobre o impacto da pretensa regulação em termos quantitativos, como número de vidas, unidades em moeda, entre outros)<sup>380</sup>.

A metodologia, inclusive, pode variar de país para país, de setor para setor, conforme recursos disponíveis para a sua realização, bem como conforme os dados disponíveis para análise<sup>381</sup>.

Nessa linha, a análise de impacto regulatório pode ser suportada por análises de custo-efetividade, análises de custo-benefício, análises multi-critério, entre outros<sup>382</sup>.

Ou seja, a utilização de uma ferramenta como a análise de impacto regulatório no âmbito do processo decisório de concessão de margens de preferência em favor de um determinado segmento de produtos ou serviços poderia ser útil em diversos sentidos.

A análise de impacto regulatório poderia auxiliar, por exemplo, quanto ao fato de se determinar se concessão do benefício a um dado segmento de produtos ou serviços seria realmente útil para a finalidade pretendida.

---

<sup>375</sup> KIRKPATRICK, PARKER, ZANG, *Op. cit.*, p. 4

<sup>376</sup> VOROZHBIT, Olga. SAMSONOVA, Irina. KORNIENKO, Kirill. **Conceptual model of implementation of regulatory impact assessment at the regional level.** *In: Middle-East Journal of Scientific Research*, vol. 14, Issue 8, 2013, p. 1090.

<sup>377</sup> ADELLE, Camilla. MACRAE, Donald. MARUSIC, Andreja. FAISAL, Naru. **New development: regulatory impact assessment in developing countries: tales from the road to good governance** *in Public Money & Management*, vol. 35, mar/2015, p.1.

<sup>378</sup> VOROZHBIT, SAMSONOVA, KORNIENKO, *Op.cit.*, p. 1092

<sup>379</sup> CARVALHO, MARQUES, NETTO, *Op. cit.*, p. 117

<sup>380</sup> RADAELLI, *Op. cit.*, p. 2

<sup>381</sup> CARVALHO, MARQUES, NETTO, *Op. cit.*, p. 117

<sup>382</sup> RADAELLI, *Op.cit.*, p. 3

Em caso positivo, ela também poderia contribuir para se determinar por quanto tempo aquela medida seria realmente útil e, mais ainda, qual seria o percentual de margem mais apropriado para fins de se preferir um dado segmento de produto ou serviço nacional em detrimento de seu equivalente estrangeiro.

Além disso, sua utilidade também poderia estar situada na escolha da forma mais correta e eficiente para se avaliar se aquele produto ou serviço é ou não “nacional”, considerando as peculiaridades técnicas daquele produto ou serviço, a capacidade dos agentes responsáveis pela condução do processo licitatório, os custos envolvidos para todos os envolvidos (licitantes e Administração Pública), entre outros aspectos.

Mais importante, talvez, a análise de impacto regulatório permitiria avaliar se, ocasionalmente, não haveria outras políticas alternativas para se alcançar a mesma finalidade que se pretenderia atingir com a concessão de margens de preferência para aquele determinado segmento de produtos ou serviço nacional.

A análise de impacto regulatório, no entanto, não teria sua utilidade restrita apenas à avaliação de resultados da regulação sob o viés econômico, social, ambiental, entre outros que possam ser eventualmente considerados<sup>383</sup>.

A análise de impacto regulatório, nesta perspectiva, também possuiria grande valor quanto ao aumento no nível de transparência e consistência do processo decisório, melhorando a governança e *accountability*, evitando arbitrariedades<sup>384</sup>. Sua utilidade, assim, se situaria nas duas dimensões do processo regulatório, isto é, tanto quanto aos resultados da política, quanto ao próprio processo regulatório<sup>385</sup>.

Todo o processo de planejamento e revisão de políticas públicas, assim, seria dotado de maior integração e robustez, reforçando o *accountability*, a capacidade administrativa, a abertura governamental, a qualidade regulatória e a legalidade como princípios essenciais de governança regulatória<sup>386</sup>.

Claudio Radaelli destaca que, de fato, os efeitos mais positivos da análise de impacto regulatório estariam justamente no âmbito da governança<sup>387</sup>, permitindo um certo controle sobre a burocracia estatal<sup>388</sup>, tornando reguladores responsáveis pelo tipo de evidência utilizada

---

<sup>383</sup> KIRKPATRICK, PARKER, ZANG, *Op. cit.*, p. 4

<sup>384</sup> KIRKPATRICK, PARKER, ZANG, *Ibid.*, p. 4

<sup>385</sup> KIRKPATRICK, PARKER, ZANG, *Ibid.*, p. 4

<sup>386</sup> CARVALHO, MARQUES, NETTO, *Op. cit.*, p. 119

<sup>387</sup> *Op. cit.*, p. 10

<sup>388</sup> *Ibid.*, p. 7

na formulação da política, bem como propiciando elementos objetivos que permitiriam eventual questionamento da medida, futuramente<sup>389</sup>.

É que, segundo o referido autor, a análise de impacto regulatório permitiria acesso aos diversos grupos potencialmente afetados pela política, transformando a interação com esses grupos para além da mera atividade de *lobbying*, conferindo maior transparência ao processo de elaboração da regulação<sup>390</sup>.

Os grupos afetados, assim, passariam a ser legitimados para oferecer sugestões quanto ao conteúdo da regulação, bem como exigir acesso às informações que tenham subsidiado alguma tomada de decisão ao longo do processo<sup>391</sup>, intervindo, assim, sempre que sentirem prejudicados pela proposta normativa<sup>392</sup>. Esse envolvimento das partes afetadas no processo de construção regulatória conferiria maior legitimidade à norma dela resultante<sup>393</sup>.

A importância da análise de impacto regulatório no que diz respeito ao incremento da governança regulatória parece ter uma especial relação com o fenômeno da captura regulatória discutida no capítulo anterior.

Como discutido naquela oportunidade, certos e determinados grupos poderiam engajar-se em atividades de *rent seeking*, investindo recursos no sentido de obter o tipo de regulação que pudesse lhes favorecer – seja por meio da criação de obstáculos para o ingresso de novos concorrentes no mercado ou mesmo criando “tarifas” que pudessem restringir a circulação de mercadorias ou serviços oriundos de outros países.

A regulação, neste caso, seria vista como um “produto” disponível no “mercado”, com grupos concorrendo, entre si, para obtê-la, por meio de atividades de *lobbying*, oferecendo aquilo que, num sistema de democracia representativa, poderia ser atrativo para os formadores de políticas públicas: contribuições de campanha, contratações de membros do partido, entre outras ações que pudessem, no limite, auxiliar na obtenção de votos.

Conforme mencionado no capítulo anterior, esses grupos permanecerão mobilizando recursos nesse tipo de atividade enquanto ela permanecer lucrativa – isto é, enquanto os benefícios auferidos pela regulação desejada superarem os custos necessários para obtê-la.

---

<sup>389</sup> *Ibid.*, p. 3

<sup>390</sup> *Ibid.*, p. 3

<sup>391</sup> RADAELLI, *Ibid.*, p. 3

<sup>392</sup> RADAELLI, *Ibid.*, p. 7

<sup>393</sup> VOROZHBIT, SAMSONOVA, KORNIENKO, *Op.cit.*, p. 1092

A regulação, assim, poderia ser convidativa à corrupção<sup>394</sup>, distanciando o seu processo de elaboração da análise baseada em evidência, de maneira racional e objetiva, sem apegos a certos e determinados interesses – como recomendaria a análise de impacto regulatório<sup>395</sup>.

A análise de impacto regulatório, no entanto, e como visto, impõe aos reguladores a necessidade de explicar os motivos que os conduziram no sentido de escolher a regulação que pretendem adotar, funcionando como uma ferramenta de controle do comportamento desses reguladores<sup>396</sup>.

Conforme explica Claudio Radaelli, a análise de impacto regulatório é um processo que envolve várias etapas<sup>397</sup>, como a definição do problema que se pretende atacar, consulta aos interessados, identificação das alternativas disponíveis e comparação entre elas, a escolha da solução mais adequada conforme critérios concebíveis do público, além de escolha das informações relativas ao monitoramento dos resultados/impactos da solução escolhida<sup>398</sup>.

---

<sup>394</sup> SAAB, Flávio. MIDLEJ E SILVA, Suylan de Almeida. **Análise de impacto regulatório e prevenção da corrupção: um estudo exploratório sobre AIR no Brasil** In Revista da CGU, vol. 13, n. 24, jul-dez/2021, p. 168

<sup>395</sup> KIRKPATRICK, PARKER, ZANG, *Op. cit.*, p. 6

<sup>396</sup> SAAB, MIDLEJ E SILVA, *Op. cit.*, p. 168

<sup>397</sup> O passo-a-passo de um processo de análise de impacto regulatório merece uma ampla abordagem por parte da literatura. Embora não haja uma uniformidade quanto à sequência de atos e quanto ao momento em que eles devem ser adotados dentro do processo, é possível identificar uma certa coincidência ao menos quanto a que ações devem integrar um processo de análise de impacto regulatório. Segundo Bruno Eustáquio Ferreira Castro de Carvalho, Rui Cunha Marques e Oscar de Moraes Cordeiro Netto, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico sugere um processo contendo um total de 09 (nove) passos, constituído pela elaboração da proposta, definição dos objetivos, análise do problema regulatório, identificação das alternativas, análise de impacto, análise de resultados, *compliance*, monitoramento e avaliação (*Op.cit.*, p. 117). A pesquisa desses autores também identifica outros modelos de análise de impacto regulatório, contendo, em um deles, por exemplo, ações como justificação da medida, identificação das opções, realização de avaliação e análise, consulta pública, análise científica, suporte e supervisão institucional (*apud* STARONOVA, Katarina. **Analyzing scientific knowledge in documents: the case of regulatory impact assessment** in Human Affairs, 24 (3), julho/2014, p. 299-306), bem como outro, em que se ordenam ações no sentido de selecionar a proposta regulatória desejada, descrever o problema, descrever os objetivos que se pretende atingir, descrever o contexto, exercitar as opções disponíveis, realizar consulta pública e, por fim, realizar uma revisão final (*apud* JACOB, Klaus, WEILAND, Sabine, FERRETTI, Johanna, WASCHER, Dirk, CHODOROWSKA, Daniela. **Integrating the environment in regulatory impact assessments**. Disponível em: < <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Integrating%20RIA%20in%20Decision%20Making.pdf>>. Acesso em: 27.6.2022). Há, ainda, modelos mais simples, em que, após definidos os objetivos primários e secundários, selecionam-se as opções, avalia-se cada uma delas, bem como se procede a análise dos dados obtidos (VOROZHBIT, SAMSONOVA, KORNIENKO, *Op.cit.*, p. 1092). Flávio Saab e Suylan de Almeida Midlej e Silva sugerem um processo de 06 (seis) etapas, em que se realizam atividades de identificação do problema, das suas causas e dos agentes que poderão ser afetados, definição dos objetivos da regulação, identificação das alternativas, realização de análise comparativa entre essas alternativas, elaboração de um plano de monitoramento da regulação, bem como realização de consulta pública (*Op. cit.*, p. 170). Outros autores reconhecem que uma análise de impacto regulatório pode ser necessária numa fase inicial do processo, outra após a realização da consulta pública e, por fim, outra após a aprovação da regulação (KIRKPATRICK, PARKER, ZANG, *Op. cit.*, p. 6). O que se pode depreender, de qualquer maneira, é que todos esses modelos parecem convergir para a necessidade de, pelo menos, observar-se as seguintes ações: identificação e análise do problema e seu contexto, definição dos objetivos a serem perseguidos com a medida pretendida, identificar a proposta regulatória desejada e as suas alternativas/opções, realizar a análise e comparação entre elas, promover consultas públicas, bem como monitorar e supervisionar o desempenho da solução regulatória escolhida.

<sup>398</sup> RADAELLI, *Op. cit.*, p. 3

Todo o processo, segundo o referido autor, permitiria que pressões indevidas de grupos de interesse pudessem ser rastreadas, com especial atenção para o momento da consulta pública – quando, de acordo com ele, o assédio daqueles grupos seria mais facilmente identificado<sup>399</sup>.

De fato, a realização de consultas amplas e a exigência de demonstração explícita da relação de custo-benefício decorrente da regulação que se pretende implementar ajudariam no controle de atividades de *rent seeking*, na medida em que tornaria o processo de produção regulatória mais transparente<sup>400</sup>.

A análise de impacto regulatório, dessa maneira, funcionaria como uma importante barreira para o funcionamento de estruturas governamentais destinadas à manipulação do processo de formulação de políticas públicas<sup>401</sup>, diminuindo a probabilidade da ocorrência de fenômenos de captura do regulador<sup>402</sup>.

Endereçando a análise de impacto regulatório no sentido de evitar a ocorrência de fenômenos como o da captura do regulador, Flávio Saab e Suylan de Almeida Midlej e Silva propõem um modelo analítico segmentado em 03 (três) dimensões.

Em uma primeira dimensão, a análise de impacto regulatório deve ser capaz de promover o monitoramento e o controle de resultado das ações governamentais. Isso seria importante para afinar a regulação ao interesse público e desincentivar a corrupção.<sup>403</sup>

A segunda dimensão do modelo analítico proposto pelos autores tenta endereçar a questão referente à possibilidade de conluio entre reguladores e grupos de interesse, a partir do exame de governança do processo de tomada de decisão<sup>404</sup> - que, de fato, não é substituído pela análise de impacto regulatório, mas, na verdade, é incrementado e enriquecido por ela<sup>405</sup>.

O modelo, nesse particular, envolveria a instituição de colegiados e o seu envolvimento no processo de tomada de decisão<sup>406</sup>. A formação de colegiados para esse fim reduziria a possibilidade de conluio entre reguladores e regulados<sup>407</sup>.

A terceira dimensão do modelo analítico proposto por Flávio Saab e Suylan de Almeida Midlej e Silva seria endereçado à questão da ampliação do espaço para apresentação de pontos

---

<sup>399</sup> RADAELLI, *Ibid.*, p. 4

<sup>400</sup> KIRKPATRICK, PARKER, ZANG, *Op. cit.*, p. 6

<sup>401</sup> CARVALHO, MARQUES, NETTO, *Op. cit.*, p. 120

<sup>402</sup> KIRKPATRICK, PARKER, ZANG, *Op. cit.*, p. 6

<sup>403</sup> *Op. cit.*, p. 171

<sup>404</sup> *Ibid.*, p. 171

<sup>405</sup> KIRKPATRICK, PARKER, ZANG, *Op. cit.*, p. 4

<sup>406</sup> SAAB, MIDDLEJ E SILVA, *Op. cit.*, p. 171

<sup>407</sup> *Ibid.*, p. 171

de vista e de divergências pela sociedade, o que reduziria a probabilidade de produção de regulação enviesada<sup>408</sup>.

Os pesquisadores, a partir daí, cruzaram o modelo proposto com as disposições constantes do Decreto nº 10.411/2020<sup>409</sup>, que regulamenta a análise de impacto regulatório prevista no art. 5º, da Lei nº 13.874/2019<sup>410</sup> e no art. 6º, da Lei nº 13.848/2019<sup>411</sup>, a fim de verificar se aquelas disposições satisfariam os critérios e dimensões propostas para fins de prevenção de corrupção no âmbito do processo de produção regulatória.

Segundo os referidos autores, o Decreto nº 10.411/2020 estabelece algumas etapas no processo de análise de impacto regulatório que poderiam dificultar o processo de captura regulatória.

Dentre eles, seria possível destacar (i) a identificação do problema conforme as demandas da sociedade, (ii) apresentação do racional que embasa a decisão tomada, (iii) definição dos objetivos da política, (iv) estabelecimento dos indicadores para avaliação de resultados, (v) indicação dos agentes potencialmente afetados pela regulação (seja positiva ou negativamente), (vi) apresentação de alternativas, optando-se pela mais adequada, e (vii) formação de colegiados para deliberar sobre o relatório<sup>412</sup>.

Essas etapas, segundo Flávio Saab e Suylan de Almeida Midlej e Silva, inibiriam, pelo lado dos grupos interessados, a “encomenda” de regulação e, pelo lado dos reguladores, a intenção de favorecer aqueles grupos, além de desestimular o conluio entre reguladores e

---

<sup>408</sup> *Ibid.*, p. 171

<sup>409</sup> BRASIL. **Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020**. Regulamenta a análise de impacto regulatório, de que tratam o art. 5º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, e o art. 6º da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/decreto/d10411.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/d10411.htm)>. Acesso em: 31.5.2022

<sup>410</sup> BRASIL. **Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm)>. Acesso em: 31.5.2022

<sup>411</sup> BRASIL. **Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019**. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, altera a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, a Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, e a Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/113848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113848.htm)>. Acesso em: 31.5.2022

<sup>412</sup> SAAB, MIDLEJ E SILVA, *Op. cit.*, p. 175

regulados, onerar o processo de captura e possibilitar a responsabilização dos agentes públicos que optaram pela alternativa menos adequada para o caso concreto<sup>413</sup>.

O ponto, no entanto, é que, apesar de obrigatória para toda a Administração Pública federal<sup>414</sup>, o art. 1º, §3º, do Decreto nº 10.411/2020, exclui, expressamente, a necessidade da realização da análise de impacto regulatório para os casos de decretos presidenciais.

Como visto, o decreto presidencial seria o veículo utilizado (e utilizável) pelo Poder Executivo federal para determinar que segmentos de produtos ou serviços serão favorecidos por margens de preferência em licitações públicas, o percentual dessa margem, os critérios a serem observados para aferir a nacionalidade do produto ou serviço ofertado pelo licitante vencedor, bem como o prazo durante o qual vigorará a medida.

No entanto, o fato de o Decreto nº 10.411/2020 não alcançar os decretos presidenciais não tornaria o ato que vier a estabelecer margens de preferência em favor de determinado segmento de produtos ou serviços totalmente imune à realização de análise de impacto regulatório – ou que seja submetido a um processo similar a este, ainda que não carregue a mesma nomenclatura.

E isto, em primeiro lugar, porque, no caso da Lei nº 8.666/1993, o seu art. 3º, §6º, estabelecem os critérios a serem levados em conta pelo Poder Executivo federal quando da concessão e, posteriormente, renovação de margens de preferência em favor de determinado segmento de produtos e serviços nacionais.

Ou seja, o processo de tomada de decisão quanto à concessão (ou extensão de vigência) de margens de preferência no âmbito da Lei nº 8.666/1993 deve levar em conta o impacto da medida sobre geração de emprego e renda, arrecadação tributária, desenvolvimento e inovação tecnológica e o custo adicional para aquisição/contratação dos respectivos produtos e serviços.

Em segundo lugar, independentemente se uma dada margem de preferência seria estabelecida com base na Lei nº 8.666/1993 ou na Lei nº 14.133/2021, decretos presidenciais devem ser produzidos em consonância com as regras dispostas no Decreto nº 9.191/2017.

Este ato estabelece normas e diretrizes a serem seguidas quando da elaboração de propostas encaminhadas pelos Ministros de Estado ao Presidente da República<sup>415</sup>.

Nos termos do referido Decreto nº 9.191/2017, a Casa Civil da Presidência da República pode, quando julgar conveniente, requerer que o órgão proponente da medida realize “*análise*

---

<sup>413</sup> *Ibid.*, p. 175

<sup>414</sup> SAAB, MENEGUIN, *Op. cit.*, p. 6

<sup>415</sup> Conforme estabelecido no art. 1º, do Decreto nº 9.191/2017.

*prévia de impacto*” da respectiva proposta<sup>416</sup>, além de determinar, inclusive, qual metodologia deverá ser adotada<sup>417</sup>.

Essa determinação, todavia, seria uma faculdade da Casa Civil da Presidência da República que, evidentemente, poderia dispensar a realização da análise prévia de impacto.

No entanto, independentemente disso, as propostas de ato normativo devem, necessariamente, ser encaminhadas por meio de exposição de motivos<sup>418</sup>, a qual deve conter “*síntese do problema*” que se objetiva solucionar, “*justificativa para a edição do ato normativo na forma proposta*”, bem como “*identificação dos atingidos pela norma*”<sup>419</sup>.

Juntamente com a exposição de motivos, o órgão proponente do ato normativo deve apresentar um parecer de mérito<sup>420</sup>, que deve conter, entre outras informações, (i) a análise do problema que o ato visa solucionar, (ii) os objetivos da medida, (iii) o apontamento dos possíveis atingidos, (iv) a estimativa de impacto orçamento-financeiro no exercício em vigor e nos 02 (dois) anos subsequentes, em caso de aumento de despesas ou expansão da ação governamental, e (v) quando couber, o análise de impacto da medida sobre o meio ambiente e outras políticas públicas<sup>421</sup>.

Não bastasse isso, o art. 13, do Decreto nº 9.191/2017 determina, expressamente, que todos os atos normativos produzidos no âmbito da Presidência da República devem ser elaborados a partir da análise das questões propostas no Anexo da referida norma.

Várias das questões ali relacionadas provocam ou induzem a realização do mesmo exercício que, a princípio, seria realizado no âmbito de uma análise de impacto regulatório.

O Anexo ao Decreto nº 9.191/2017 propõe, inicialmente, um exercício de diagnóstico, de modo que sejam mapeados (i) o objetivo que se pretende com a medida, (ii) as razões que levaram o órgão a tomar a iniciativa de propor a medida, (iii) a situação atual do problema em âmbito fático e em âmbito jurídico, (iv) as falhas ou distorções identificadas, (v) as repercussões econômicas, científicas, técnicas e jurisprudencial do problema, (vi) os destinatários alcançados pelo problema, e (vii) as consequências em caso de inação governamental.

Numa segunda etapa, propõe-se um exame de alternativas, no sentido de (i) se investigar as alternativas disponíveis, (ii) apresentar o resultado da análise do problema, suas causas e sobre quais delas incidirá a medida que se busca adotar, (iii) examinar quais instrumentos

---

<sup>416</sup> Conforme art. 24, III, *alínea* “b”, do Decreto, nº 9.191/2017.

<sup>417</sup> Conforme art. 24, III, *alínea* “c”, do Decreto, nº 9.191/2017.

<sup>418</sup> Conforme art. 26, do Decreto nº 9.191/2017.

<sup>419</sup> Conforme art. 27, I, do Decreto nº 9.191/2017.

<sup>420</sup> Conforme art. 30, III, do Decreto nº 9.191/2017.

<sup>421</sup> Conforme art. 32, do Decreto nº 9.191/2017.



podem ser adotados para, mais adequadamente, alcançar o objetivo pretendido (total ou parcialmente), considerando, entre outros aspectos, os encargos para a sociedade, eficácia da medida, custos para o orçamento público e efeitos colaterais.

Mais adiante, o Anexo ao Decreto nº 9.191/2017 convida o autor da normativa a refletir sobre se seria o caso de vigência por prazo determinado ou indeterminado da medida, bem como sobre a oportunidade dela – instando o órgão responsável a investigar o contexto, bem como a refletir sobre se a medida que se pretende adotar deve ser mesmo adotada naquele momento.

Nessa linha, o órgão também é instado a avaliar se será necessário um prazo de adaptação da Administração Pública e dos agentes privados à nova normativa, bem como das estruturas econômicas de produção ou de fornecimento de produtos ou serviços impactados pela norma.

Há, ainda, uma preocupação sobre a dicção da norma que se pretende produzir, de modo que ela seja inteligível pelos seus destinatários e pelos cidadãos.

Impõe-se, além de tudo isso, um exame de exequibilidade da medida, no sentido de se investigar se, em havendo o estabelecimento de normas de conduta, se elas podem ser aplicadas com os meios disponíveis naquele momento, que órgãos devem ser imbuídos da necessária competência para a execução das ações ali dispostas, a opinião das autoridades que executarão as medidas quanto à clareza dos objetivos pretendidos com elas e a possibilidade de executá-las, bem como se foram realizados testes.

O Anexo ao Decreto nº 9.191/2017 traz, ainda, uma seção inteira com questões a respeito dos custos envolvidos com o ato normativo pretendido. Neste particular, a adoção da medida deve ser antecedida de reflexões a respeito (i) da relação custo-benefício da medida, com exame dos ônus a serem impostos aos destinatários e os custos relacionados a procedimentos burocráticos, e (ii) de despesas adicionais diretas e indiretas que, potencialmente, podem ser impostas aos entes federativos.

Por fim, propõe-se que seja determinado como os efeitos do ato serão avaliados, inclusive a periodicidade em que isso deve ocorrer e como ocorrerá a reversão das medidas, em caso de resultados negativos ou insuficientes.

Isso significaria, portanto, que, anteriormente à prolação, em específico, de um decreto presidencial concedendo margem de preferência a determinado segmento de produtos ou serviços nacionais em licitações públicas, seria necessário (i) identificar qual o problema que essa medida visa resolver e suas repercussões e causas, (ii) identificar os *stakeholders* afetados por esse problema, (iii) o objetivo pretendido com a concessão daquela margem de preferência, qual das causas do problema ela pretende atacar, bem como o prazo necessário para tanto, (iv)

compreender de que outras medidas alternativas se poderia lançar mão para sanear aquele problema, inclusive considerando a alternativa de nada fazer, (v) levantar os custos relacionados à adoção da medida pretendida (concessão de margens de preferência) em comparação com aquelas medidas alternativas, (vi) examinar se a estrutura disponível da Administração Pública é suficiente para fiscalizar se os vencedores do futuro certame preenchem os requisitos de nacionalidade de produtos ou serviços que se pretende estabelecer na norma, inclusive mediante oitiva dos agentes envolvidos, (vii) identificar os custos burocráticos que a concessão das margens de preferência trará no âmbito dos processos licitatórios, tanto para o órgão que promoverá a licitação, quanto para os licitantes, e (viii) estabelecer que critérios serão utilizados para determinar se a política de margens de preferência para um determinado setor, em específico, foi ou não exitosa.

Do que se pode depreender de uma análise do Decreto nº 9.191/2017, as etapas por ele propostas relativamente à produção de atos normativos passam substancialmente pelas fases apontadas em linhas anteriores como aquelas que, segundo a literatura, caracterizariam um processo de análise de impacto regulatório, exceção feita à realização de consulta pública<sup>422</sup>.

A ausência de uma fase obrigatória de consulta pública poderia, em tese, comprometer a satisfação da terceira dimensão proposta pelo modelo analítico de autoria de Flávio Saab e Suylan de Almeida Midlej e Silva, destinado a ampliar a participação de atores externos no processo de elaboração normativa.

Isso seria importante em termos de uma política de margens de preferência, uma vez que, conforme George Stigler, uma regulação favorável a um determinado segmento pode, eventualmente, afetar, de forma restritiva ou limitativa, outros segmentos de produtos ou serviços afins<sup>423</sup>.

Além disso, a literatura econômica aponta algumas repercussões possíveis relacionadas a políticas de margens de preferência em compras públicas sobre os preços da economia, em geral, e bem-estar<sup>424</sup>, afetando empresas e consumidores.

Nesse sentido, a ausência de uma fase de consulta pública poderia, de fato, restringir a obtenção de opiniões e, eventualmente, contribuições técnicas provenientes de partes afetadas por uma política de concessão de margens de preferência a um determinado segmento.

---

<sup>422</sup> A grande maioria dos achados sintetizados neste capítulo, como visto, recomendam uma fase de consulta pública dentro do processo de análise de impacto regulatório. No caso do Decreto nº 9.191/2017, entretanto, a realização de consulta pública é uma mera faculdade. A sua realização pode ser requerida pelo órgão proponente da medida, sujeita à avaliação quanto à sua adequação, conveniência e oportunidade pela Casa Civil da Presidência da República (art. 41).

<sup>423</sup> STIGLER, *Op. cit.*, p. 6

<sup>424</sup> EVENETT, HOEKMAN, *Op. cit.*, p. 11-16

A ampliação dos canais de participação social no processo de captura regulatória poderia, inclusive, contribuir para a solução do problema da captura de informação em uma política de margens de preferência, em que, conforme já comentado anteriormente, grupos de interesse atuariam junto aos “supervisores” no sentido de omitir ou manipular informações que poderiam desautorizar a adoção da medida regulatória pretendida por aqueles grupos.

A ausência dessa abertura para o recebimento de outros pontos de vista a respeito da medida poderia, de fato, criar as condições para que um canal único de interlocução entre reguladores e grupos de interesse não fosse “perturbado” por outros *stakeholders*, mantendo, ainda que minimamente, as condições para um processo de captura do regulador.

Indo adiante, de acordo com o Anexo do Decreto nº 9.191/2017, as questões a serem obrigatoriamente percorridas pelo órgão responsável pela medida que se pretende implementar basicamente restringem a análise a uma das várias possíveis metodologias de análise de impacto regulatório (custo-benefício), sendo que a adoção de outras medidas se constituiria, neste caso, uma faculdade, conforme art. 24, III, *alínea* “c”, do Decreto nº 9.191/2017<sup>425</sup>.

Ainda, comparando com o modelo analítico proposto por Flávio Saab e Suylan de Almeida Midlej e Silva, a formação de colegiados para fins de deliberação sobre a adequação da medida proposta não se encontra contemplada no Anexo ao Decreto nº 9.191/2017.

Para os referidos autores, como visto, decisões colegiadas diminuiriam a possibilidade de conluio entre grupos de interesse e as autoridades responsáveis pela formação das políticas públicas<sup>426</sup>, dado que oneraria o processo de captura por aqueles grupos<sup>427</sup>.

---

<sup>425</sup> Vale destacar, todavia, que, no caso dos Estados Unidos da América, a análise de custo-benefício é da essência da análise de impacto regulatório (RADAEELLI, *Op. cit.*, p. 3). No caso da análise retrospectiva de resultados das margens de preferência instituídas no âmbito da Lei nº 8.666/1993 e realizada no final de 2015, optou-se pela utilização da metodologia da matriz insumo-produto (BRASIL, Ministério da Fazenda, *Op. cit.*, p. 5). A metodologia da matriz insumo-produto constitui “*instrumento (...) que permite conhecer os fluxos de bens e serviços produzidos em cada setor da economia, destinados a servir de insumos a outros setores e para atender a demanda final*”, sendo, ainda, útil para “*análises envolvendo os efeitos multiplicadores da renda e do emprego, bem como para estudos de economia regional e urbana*”, sendo considerada “*um instrumento de grande utilidade para analisar os efeitos estruturais de choques na economia (tais como mudanças no preço do petróleo, alterações em tarifas, aumentos de salários ou variações na taxa de câmbio, por exemplo)*”, permitindo “*capturar as interações entre os diversos agentes econômicos, simulando o comportamento de uma economia de mercado*” (CARVALHEIRO, Nelson. **Observações sobre a elaboração da matriz de insumo-produto**. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/rpe/article/view/11766/8487>>. Acesso em: 01.6.2022, p. 139-141).

<sup>426</sup> Até a edição do Decreto nº 10.473/2020, o Decreto nº 7.546/2011 – e que regulamenta a instituição de margens de preferência em licitações públicas no âmbito da Lei nº 8.666/1993 – previa, como já abordado no capítulo inicial deste trabalho, a existência de uma Comissão Interministerial de Compras Públicas, reunindo os então Ministros de Estado da Fazenda, do Planejamento, Orçamento e Gestão, de Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, da Ciência e da Tecnologia, bem como das Relações Exteriores (art. 9º), cabendo a eles, de forma colegiada, a análise de estudos setoriais que viessem a subsidiar a concessão das margens de preferência para determinado segmento de produtos ou serviços, promover as avaliações de impacto econômico dessa política, além de elaborar as proposições normativas relacionadas à fixação daquelas margens em proveito de um dado setor (art. 8º).

<sup>427</sup> SAAB, MIDLEJ E SILVA, *Op. cit.*, p. 171

Aumentando os custos de cooptação a que estariam expostos os grupos interessados, estes tenderiam a se engajar em atividades de *rent seeking* somente se os benefícios decorrentes do estabelecimento de margens de preferência em favor dos produtos ou serviços de seu interesse realmente compensassem os altos custos a serem incorridos para aquele fim.

## CONCLUSÃO

A concessão de margens de preferência em favor de produtos ou serviços nacionais em licitações públicas se encontra, atualmente, previsto tanto na Lei nº 8.666/1993 (que será revogada a partir do mês de abril do ano de 2023), quanto na Lei nº 14.133/2021.

A abordagem conferida às margens de preferência em ambos os diplomas legais possui pontos de convergência e aproximação, ao mesmo tempo em que, por outro lado, apresenta diferenças importantes.

Quanto às diferenças, chama a atenção o fato de a Lei nº 8.666/1993 conferir ao Poder Executivo federal um espaço mais limitado quanto à decisão de se conferir a um determinado segmento de produtos ou serviços uma margem de preferência em relação a seus equivalentes estrangeiros.

É que, de acordo com aquele diploma legal, essa decisão deve ser guiada por alguns critérios, como o impacto da medida sobre emprego e renda, desenvolvimento e inovação tecnológica, arrecadação tributária e custos de contratação dos produtos ou serviços contemplados pela medida.

Essa preocupação – ao menos de forma expressa – não consta da Lei nº 14.133/2021, uma vez que, ali, exige-se apenas que a decisão quanto à concessão das margens de preferência seja fundamentada. Isso, como mencionado, abriria a possibilidade de que a decisão levasse em conta outros critérios que não exatamente aqueles previstos pela Lei nº 8.666/1993.

Em relação aos pontos de convergência, ambos os diplomas contemplam a possibilidade de concessão de margens de preferência adicionais, quando o produto ou serviço contemplado pela política envolver a realização de atividades de desenvolvimento e inovação tecnológica no país.

Além disso, tanto na Lei nº 8.666/1993, quanto na Lei nº 14.133/2021, cabe ao Poder Executivo federal definir os segmentos de produtos ou serviços a serem beneficiados, a medida percentual da margem de preferência em relação aos equivalentes estrangeiros, os critérios a serem observados para fins de aferição da nacionalidade do produto ou serviço, bem como o prazo durante o qual a medida deverá vigorar.

Essa política de margens de preferência, no Brasil, parece estar muito mais voltada ao incremento do nível de atividade econômica do que, efetivamente, à redução dos custos de contratação dos produtos ou serviços eventualmente contemplados pela referida margem de preferência. A literatura aponta ambos os aspectos como possíveis alvos de uma política de margens de preferência para produtos e serviços nacionais em compras governamentais.

No Brasil, a experiência da aplicação da política de margens de preferência no âmbito da Lei nº 8.666/1993 não demonstrou ter havido contribuição para a redução dos custos de contratação dos produtos e serviços que foram beneficiados com decretos concessivos de margens de preferência.

Isso não impediu, como visto, que a prorrogação da vigência daqueles decretos fosse recomendada pelos órgãos governamentais competentes.

Outros aspectos, como a impossibilidade de aplicação de margens em proveito de produtos ou serviços estrangeiros que, eventualmente, apresentassem desvantagem comparativa de custos em relação aos seus equivalentes nacionais, bem como a inexistência de um percentual fixo de margem a ser aplicado favoravelmente aos produtos ou serviços nacionais, reforçam a ideia de que a política brasileira de margens de preferência possui objetivo predominantemente “distributivo”.

Em se tratando, portanto, de uma política que favoreceria os lucros das empresas domésticas, a obtenção de uma margem de preferência que favorecesse os seus produtos ou serviços em detrimento de seus congêneres estrangeiros poderia ser de interesse dessas empresas.

É que uma margem de preferência em licitações públicas poderia funcionar, em certa medida, tanto como uma espécie de “tarifa” contra os produtos ou serviços estrangeiros, quanto como uma ferramenta de controle de ingresso de fornecedores estrangeiros no mercado de compras governamentais.

Nesse sentido, a partir da ideia de que a regulação pode ser considerada como um produto disponibilizado no mercado, empresas domésticas interessadas na obtenção de margens de preferência para seus produtos ou serviços poderiam engajar-se em atividades de *rent seeking*, empreendendo esforços e recursos no sentido de obter aquilo que desejam.

Isso poderia ocorrer tanto diretamente junto aos próprios agentes responsáveis pela tomada de decisão, quanto junto aos níveis da estrutura governamental responsáveis por subsidiar os tomadores de decisão a respeito de informações relevantes sobre uma determinada iniciativa em torno da concessão de margens de preferência em benefício de um determinado segmento de produtos ou serviços.

Esse assédio de grupos interessados sobre os responsáveis pela formulação de políticas públicas com a finalidade de viabilizar a emissão de um decreto que concedesse margens de preferência em licitações públicas que favorecessem seus produtos ou serviços configuraria um processo de captura regulatória.

Por outro lado, os esforços e recursos que viessem a ser dedicados por aqueles grupos dentro daquele processo de captura poderiam, ao mesmo tempo, ser de interesse dos agentes públicos responsáveis pela tomada de decisão ou por subsidiar os tomadores de decisão com informações referentes à concessão de margens de preferência em licitações públicas.

E isso porque também os agentes públicos podem, eventualmente, agir racionalmente, perseguindo interesses egoísticos, mesmo no exercício de atividade pública.

A busca por recursos financeiros que auxiliem a operação de partidos políticos e a obtenção de votos nas próximas eleições – sobretudo em ambientes de democracia representativa – podem fazer com que os agentes envolvidos, direta ou indiretamente, no processo de tomada de decisão regulatória (em todos os níveis de estrutura governamental) desconsiderem os objetivos impessoais que uma política de margens de preferência deve atingir.

Neste caso, aqueles agentes optariam por simplesmente favorecer as empresas domésticas que estiverem mais dispostas a empreender recursos no sentido de que seja produzido o ato que estabeleça margens de preferência favoravelmente aos produtos ou serviços que sejam de seu interesse.

Grupos maiores e mais concentrados, assim, teriam maior propensão em obter uma política de margens de preferência favoravelmente a seus produtos ou serviços, caso seja de seu interesse. Esses grupos teriam maior capacidade de lidar com todos os custos envolvidos em um processo de captura regulatória.

No entanto, tais grupos estariam dispostos a empreender esforços no sentido de obtenção de uma medida que beneficiasse seus produtos ou serviços em licitações apenas até o limite em que os benefícios dela decorrentes não fossem superados pelos custos necessários para tanto.

Dado esse cenário, discute-se, então, que freios ou incentivos o sistema jurídico brasileiro conferiria para, respectivamente, inviabilizar ou estimular um processo de captura regulatória no que diz respeito às margens de preferência para produtos ou serviços nacionais em licitações públicas.

Considerando que o estabelecimento daquelas margens de preferência se dá por meio de decretos presidenciais – que constitui ato administrativo discricionário, por excelência -, e que um processo de captura regulatória distorce a finalidade e o propósito da ação pública (direcionando-a à satisfação de interesses privados), dois pontos devem ser considerados: (i) o controle da legalidade do ato em razão de desvio de finalidade, e (ii) a possibilidade de controle do mérito do ato que concede a um determinado segmento de produtos ou serviços margens de preferência em licitações.

Embora, do ponto de vista abstrato, seja possível que, resultando de um processo de captura regulatória, um decreto que fixe margens de preferência tenha sua validade disputada, a literatura se coloca um pouco cética quanto à viabilidade prática de se promover a invalidação de um ato por desvio de finalidade.

E isso, sobretudo, porque a intenção de satisfação de interesse privado vem, não raro, simulada e ocultada por meio do emprego e do recurso a certos termos que disfarçam a sua real finalidade, aparentando um suposto direcionamento à satisfação do bem comum e dificultando a prova do desvio.

Igual sorte parece haver quando se discute a possibilidade de se discutir a validade de um ato a partir do exame dos critérios de conveniência e oportunidade que embasaram a sua prolação.

Muito embora, em âmbito doutrinário, surjam algumas vozes no sentido de admitir, em alguns casos, a revisão judicial do mérito administrativo, tanto a literatura, quanto, notadamente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, parecem ainda se posicionar, substancialmente, na direção da impossibilidade de o Poder Judiciário avançar sobre os critérios de conveniência e oportunidade que levaram a Administração Pública a decidir de uma dada maneira.

Nesse sentido, ainda que um decreto concessivo de margens de preferência em favor de um determinado segmento de produtos ou serviços tenha se distanciado dos critérios que deveriam embasar uma decisão dessa natureza (ou mesmo sopesado esses critérios de forma inapropriada), inclusive com a finalidade de beneficiar um determinado grupo, haveria uma barreira que impediria que o Poder Judiciário pudesse praticar qualquer ingerência no sentido de corrigir o ato.

Ou seja, considerando-se, de um lado, as dificuldades relacionadas ao controle do ato por desvio de finalidade e, de outro, a impossibilidade de um controle judicial dos critérios de conveniência e oportunidade que, eventualmente, forma considerados para a prolação do decreto presidencial, tais fatores não serviriam para desincentivar um processo de captura regulatória em âmbito de concessão de margens de preferência em favor de produtos e serviços nacionais em licitações públicas.

Por outro lado, as disposições constantes do Decreto nº 9.191/2017, aplicáveis à atividade normativa do Poder Executivo Federal, parecem aproximar todo o processo que antecede a produção de um decreto presidencial concessivo de margens de preferência em licitações públicas a um rito pertencente (ainda que parcialmente) à análise de impacto regulatório.



A análise de impacto regulatório, embora não substitua o processo decisório levado a cabo pelas autoridades, subsidia fortemente esse processo, conferindo e oferecendo elementos que permitam aos reguladores considerar, antecipadamente, as repercussões e impactos da medida que pretendem adotar em várias dimensões, tais como social, econômica e ambiental.

Nessa linha, o Decreto nº 9.191/2017 obrigaria os formuladores da iniciativa de se conferir margens de preferência em licitações públicas em benefício de um determinado segmento a (i) investigar qual seria o problema a ser resolvido por essa medida, (ii) identificar as causas e repercussões desse problema, bem como os atingidos por ele; (iii) estabelecer qual o objetivo em torno da opção por se conferir margem de preferência em favor daquele segmento de produto ou serviço, em específico, (iv) identificar qual das causas do problema se pretende atacar com essa medida, (v) investigar qual o prazo durante o qual seria necessário que aquela margem de preferência perdurasse, (vi) levantar os custos que serão impostos à sociedade, às partes envolvidas e à Administração Pública (inclusive os burocráticos) a partir do estabelecimento daquela margem de preferência, (vii) examinar se a Administração Pública se encontra adequadamente estruturada para atender a todas as exigências necessárias para cumprimento das margens de preferência em cada processo licitatório, (viii) examinar que outras medidas alternativas à Administração Pública poderia lançar mão para, de forma mais eficiente, atingir o mesmo objetivo e atacar o problema identificado, e (ix) estabelecer os critérios que deverão ser observados para fins de monitoramento e avaliação do resultado do ato de concessão de margens de preferência em proveito de um determinado segmento de produtos ou serviços, em específico.

A partir desse processo, novos decretos que viessem a estabelecer margens de preferência seriam resultado de um processo profundo de maturação, reflexão e aprofundamento quanto à sua viabilidade e vocação para atingimento dos resultados imaginados.

A necessidade de enfrentamento dessas questões pelos atores envolvidos conferiria maior nível de transparência ao processo decisório referente à concessão de margens de preferência, permitindo que a sociedade possa identificar, claramente, o racional que embasou aquela decisão, bem como possa monitorar e acompanhar os seus resultados.

Isso permitiria, como consequência, que governantes fossem penalizados pelos eleitores (*accountability*) quando a concessão de margens de preferência em favor de um determinado setor não produzisse os resultados imaginados – mas apenas satisfazendo interesses isolados dos respectivos setores beneficiados.

Esses fatores, de alguma maneira, poderiam desincentivar eventual processo de captura regulatória quando da decisão em torno da concessão de margens de preferência favoravelmente a um determinado segmento de produtos ou serviços em licitações públicas.

Por outro lado, é importante destacar que somente aqueles fatores não seriam inteiramente suficientes. Etapas como a de realização de consultas públicas, bem como submissão da decisão quanto à fixação (ou não) de margens de preferência em prol de um determinado grupo de produtos ou serviços um colegiado, são apontados como relevantes para fins de se proteger o processo decisório de iniciativas de captura regulatória.

A consulta pública permitiria que partes afetadas por uma política de margens de preferência pudessem contribuir para o processo decisório com a apresentação de informações e dados sobre o assunto, bem como sugestões para a resolução do problema que, por meio daquela política, se pretende atacar.

Uma etapa de consulta pública, assim, poderia tornar menos eficaz um processo de captura de informações, na medida em que os tomadores de decisão não estariam restritos aos dados e informações obtidos apenas dos “supervisores”.

A decisão em torno da concessão de margens de preferência a certo segmento de produtos ou serviços, nesse sentido, gozaria de maior legitimidade.

Além disso, a obrigatoriedade de que um colegiado delibere sobre o prosseguimento de uma medida daquela natureza, além de viabilizar o envolvimento e conferir voz ativa a outras autoridades ou órgãos governamentais que, eventualmente, pudessem ser lateralmente afetados pela medida, adiciona novos membros decisores, elevando os custos de captura quando comparados a indivíduos decisores isolados.

A existência de um colegiado decisor, portanto, pode inibir ou desestimular a prática de captura regulatória em casos de concessão de margens de preferência em licitações públicas, limitando a sua incidência somente em casos em que os benefícios decorrentes dessa medida realmente compensassem os custos a serem incorridos pelos respectivos grupos interessados.

Nesse sentido, concluímos que os mecanismos trazidos pelo Decreto nº 9.191/2017, embora relevantes para se evitar um processo de captura do regulador na atividade de concessão de margens de preferência para produtos ou serviços nacionais em licitações públicas, seriam apenas parcialmente eficazes para aquela finalidade.

A partir dessas considerações, portanto, seria recomendável que o processo decisório em torno da concessão de margens de preferência em favor de produtos e serviços nacionais fosse, no caso da Lei nº 8.666/1993, complementado e, no caso da Lei nº 14.133/2021, formalizado, no sentido de:

(1) Ser reforçada a necessidade de observância e cumprimento das etapas previstas no Anexo do Decreto nº 9.191/2017, sobretudo quanto (i) identificação do problema, suas causas, repercussões e grupos atingidos, (ii) definição do objetivo da medida e as causas do problema que se pretende atacar, (iii) exame dos ônus impostos a todos os envolvidos (inclusive à Administração Pública para fins de adequação estrutural para seu cumprimento) como consequência da medida, (iv) identificação das alternativas disponíveis e realização de análise comparativa, e (v) critérios a serem observados para monitoramento de resultados, observando-se, no caso da Lei nº 8.666/1993, os parâmetros dispostos no seu art. 3º, §6º.

(2) Estabelecer uma etapa de consulta pública logo após a propositura da medida, bem como após a conclusão das etapas previstas no Anexo do Decreto nº 9.191/2017, a fim de ampliar o canal de interlocução com todos os potenciais atingidos pelo futuro e eventual decreto concessivo de margens de preferência; e

(3) Estabelecer a criação de uma comissão composta por integrantes dos Ministérios ou Secretarias direta ou indiretamente afetados pela política de margens de preferência, a fim de que a decisão final em torno da concessão de tais margens a um determinado segmento de produtos ou serviços seja submetido à análise e deliberação colegiada.

## REFERÊNCIAS

ADELLE, Camilla. MACRAE, Donald. MARUSIC, Andreja. FAISAL, Naru. **New development: regulatory impact assessment in developing countries: tales from the road to good governance** in *Public Money & Management*, vol. 35, mar/2015

ALCAZAR, Mariana Baena del. **Sobre el concepto de fomento**. In *Revista de Administración Pública*. n° 54. Madrid: 1967

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes, de. **Contratos administrativos** in *Direito dos Contratos II*. Quartier Latin. São Paulo: 2008

ARAÚJO, Fabiano de Figueiredo. **As margens de preferência em licitações públicas: o uso da contratação governamental como instrumento de regulação e as falhas regulatórias**. S2 Books. Brasília: 2016

ARROWSMITH, Sue. **Horizontal policies in public procurement: a taxonomy** in *Journal of Public Procurement*. Vol. 10. Summer/2010

BALDWIN, Robert. **Nontariff distortions of international trade**. The Brookings Institution: Washington, 1970

BANCO MUNDIAL. **World bank national accounts data, and OECD national accounts data files**. Disponível em: [https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.KD?most\\_recent\\_value\\_desc=false](https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.KD?most_recent_value_desc=false). Acesso em: 20.9.2021

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil**. 3ª ed. Saraiva. São Paulo: 2007

BOEHM, Frédéric. **Regulatory capture revisited - Lessons from economics of corruption**. Disponível em: <https://www.icgg.org/downloads/Boehm%20-%20Regulatory%20Capture%20Revisited.pdf>. Acesso em: 09.5.2022

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10.2.2022.

BRASIL. Ministério de Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. **Portaria nº 279, de 18 de novembro de 2011**. Dispõe sobre o Regime de Origem para Compras Governamentais. Disponível em: <[https://www.gov.br/produktividade-e-comercio-exterior/pt-br/arquivos/dwnla\\_1346865240.pdf](https://www.gov.br/produktividade-e-comercio-exterior/pt-br/arquivos/dwnla_1346865240.pdf)>. Acesso em: 20.3.2022

BRASIL. Ministério da Economia. **Decretos**. Disponível em: <<https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao/decretos-vigentes>>. Acesso em: 17.3.2022

BRASIL. **Decreto nº 7.601, de 7 de novembro de 2011**. Estabelece a aplicação de margem de preferência nas licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de produtos de confecções, calçados e artefatos, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/decreto/d7601.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7601.htm)>. Acesso em: 17.3.2022

BRASIL. **Decreto nº 7.709, de 3 de abril de 2012**. Estabelece a aplicação de margem de preferência nas licitações realizadas no âmbito da Administração Pública Federal para aquisição de retroscavadeiras e motoniveladoras descritas no Anexo I, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/decreto/D7709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/D7709.htm)>. Acesso em: 17.3.2022

BRASIL. **Decreto nº 7.713, de 3 de abril de 2012**. Estabelece a aplicação de margem de preferência nas licitações realizadas no âmbito da Administração Pública Federal para aquisição de fármacos e medicamentos descritos no Anexo I, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/decreto/d7713.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7713.htm)>. Acesso em: 17.3.2022

BRASIL. **Decreto nº 7.756, de 14 de junho de 2012**. Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de produtos de confecções, calçados e artefatos, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666,

de 21 de junho de 1993. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/decreto/D7756.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/D7756.htm)>. Acesso em: 17.3.2022

**BRASIL. Decreto nº 7.767, de 27 de junho de 2012.** Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de produtos médicos para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/decreto/d7767.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7767.htm)>. Acesso em: 17.3.2022

**BRASIL. Decreto nº 7.810, de 20 de setembro de 2012.** Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de papel-moeda, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/decreto/D7810.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/D7810.htm)>. Acesso em: 17.3.2022

**BRASIL. Decreto nº 7.812, de 20 de setembro de 2012.** Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de veículos para vias férreas, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/decreto/d7812.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7812.htm)>. Acesso em: 17.3.2022

**BRASIL. Decreto nº 7.816, de 28 de setembro de 2012.** Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de caminhões, furgões e implementos rodoviários, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/decreto/d7816.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7816.htm)>. Acesso em: 17.3.2022

**BRASIL. Decreto nº 7.840, de 12 de novembro de 2012.** Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de perfuratrizes e patrulhas mecanizadas, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/decreto/D7840.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/D7840.htm)>. Acesso em: 17.3.2022

BRASIL. **Decreto nº 7.843, de 12 de novembro de 2012.** Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de disco para moeda, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/decreto/D7843.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/D7843.htm)>. Acesso em: 17.3.2022

BRASIL. **Decreto nº 7.903, de 4 de fevereiro de 2013.** Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de equipamentos de tecnologia da informação e comunicação que menciona. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/decreto/d7903.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7903.htm)>. Acesso em: 17.3.2022

BRASIL. **Decreto nº 8.002, de 14 de maio de 2013.** Altera o Decreto nº 7.709, de 3 de abril de 2012, e o Decreto nº 7.840, de 12 de novembro de 2012, para dispor sobre margens de preferência na aquisição de pás carregadoras, tratores de lagarta e produtos afins, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/decreto/d8002.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d8002.htm)>. Acesso em: 17.3.2022

BRASIL. **Decreto nº 8.167, de 23 de dezembro de 2013.** Altera o Decreto nº 7.756, de 14 de junho de 2012, para dispor sobre margens de preferência na aquisição de produtos de confecções, calçados e artefatos, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/decreto/D8167.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/D8167.htm)>. Acesso em: 17.3.2022

BRASIL. **Decreto nº 8.170, de 23 de dezembro de 2013.** Altera o Decreto nº 7.843, de 12 de novembro de 2012, para dispor sobre margens de preferência na aquisição de disco para moeda, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/decreto/D8170.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/D8170.htm)>. Acesso em: 17.3.2022

BRASIL. **Decreto nº 8.171, de 23 de dezembro de 2013.** Altera o Decreto nº 7.816, de 28 de setembro de 2012, para dispor sobre margens de preferência na aquisição de caminhões, furgões

e implementos rodoviários, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/decreto/D8171.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/D8171.htm)>. Acesso em: 17.3.2022

**BRASIL. Decreto nº 8.184, de 17 de janeiro de 2014.** Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de equipamentos de tecnologia da informação e comunicação, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/decreto/D8184.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/decreto/D8184.htm)>. Acesso em: 17.3.2022

**BRASIL. Decreto nº 8.185, de 17 de janeiro de 2014.** Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de aeronaves executivas, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/decreto/D8185.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/decreto/D8185.htm)>. Acesso em: 17.3.2022

**BRASIL. Decreto nº 8.186, de 17 de janeiro de 2014.** Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de licenciamento de uso de programas de computador e serviços correlatos, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/decreto/D8186.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/decreto/D8186.htm)>. Acesso em: 17.3.2022

**BRASIL. Decreto nº 8.194, de 12 de fevereiro de 2014.** Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de equipamentos de tecnologia da informação e comunicação, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/decreto/d8194.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/decreto/d8194.htm)>. Acesso em: 17.3.2022

**BRASIL. Decreto nº 8.223, de 3 de abril de 2014.** Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de brinquedos, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/decreto/D8223.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/decreto/D8223.htm)>. Acesso em: 17.3.2022



BRASIL. **Decreto nº 8.224, de 3 de abril de 2014**. Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de máquinas e equipamentos, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/decreto/D8224.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/decreto/D8224.htm)>. Acesso em: 17.3.2022

BRASIL. **Decreto nº 8.626, de 30 de dezembro de 2015**. Altera os Decretos que especifica, para prorrogar o prazo de vigência das margens de preferência. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/decreto/D8626.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/D8626.htm). Acesso em: 17.3.2022

BRASIL. **Decreto nº 9.191, de 1º de novembro de 2017**. Estabelece as normas e as diretrizes para elaboração, redação, alteração, consolidação e encaminhamento de propostas de atos normativos ao Presidente da República pelos Ministros de Estado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/decreto/D9191.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9191.htm)>. Acesso em: 01.6.2022

BRASIL. **Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020**. Regulamenta a análise de impacto regulatório, de que tratam o art. 5º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, e o art. 6º da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/decreto/d10411.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/d10411.htm)>. Acesso em: 31.5.2022

BRASIL. **Decreto nº 10.473, de 24 de agosto de 2020**. Declara a revogação, para os fins do disposto no art. 16 da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, de decretos normativos. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/decreto/D10473.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10473.htm)>

BRASIL. **EMI nº 104/MP/MF/MEC/MCT**. 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: 01.2.2022

**BRASIL. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4320.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm)>. Acesso em 15.2.2022

**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. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm)>. Acesso em: 05.2.2022

**BRASIL. Lei nº 12.349, de 15 de dezembro 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 do art. 2º da Lei nº 11.273, de 6 de fevereiro de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/l12349.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12349.htm)>. Acesso em: 02.2.2022

**BRASIL. Lei nº 13.844, de 18 de junho de 2019.** Estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios; altera as Leis nºs 13.334, de 13 de setembro de 2016, 9.069, de 29 de junho de 1995, 11.457, de 16 de março de 2007, 9.984, de 17 de julho de 2000, 9.433, de 8 de janeiro de 1997, 8.001, de 13 de março de 1990, 11.952, de 25 de junho de 2009, 10.559, de 13 de novembro de 2002, 11.440, de 29 de dezembro de 2006, 9.613, de 3 de março de 1998, 11.473, de 10 de maio de 2007, e 13.346, de 10 de outubro de 2016; e revoga dispositivos das Leis nºs 10.233, de 5 de junho de 2001, e 11.284, de 2 de março de 2006, e a Lei nº 13.502, de 1º de novembro de 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13844.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13844.htm)>. Acesso em: 20.3.2022

**BRASIL. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019.** Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nºs 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de

dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm)>. Acesso em: 31.5.2022

BRASIL. **Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019**. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, altera a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, a Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, e a Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/113848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113848.htm)>. Acesso em: 31.5.2022

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm)>. Acesso em: 05.2.2022

BRASIL. Ministério da Economia. **Decretos**. Disponível em: <<https://www.gov.br/compras/pt-br/acesso-a-informacao/legislacao/decretos-vigentes>>. Acesso em: 17.3.2022

BRASIL. Ministério da Economia. **Painel de Compras Públicas**. Disponível em: <<http://paineldecompras.economia.gov.br/empenhos>>. Acesso em: 21.9.2021

BRASIL. Ministério da Fazenda. **Avaliação de impacto das margens de preferências nas compras governamentais**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/avaliacao-impacto-compras-governamentais.pdf>>. Acesso em 13.05.2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). **Recurso em Mandado de Segurança**, RMS 24.699-9/DF. Relator: Eros Grau. Julgamento: 30.11.2004. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=370238>>. Acesso em: 30.6.2022

BRANCO, Fernando. **Favoring domestic firms in procurement contracts** in *Journal of International Economics*, vol. 37, 1994

BRETON, Albert. SALOMON, Pierre. **Are discriminatory procurement policies motivated by protectionism?** *Kyklos*. Vol. 49, fev/1996

CAMELO, Bradson. NOBREGA, Marcos. TORRES, Ronny Charles de. **Análise econômica das licitações e contratos**. Editora Fórum. Belo Horizonte: 2022

CARBONI, Chiara. IOSSA, Elisabetta. MATTERA, Gianpiero. **Barriers towards foreign firms in international public procurement markets: a review** in *Economia e Politica Industriale: Journal of Industrial and Business Economics*: Springer, vol. 45, mar/2018

CARVALHEIRO, Nelson. **Observações sobre a elaboração da matriz de insumo-produto**. Disponível em: < <https://revistas.pucsp.br/index.php/rpe/article/view/11766/8487>>. Acesso em: 01.6.2022

CARVALHO, Bruno Eustáquio Ferreira Castro de. MARQUES, Rui Cunha. NETTO, Oscar de Moraes Cordeiro. **Regulatory impact assessment (RIA): from the state of art until conceptual and framework proposal model**. In: *International Journal of Contemporary Management*, mar/2017

CASTRO, Luciano de. **O que são margens de preferência e como elas afetam as compras públicas?**, Disponível em: <[CHIERICHELLA, John. \*\*The Buy American Act and the use of foreign sources in federal procurement – an issues analysis\*\* in \*Public Contract Law Journal\*, n. 2, vol. 9, December/1977](http://www.brasil-economia-governo.org.br/2016/12/05/o-que-sao-margens-de-preferencia-e-como-elas-afetam-as-compras-publicas/#:~:text=e%20gest%C3%A3o%20p%C3%ABlicas,O%20que%20s%C3%A3o%20margens%20de%20prefer%C3%A4ncia,elas%20afetam%20as%20compras%20p%C3%ABlicas%3F&text=Margens%20de%20prefer%C3%A4ncia%20s%C3%A3o%20vantagens,governos%20d%C3%A3o%20a%20fornecedores%20nacionais.>. Acesso em: 10.2.2022</p></div><div data-bbox=)

CHINA. **Lei de compras governamentais da República Popular da China (Ordem Presidencial nº 68)**. Disponível em: <[http://www.npc.gov.cn/zgrdw/englishnpc/Law/2007-12/06/content\\_1382108.htm](http://www.npc.gov.cn/zgrdw/englishnpc/Law/2007-12/06/content_1382108.htm)>

COOTER, Robert. ULEN, Thomas. **Direito & economia**. 5ª ed., Bookman. Porto Alegre: 2010

DANTAS, Adriana. VIANNA, Fernando Villela de Andrade. **As margens de preferência na nova lei de licitações, o risco de captura e o paradoxo regulatório**. Disponível em: <<https://www.agenciainfra.com/blog/infradebate-as-margens-de-preferencia-na-nova-lei-de-licitacoes-o-risco-de-captura-e-o-paradoxo-regulatorio/>>. Acesso em: 15.2.2022

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **A snapshot of government wide contracting for FY 2019**. Disponível em: <<https://www.gao.gov/blog/snapshot-government-wide-contracting-fy-2019-infographic>>. Acesso em: 08.1.2022

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **A snapshot of government wide contracting for FY 2020**. Disponível em <<https://www.gao.gov/blog/snapshot-government-wide-contracting-fy-2020-infographic>>. Acesso em: 08.1.2022

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Buy American (Chapter 83)**. Disponível em: <<https://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title41/subtitle4/chapter83&edition=prelim>>. Acesso em: 28.3.2022

DAL BÓ, Ernesto. **Regulatory capture: a review** in Oxford Review of Economic Policy, nº 2, vol. 22, summer/2006

EVENETT, Simon. HOEKMAN, Bernard. **Government procurement: How does discrimination matter?** Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/228427316\\_Government\\_Procurement\\_How\\_Does\\_Discrimination\\_Matter](https://www.researchgate.net/publication/228427316_Government_Procurement_How_Does_Discrimination_Matter)>. Acesso em: 24.3.2022

FAGUNDES, Seabra. **Conceito de mérito no direito administrativo**. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/11830/10758>>. Acesso em: 20.5.2022

FERREIRA, Daniel. GIUSTI, Anna Flavia Camilli Oliveira. **A licitação pública como instrumento de concretização do direito fundamental ao desenvolvimento sustentável** *in* Revista de Direito Administrativo & Constitucional, ano 12, nº 48: Belo Horizonte, abr/jun 2012

FIESP. **Pesquisa “Margem de preferência em compras públicas”**. Disponível em [https://www.abregel.org.br/wp-content/uploads/2021/06/F047\\_Margem-de-prefere%CC%82ncia-em-compras-pu%CC%81blicas.pdf](https://www.abregel.org.br/wp-content/uploads/2021/06/F047_Margem-de-prefere%CC%82ncia-em-compras-pu%CC%81blicas.pdf). Acesso em: 15.5.2021

FORTINI, Cristiana. OLIVEIRA, Rafael Sergio Lima de. CAMARÃO, Tatiana (Coordenadores). **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Vol. I (art. 1º ao 70). Editora Fórum. Belo Horizonte: 2022

FRIEDMAN, Milton. **Capitalism and Freedom**. 40ª ed. The University of Chicago Press. Chicago: 2002

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2007

HOLCOMBE, Randall. **Advanced introduction to public choice**. Edward Elgar Publishing. Massachusetts: 2016

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10ª ed., Revista dos Tribunais. São Paulo: 2014

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15ª ed., Dialética, São Paulo: 2012

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Revista dos Tribunais, São Paulo: 2021

KELSEN, Hans. **A garantia jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional)**. Tradução: CLEAVER, Jean François *in* Revista de Direito Público, nº 1, jul-set/2003

KEULEMANS, Shelena. VAN DE WALLE, Steve. **Cost-effectiveness, domestic favouritism and sustainability in public procurement: a comparative study of public preferences** *in* International Journal of Public Sector Management, vol. 30, mai/2017

KIRKPATRICK, Colin. PARKER, David. ZANG, Yin-Fang. **Regulatory impact assessment in developing and transition economies: a survey of current practice and recommendations for further development.** Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/228805965\\_Regulatory\\_impact\\_assessment\\_in\\_developing\\_and\\_transition\\_economies\\_A\\_survey\\_of\\_current\\_practice\\_and\\_recommendations\\_for\\_further\\_development](https://www.researchgate.net/publication/228805965_Regulatory_impact_assessment_in_developing_and_transition_economies_A_survey_of_current_practice_and_recommendations_for_further_development)>. Acesso em: 30.5.2022

JACOB, Klaus, WEILAND, Sabine, FERRETTI, Johanna, WASCHER, Dirk, CHODOROWSKA, Daniela. **Integrating the environment in regulatory impact assessments.** Disponível em: <<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Integrating%20RIA%20in%20Decision%20Making.pdf>>. Acesso em: 27.6.2022

LAFFONT, Jean-Jacques. TIROLE, Jean. **Auction design and favoritism** *in* International Journal of Industrial Organization. Elsevier: mar/1991

LAFFONT, Jean-Jacques. TIROLE, Jean. **The politics of government decision-making: a theory of regulatory capture** *in* The Quarterly Journal of Economics. n° 4, vol. 106, nov/1991

LOWINGER, Thomas C. **Discrimination in government procurement of foreign goods in the U.S. and Western Europe** *in* Southern Economic Journal, n° 3, vol. 42, jan/1976

LUCKEY, John. **The Buy American Act: requiring government procedures to come from domestic resources.** Disponível em: <[https://digital.library.unt.edu/ark:/67531/metacrs10532/m1/1/high\\_res\\_d/97-765A\\_2008Aug29.pdf](https://digital.library.unt.edu/ark:/67531/metacrs10532/m1/1/high_res_d/97-765A_2008Aug29.pdf)>. Acesso em: 18.7.2022

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Parte IV – Regulação** *in* Tratado de direito administrativo: funções administrativas do Estado. V. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019

McAFEE, Preston. McMILLAN, John. **Government procurement and international trade** in *Journal of International Economics*, vol. 26, 1989

MCCRUDEN, Christopher. **Using public procurement to achieve social outcomes.** in *Natural Resources Forum*. Vol. 28. 2004

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

MENEGUIN, Fernando. SAAB, Flavio. **Análise de impacto regulatório: perspectivas a partir da lei da liberdade econômica.** Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas de Consultoria Legislativa (Senado Federal), mar/2020

MENEZES, Flavio. MONTEIRO, Paulo. **Por que favorecer firmas nacionais?** In *Revista Brasileira de Economia*. Fundação Getúlio Vargas, n. 4, vol. 55, set/2001

MYERSON, Roger. **Optimal auction design** In *Mathematics of Operation Research*, nº1, vol. 6, fev/1981

MONTENEGRO NETO, Eurico Soares. BLANCHETE. Luiz Alberto. **A instituição de margens de preferência em licitações e seus efeitos benéficos sobre o desenvolvimento nacional sustentável** in *Revista Pensamento Jurídico*, nº 2, vol. 11, jul-dez/2017

NAEGELEN, Florence. MOUGEOT, Michel. **Discriminatory public procurement policy and cost reduction incentives** in *Journal of Public Economics*, vol. 67, 1998

NORTH, Douglass C. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance**. New York: Cambridge University Press: 2018

PIGHINI, Bruno Chagas, GOMES, Magno Federeci. **Da margem de preferência nas licitações e empresas estrangeiras** in *Direito, Estado e Sociedade*, nº 42, jan-jul/2013

POSNER, Richard. **Theories of Economic Regulation**. Disponível em: <  
[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=259352#:~:text=One%20is%20the%20](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=259352#:~:text=One%20is%20the%20)



%22public%20interest,inefficient%20or%20inequitable%20market%20practices.>, Acesso em: 06.5.2022

QIAO, Yuhua, THAI, Khi, CUMMING, Glen. **State and local procurement preferences: a survey** *In* Journal of Public Procurement, vol. 9, Issues 3 & 4

RADAELLI, Claudio. **Regulatory impact assessment**. Disponível em: <<http://protego-erc.eu/wp-content/uploads/2021/01/Radaelli-2020-Regulatory-Impact-Assessment-FINAL-Radaelli-after-rev-by-AB.pdf>>. Acesso em: 01.6.2022

RIBEIRO, Cassio Garcia; INACIO JUNIOR, Edmundo. **O mercado de compras governamentais brasileiro (2006-2017): mensuração e análise**. Disponível em: <[http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9315/1/td\\_2476.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9315/1/td_2476.pdf)>. Acesso em: 21.10.2021

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009

ROSILHO, André. BRAGA, André de Castro. **Está na hora de repensar o modelo de margens de preferência em licitações**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-29/hora-repensar-modelo-margens-preferencia-licitacoes>>. Acesso em: 10.02.2022

SAAB, Flávio. MIDDLEJ E SILVA, Suylan de Almeida. **Análise de impacto regulatório e prevenção da corrupção: um estudo exploratório sobre AIR no Brasil** *In* Revista da CGU, vol. 13, n. 24, jul-dez/2021

SILVA, José Afonso da. **Orçamento-programa no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973

STARONOVA, Katarina. **Analyzing scientific knowlegde in documents: the case of regulatory impact assessment** *in* Human Affairs, 24 (3), julho/2014

STIGLER, George. **The theory of economic regulation** *in* The Bell Journal of Economics and Management Science, nº 1, vol. 2, Spring/1971

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. Método. Rio de Janeiro: 2011

TRIONFETTI, Federico. **Discriminatory public procurement and international trade** in *The World Economy*, vol. 23, 2000

UNIÃO EUROPEIA. Diretório Geral de Política Externa do Parlamento Europeu. **Openness of public procurement markets in key third countries**. Disponível em: <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/603840/EXPO\\_STU\(2017\)603840\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/603840/EXPO_STU(2017)603840_EN.pdf)>. Acesso em: 29.7.2022

VICKREY, William. **Counterspeculation, auctions and competitive sealed tenders** in *The Journal of Finance*. Nº 1, vol. 16, mar/1961

VON MISES, Ludwig. **Liberalism in the classical tradition** Tradução: RAICO, Ralph. 3ª ed. Cobden Press. San Francisco: 1985

VOROZHBIT, Olga. SAMSONOVA, Irina. KORNIENKO, Kirill. **Conceptual model of implementation of regulatory impact assessment at the regional level**. In: *Middle-East Journal of Scientific Research*, vol. 14, Issue 8, 2013

WREN-LEWIS, Liam. **Regulatory capture: risks and solutions**. In: *Emerging Issues in Competition, Collusion, and Regulation of Network Industries*. Londres: Centre for Economic Policy Research, 2011

ZAGO, Marina Fontão. **Poder de compra estatal como instrumento de políticas públicas?** Brasília: Enap, 2018