O Desenvolvimento Nacional Sustentável e as Licitações Públicas – Comentários às Alterações da Lei nº 8.666, de 1993, Promovidas pela Lei nº 12.349, de 2010

JOSÉ PAULO DORNELES JAPUR
Advogado.

SUMÁRIO: Introdução; I – Quadro de alterações da Lei nº 8.666, de 1993, comentado; Conclusões.

INTRODUÇÃO

A Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010, produziu as mais recentes alterações na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Além de instituir o desenvolvimento nacional sustentável como princípio incidente no âmbito das licitações públicas, a Lei nº 12.349, de 2010, conferiu às compras governamentais outra ordem de finalidade, qual seja, a implementação de política pública[1] voltada ao desenvolvimento da indústria nacional. Assim como já fizera a Lei Complementar nº 123, de 2006, que criou regras diferenciadas e privilegiadas às microempresas e às empresas de pequeno porte, agregou-se uma função claramente regulatória[2] às licitações públicas, fundada no art. 174 da Constituição Federal, segundo o qual é atribuído ao Estado brasileiro o papel de agente normativo e regulador da atividade econômica em sentido amplo.

As alterações compatibilizam-se com princípios fundamentais da República insculpidos no art. 3º de nossa Constituição. O Estado brasileiro tem o dever-poder de fomentar o desenvolvimento da indústria brasileira

1 Sobre o tema de uma maneira geral, PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelato. *Políticas públicas nas licitações e contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

2 FERRAZ, Luciano. Função regulatória da licitação. Instituto Brasileiro de Direito Público. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (Redae)*, n. 21, fev./mar./abr. 2010. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-21-FEVEREIRO-2010-LUCIANO-FERRAZ.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2010.

com vistas a promover a soberania nacional e a redução do desemprego[3], embora, ressalte-se, a aplicação das alterações legislativas no dia a dia da Administração deva obedecer ao princípio da proporcionalidade, havendo relação de pertinência entre os meios utilizados e os fins perseguidos.

I – QUADRO DE ALTERAÇÕES DA LEI Nº 8.666, DE 1993, COMENTADO

Relaciona-se, a seguir, a ordem de alterações introduzidas na Lei nº 8.666, de 1993, em cotejo com os textos anteriores:

Art. 3º, *caput*:

Lei nº 8.666/1993	**Nova Redação da Lei nº 8.666/1963 (alterada pela Lei nº 12.349/2010)**
Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.	Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração *e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável*, e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

A nova redação do *caput* do art. 3º é o ponto central da inovação legislativa. Acrescentou-se à principiologia da Lei nº 8.666, de 1993, que consagra a garantia da isonomia entre os participantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, também a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Alguns dos doutrinadores que se debruçaram sobre o tema criticaram as inovações. Ivan Barbosa Rigolin as cunhou de "atrocidade jurídica", "demagógica", "verdadeira patriotada", entre outros[4]. Jorge Ulisses Jocoby Fernandes vê "aparente xenofobia contida no texto da medida provisória, pelo menos na forma como fora redigida"[5]. Joel de Menezes Niebuhr, ainda mais contundente, asseverou:

---

3 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 86.

4 RIGOLIN, Ivan Barbosa. Lei das licitações é novamente alterada: a MP 495, de 19.07.2010. *Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, a. 9, n. 104, ago. 2010. Disponível em: http://www.editoraforum.com.br. Acesso em: 22 out. 2010.

5 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Medida Provisória nº 495/2010: alterações nas licitações e contratos. *Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, a. 9, n. 105, set. 2010. Disponível em: http://www.editoraforum.com.br. Acesso em: 22 out. 2010.

> A preferência ao produto nacional deve descambar para espécie de reserva de mercado, o que, ao fim e ao cabo, revela-se desvantajosa, como comprovado historicamente. O capitalismo é centrado na competição, e nada pior para a competição do que a zona de conforto forjada por regras de proteção. As empresas deixam de inovar, investir e reduzir custos.[6]

Pede-se *venia* para discordar dos festejados administrativistas. Em realidade, a utilização do poder de compra governamental para implementar uma política pública de promoção do desenvolvimento da indústria nacional é prevista em diversos países pelo mundo. A título meramente exemplificativo, podemos mencionar previsões análogas existentes na China e nos Estados Unidos.

A China, país cujo crescimento industrial é mundialmente conhecido, possui norma similar desde 2002. A Lei nº 68, de 29 de junho de 2002, concede preferência a bens e serviços chineses. Nos Estados Unidos, berço do liberalismo, o *Buy American Act* dá preferência ao produtor local desde a década de 30. Recentemente, aliás, em meio à crise mundial, por meio do chamado *American Recovery and Reinvestment Act*, o Congresso americano reafirmou essa orientação legislativa para atrelar a aprovação do aporte de valores estatais de estímulo à economia do país ao uso preferencial de produtos domésticos.

Dessa forma, vê-se que não se está diante de invenção tupiniquim ou medida fora de contexto. A alteração legislativa reproduz política pública já implementada em outros cenários mundiais.

A medida justifica-se: a garantia do desenvolvimento nacional é, nos termos do art. 3º, inciso II, da Constituição Federal, um dos fundamentos da República. Aliás, a utilização das compras governamentais como instrumento de incentivo ao desenvolvimento nacional não é verdadeiramente uma inédita previsão em nossa história legislativa. Ainda na década de 60, editou-se o Decreto nº 1.246, de 25 de junho de 1962, que instituiu o Plano Nacional da Indústria de Máquinas Rodoviárias, o qual previa prescrições bastante similares às alterações recentes. Em suma, determinava-se que as entidades governamentais, autarquias, sociedades de economia mista e concessionárias de serviços públicos devessem dar preferência, em suas compras, às máquinas rodoviárias de fabricação nacional, mesmo quando os preços destas fossem superiores até 30% aos dos similares estrangeiros[7].

A referência à sustentabilidade no novo texto do *caput* do art. 3º há de ser elogiada. Incluída pelo Congresso Nacional ao texto original da Medida

---

6 NIEBUHR, Joel de Menezes. Margem de preferência para a produção nacional em licitação pública – Repercussões da Medida Provisória nº 495/2010. *Revista Zênite de Licitações e Contratos*, a. XVII, n. 198, p. 777-778, 2010.

7 Sobre o tema, ver parecer na obra de BAUMGARTEN, Erico I. *Direito administrativo* – Pareceres. Rio de Janeiro: 1970. p. 89-90.

Provisória nº 495, de 2010, a sustentabilidade das compras governamentais encontra amparo em diversos mandamentos constitucionais, sobretudo aqueles existentes no art. 170, inciso VI, e no art. 225 da Constituição Federal. A medida tem o propósito de, indiretamente, fomentar as ações dos agentes econômicos na direção de um equilíbrio entre o crescimento econômico e a exploração dos recursos naturais, garantindo às gerações futuras um meio ambiente equilibrado.

A previsão coaduna-se com a Lei nº 12.187, de 2009, que institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima – PNMC. O art. 6º, inciso XII, da referida lei prevê que serão estabelecidos, entre os instrumentos da PNMC, critérios de preferência nas compras governamentais às propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos.

Em âmbito federal, antes mesmo do advento da Lei nº 12.349, de 2010, editou-se a Instrução Normativa nº 1, de 2010, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, aplicável à Administração Federal direta, autárquica e fundacional. A instrução normativa dispõe que critérios de sustentabilidade ambiental sejam incluídos, nas licitações do tipo melhor técnica e do tipo técnica e preço, levando-se em conta os processos de extração ou fabricação, a utilização e descarte dos produtos e a origem das matérias-primas. Disso se evidencia que tais tipos não podem ser exigidos nos editais de licitação, realizados na modalidade pregão, que só admitem o tipo menor preço (art. 4º, X, da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002).

É de se destacar, contudo, que as "compras ambientais amigáveis", "compras verdes" ou "eco-aquisições", terminologias recentemente cunhadas para destacar o fenômeno[8], deverão ser previstas de forma paulatina, sob pena de subverter-se sua finalidade.

Aliás, este foi o posicionamento do Tribunal de Contas da União produzido no TC 003.405/2010-9, proferido em data anterior à Lei nº 12.349, de 2010, ao analisar exigência posta no instrumento convocatório, de comprovação de que o produto ofertado encontrava-se em conformidade com a "Norma Epeat, na categoria Gold" (o que comprovaria o atendimento às normas internacionais de proteção ambiental). A Corte de Contas, por meio do voto de lavra do Ministro Relator, Benjamin Zymler, assentou:

> [...] a adoção dessas restrições ambientais deve se dar paulatinamente, de forma que os agentes do mercado possam se adaptar a essas novas exigências antes de elas vigorarem plenamente. Caso contrário, estar-se-ia criando

8 Palestra proferida pelo Professor Durval Carneiro Neto no VI Congresso Brasileiro de Licitações, Contratos e Compras Governamentais, em agosto de 2010.

> uma reserva de mercado para as poucas empresas que cumprirem de antemão essas exigências, implicando violação ao princípio constitucional da livre concorrência, maiores custos e reduzidas ofertas de produtos. [...]

Embora louvável, a inserção de critérios ambientais nos instrumentos convocatórios deve ser paulatina, de forma a não malferir outros importantes princípios licitatórios, como, por exemplo, a isonomia e a economicidade.

Art. 3º, § 1º:

Lei nº 8.666/1993	**Nova Redação da Lei nº 8.666/1963 (alterada pela Lei nº 12.349/2010)**
§ 1º [...] I – admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;	§ 1º [...] I – admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, *inclusive nos casos de sociedades cooperativas* e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, *ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991.*

O § 1º do art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993, ressalva a possibilidade de os processos licitatórios estabelecerem disposições restritivas ao caráter competitivo da licitação pública quando necessário ao desenvolvimento da indústria nacional.

Além disso, previu-se expressamente a participação das sociedades cooperativas nas licitações públicas. Acrescido ao texto original da Medida Provisória nº 495, de 2010, por emenda parlamentar no Congresso Nacional, a previsão coaduna-se com o art. 174, § 2º, da Constituição Federal, o qual prevê o apoio ao cooperativismo e outras formas de associativismo.

Art. 3º, § 2º:

Lei nº 8.666/1993	**Nova Redação da Lei nº 8.666/1963 (alterada pela Lei nº 12.349/2010)**
§ 2º [...] I – produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional; II – produzidos no País; III – produzidos ou prestados por empresas brasileiras. IV – produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País.	§ 2º [...] I – produzidos no País; II – produzidos ou prestados por empresas brasileiras; e III – produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País.

A nova redação do § 2º trata de adequar o texto da Lei nº 8.666, de 1993, à Emenda Constitucional nº 6/1995, que revogou o art. 171 da Constituição da República[9]. Confere-se destaque ao aspecto produtivo, ao local em que é produzido o bem ou prestado o serviço, e não à origem do capital.

Art. 3º, § 5º:

Lei nº 8.666/1993	Nova Redação da Lei nº 8.666/1963 (alterada pela Lei nº 12.349/2010)
Sem correspondente	§ 5º Nos processos de licitação previstos no *caput*, poderá ser estabelecida margem de preferência para produtos manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras.

O § 5º do art. 3º estabelece ação concreta para a implementação do desenvolvimento da indústria nacional. Abre-se a possibilidade do estabelecimento de margem de preferência à contratação de produtos manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras, como, por exemplo, da ABNT. Registre-se, porém, que a margem de preferência é uma faculdade, e não uma obrigatoriedade. A decisão pelo seu estabelecimento, pois, é discricionária.

Art. 3º, § 6º:

Lei nº 8.666/1993	Nova Redação da Lei nº 8.666/1963 (alterada pela Lei nº 12.349/2010)
Sem correspondente	§ 6º A margem de preferência de que trata o § 5º será estabelecida com base em estudos revistos periodicamente, em prazo não superior a 5 (cinco) anos, que levem em consideração: I – geração de emprego e renda; II – efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais; III – desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País; IV – custo adicional dos produtos e serviços; e V – em suas revisões, análise retrospectiva de resultados.

O § 6º do art. 3º presta-se a limitar a discricionariedade da Administração na decisão de estabelecer ou não margem de preferência à contratação de produtos manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras. Dispõe-se que a referida decisão será lastreada por estudos periódicos realizados, pelo menos, a cada 5 anos, os quais levarão em consideração diversos elementos.

9 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 234.

O primeiro elemento a ser analisado é o reflexo que a margem de preferência poderá ter sobre a geração de emprego e renda, relacionando-se, pois, à disposição do art. 170, inciso VIII, da Constituição Federal, segundo o qual a ordem econômica nacional deverá observar a busca do pleno emprego.

O segundo elemento de ponderação será o efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais potencialmente decorrentes do estabelecimento da margem de preferência. Aqui talvez um aspecto controvertido da medida: a carga tributária do País é indubitavelmente excessiva. Assim, injustificável, por exemplo, o não estabelecimento de margem de preferência que possa incrementar a manufatura de bens e a prestação de serviço em solo nacional em troca do aumento nas receitas tributárias advindas de imposto de importação de bens produzidos no exterior. Aliás, a hipótese viria justamente na contramão da finalidade da Lei nº 12.349, de 2010: o desenvolvimento da indústria nacional.

O terceiro elemento é a potencialidade que a margem de preferência terá de impulsionar o desenvolvimento e a inovação tecnológica realizados no País. A previsão relaciona-se com o art. 219 da Constituição Federal, conforme o qual o mercado interno do País deverá incentivar a sua autonomia tecnológica.

O quarto elemento prescreve espécie de ponderação entre as vantagens que elementos anteriores poderão perceber em razão do estabelecimento da margem de preferência ante o custo adicional dos produtos e serviços contratados.

O quinto elemento estabelece que referidos estudos avaliarão, concretamente, os resultados da adoção das medidas distintivas. Aplica-se ao caso o princípio da proporcionalidade com a análise da relação entre os meios e os fins. É dizer: se nos estudos periódicos se observar que os resultados retrospectivamente alcançados não foram aqueles planejados pelas medidas restritivas, estas deverão ser revistas em licitações futuras. Com isso, estabelece-se um procedimento para assegurar a proporcionalidade ou não da previsão do mecanismo diferenciado em face da Constituição Federal em cada caso concretamente.

Art. 3º, § 7º:

Lei nº 8.666/1993	**Nova Redação da Lei nº 8.666/1963 (alterada pela Lei nº 12.349/2010)**
Sem correspondente	§ 7º Para os produtos manufaturados e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País, poderá ser estabelecida margem de preferência adicional àquela prevista no § 5º.

O § 7º do art. 3º torna induvidoso o objetivo da Lei nº 12.349, de 2010, de impulsionar, destacadamente, a inovação tecnológica do País. Nesse sentido, harmoniza-se a Lei nº 8.666, de 1993, com o espírito da Lei nº 10.973, de 2004, a Lei da Inovação Tecnológica. Atente-se: o estabelecimento de margem de preferência poderá ser ainda maior quando os produtos manufaturados e serviços nacionais envolverem inovação tecnológica produzida no Brasil. Aliás, como ressalta Denis Borges Barbosa, alinhamo-nos a uma tendência internacionalmente consagrada:

> Na verdade, os governos podem reorientar as suas políticas de aquisições para se tornarem grandes motores da inovação. Por exemplo, um estudo realizado por Rothwell considera que durante longos períodos de tempo, as políticas de compras do Estado desencadearam maiores impulsos de inovação em mais áreas do que os subsídios de P&D, e isso sem qualquer exigência de compra local.
>
> Alguns países fizeram progressos nesta matéria. Por exemplo, o Reino Unido fez já há anos a inovação como um objetivo claro do seu processo de aquisição. O Departamento de Comércio e Indústria (DTI) exige de todos os níveis de governo que considerem a inovação ao adjudicarem contratos com o governo. Tal departamento também desenvolveu parcerias público-privadas para ajudar os funcionários do setor público com "projetos de licitações não convencionais, mas inovadores".
>
> Na Austrália, as agências são incentivadas a procurar ideias inovadoras, avaliando as características excepcionalmente originais das propostas como um critério separado. A Finlândia inclui a "inovação", entre os critérios para as licitações públicas e reserva um percentual de financiamento concedido a órgãos da Administração para levar a cabo atividades de inovação e desenvolvimento. Embora esses países reconheçam que a inovação deve ser um elemento-chave nas compras governamentais, de acordo com um relatório da União Europeia, "os Estados Unidos também têm uma orientação estratégica em suas licitações públicas, mas não essencialmente ligada à inovação".[10] (EZELL, Stephen J.; ATKINSON, Robert D. The good, the bad, and the ugly (and the self-destructive) of innovation policy: a policymaker's guide to crafting effective innovation policy (October 7, 2010). *The Information Technology & Innovation Foundation*, October 2010. Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=172284)

Art. 3º, § 8º:

10 BARBOSA, Denis Borges. *Licitação como instrumento à inovação*: o impacto da Lei nº 12.349/2010. Disponível em: <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/poder_compra/licitacao_instrumento_incentivo_inovacao.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2011.

Lei nº 8.666/1993	Nova Redação da Lei nº 8.666/1963 (alterada pela Lei nº 12.349/2010)
Sem correspondente	§ 8º As margens de preferência por produto, serviço, grupo de produtos ou grupo de serviços, a que se referem os §§ 5º e 7º, serão definidas pelo Poder Executivo Federal, não podendo a soma delas ultrapassar o montante de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o preço dos produtos manufaturados e serviços estrangeiros.

O § 8º do art. 3º define o limite máximo da margem de preferência prevista nos parágrafos anteriores em 25%. Há quem sustente que o referido limite poderá ser baixo a alguns ramos de atividade. Em verdade, o referido percentual tão somente reproduz o limite estabelecido pela legislação estadunidense, a qual recentemente, por meio do chamado *American Recovery and Reinvestment Act*, ampliou a margem de preferência prevista pelo *Buy American Act* desde a década de 30 para os mesmos 25% ora previstos pela Lei nº 12.349/2010.

Em recente artigo, Cesar Augusto Guimarães Pereira traz o comentário de Tom Buschmann, profissional da área de licitações no Reino Unido, segundo o qual haveria um aspecto fiscal para o estabelecimento da margem de preferência no patamar de 25%:

> [...] Isto é justo quando se percebe que as exportações para o Brasil em geral não exigem que os exportados recolham IVA, mas as empresas brasileiras são obrigadas a pagar ICMS (um IVA cobrado pelo Estado), com a alíquota média de 20%. [...][11]

Inobstante, referido raciocínio não nos parece pertinente, uma vez que o § 4º do art. 42 da Lei nº 8.666, de 1993, já dispunha que, "para fins de julgamento da licitação, as propostas apresentadas por licitantes estrangeiros serão acrescidas dos gravames consequentes dos mesmos tributos que oneram exclusivamente os licitantes brasileiros quanto à operação final de venda".

Art. 3º, § 9º:

Lei nº 8.666/1993	Nova Redação da Lei nº 8.666/1963 (alterada pela Lei nº 12.349/2010)
Sem correspondente	§ 9º As disposições contidas nos §§ 5º e 7º deste artigo não se aplicam aos bens e aos serviços cuja capacidade de produção ou prestação no País seja inferior: I – à quantidade a ser adquirida ou contratada; ou II – ao quantitativo fixado com fundamento no § 7º do art. 23 desta lei, quando for o caso.

11 PEREIRA, Cesar A. Guimarães. A MP 495 e as alterações na legislação sobre licitações. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n. 42, ago. 2010. Disponível em: www.justen.com.br. Acesso em: 16 dez. 2010.

O § 9º do art. 3º traz disposição lógica e talvez sequer necessária. Torna expresso que o estabelecimento da licitação diferenciada terá como pressuposto a existência de capacidade produtiva do bem ou prestação do serviço no país em quantidade capaz de satisfazer as necessidades da Administração. Aliás, a Lei nº 12.349, de 2010, reproduz nesse sentido a legislação chinesa, ou seja, a Lei nº 68, de 29 de junho de 2002, que traz ressalva expressa semelhante.

Art. 3º, § 10:

Lei nº 8.666/1993	**Nova Redação da Lei nº 8.666/1963 (alterada pela Lei nº 12.349/2010)**
Sem correspondente	§ 10. A margem de preferência a que se refere o § 5º poderá ser estendida, total ou parcialmente, aos bens e serviços originários dos Estados-partes do Mercado Comum do Sul – Mercosul.

O § 10 do art. 3º sinaliza uma tentativa do governo brasileiro de fortalecer o Mercosul. A medida coaduna-se à disposição do parágrafo único do art. 4º da Constituição Federal, o qual preceitua a implementação de ações voltadas à integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Porém, urge criticarmos a alteração do texto original da Medida Provisória nº 495, de 2010, que retirou a possibilidade de extensão do tratamento diferenciado, também, a outros países com o qual o Brasil assinasse acordos comerciais. Em realidade, a alteração no texto original foi promovida na Câmara de Deputados sob o argumento de que a intenção do governo era possibilitar a aquisição de material bélico de fornecedores internacionais em detrimento das empresas nacionais. Contudo, a restrição não nos parece benéfica aos interesses do País, vez que impossibilita que o Brasil, por exemplo, possa vir a ser signatário do Acordo sobre Compras Governamentais (GPA) da Organização Mundial de Comércio (OMC).

Art. 3º, § 11:

Lei nº 8.666/1993	**Nova Redação da Lei nº 8.666/1963 (alterada pela Lei nº 12.349/2010)**
Sem correspondente	§ 11. Os editais de licitação para a contratação de bens, serviços e obras poderão, mediante prévia justificativa da autoridade competente, exigir que o contratado promova, em favor de órgão ou entidade integrante da Administração Pública ou daqueles por ela indicados a partir de processo isonômico, medidas de compensação comercial, industrial, tecnológica ou acesso a condições vantajosas de financiamento, cumulativamente ou não, na forma estabelecida pelo Poder Executivo Federal.

O § 11 do art. 3º também reproduz expediente amplamente utilizado em outros países com vistas a incrementar o investimento estrangeiro, ampliar a competitividade da indústria nacional, promover o acesso a novas tecnologias e fomentar a participação de bens e serviços nacionais no mercado externo de forma a incrementar o superávit da balança comercial.

Como ressalta Arie Reich em tradução de Denis Borges Barbosa, a medida de compensação relaciona-se a um aspecto extraeconômico das compras governamentais:

> Outra questão que está relacionada com os objetivos secundários das licitações é o das compensações. Estes meios são frequentemente usados na aquisição pelos governos como um instrumento de política industrial para promover o desenvolvimento local e melhorar a balança de pagamentos. O texto revisado define compensações como "qualquer condição ou medida que incentiva o desenvolvimento local ou melhora a balança de pagamentos, como a exigência de conteúdo nacional, o licenciamento de tecnologia, investimento, o *counter-trade*, e ações ou exigências similares" (REICH, Arie. The new text of the agreement on government procurement: an analysis and assessment (January 12, 2009). Bar Ilan Univ. Pub Law Working Paper No. 03-09. Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=1326620).

O texto original é:

> *Another issue that is related to secondary objectives of procurement is offsets. These are often used by procuring governments as na industrial policy tool to promote local development and improve balance of payment. The Revised Text defines offsets to mean "any condition or undertaking that encourages local development or improves a Party's balance-of-payments accounts, such as the use of domestic content, the licensing of technology, investment, counter-trade, and similar actions or requirements.*

A medida é deveras importante para setores como o de medicamentos. Assim, pode-se estabelecer que a compra de um fornecedor esteja relacionada à transferência da tecnologia de fabricação a nacionais. Aliás, expedientes deste tipo já estão sendo utilizados em aquisições de equipamentos militares.

Obviamente, contrapartidas não são doações; sempre haverá um ônus a mais para o contribuinte no caso de o contratante dispor-se a investir em certos setores, ou desenvolver tecnologias de aplicação local, ou outra atividade não diretamente vinculada ao objeto comprado. Mas o poder de compra do Estado pode levá-lo a obter, pela indução indireta, valores que não teriam expressão econômica mensurável para o contratado, ou quando este não faria de outra forma uma escolha estratégica em favor de propósitos perseguidos pela entidade adquirente.

Art. 3º, § 12:

Lei nº 8.666/1993	Nova Redação da Lei nº 8.666/1963 (alterada pela Lei nº 12.349/2010)
Sem correspondente	§ 12. Nas contratações destinadas à implantação, manutenção e ao aperfeiçoamento dos sistemas de tecnologia de informação e comunicação, considerados estratégicos em ato do Poder Executivo Federal, a licitação poderá ser restrita a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País e produzidos de acordo com o processo produtivo básico de que trata a Lei nº 10.176, de 11 de janeiro de 2001.

O § 12 do art. 3º é uma das alterações mais significativas da Lei nº 12.349, de 2010. Dispõe que as contratações destinadas à implantação, à manutenção e ao aperfeiçoamento dos sistemas de tecnologia da informação e comunicação, consideradas estratégicas pelo Poder Executivo da União, poderão restringir-se a licitantes que ofertem bens ou serviços com tecnologia desenvolvida no País que atendam o Processo Produtivo Básico – PPB[12].

O Governo Federal editou os Decretos nºs 7.174, de 2010, e 7.175, do mesmo ano, regulamentando a matéria. O art. 3º do Decreto nº 7.174, de 2010, traz disposição controvertida ao dispor que, nas aquisições de bens de informática e automação, o instrumento convocatório deverá exigir obrigatoriamente, na fase de habilitação dos licitantes, a apresentação de certificações emitidas por instituições públicas ou privadas credenciadas pelo Instituto Nacional de Metrologia – Inmetro que comprovem a adequação em relação (i) a segurança para o usuário e instalações, (ii) a compatibilidade eletromagnética e (iii) ao consumo de energia. A exigência de certificações como requisito de habilitação dos licitantes é tida como ilegal há tempos pela doutrina[13] e pelo Tribunal de Contas da União[14].

O art. 5º do Decreto nº 7.174, de 2010, regula a parte final do § 12 do art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993: "A licitação poderá ser restrita a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País e produzidos de acordo com o processo produtivo básico". Dispõe-se que a preferência deverá obedecer à seguinte ordem: primeiro, o atendimento cumulado dos dois requisitos, ou seja, bem como tecnologia desenvolvida no País e produzido de acordo com o PPB; segundo, bem como tecnologia desenvolvida no País; terceiro, bem produzido de acordo com o PPB. O *caput* do mesmo artigo enaltece,

12 Nos termo do art. 16 do Decreto nº 5.906/2006, "Processo Produtivo Básico – PPB é o conjunto mínimo de operações, no estabelecimento fabril, que caracteriza a efetiva industrialização de determinado produto".

13 JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 436-437.

14 O Tribunal de Contas da União – TCU tem diversos precedentes contrários à exigência de certificações como requisito de habilitação como, por exemplo, AC 1612-32/08-P, AC 2575-28/08-1, AC 0991-07/09-2 e AC 2776-17/09-2.

também, que as microempresas e empresas de pequeno porte que atendam a estes pressupostos terão prioridade no exercício do direito de preferência em relação às médias e grandes empresas.

O art. 8º do Decreto nº 7.174, de 2010, define o momento do exercício do direito de preferência a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País e produzidos de acordo com o PPB. Assenta-se que o aludido exercício do direito de preferência ocorrerá após o encerramento da fase de apresentação das propostas ou lances, sucedendo a aplicação das regras de preferência instituídas pela Lei Complementar nº 123, de 2006, às Microempresas – ME e às Empresas de Pequeno Porte – EPP. Além disso, dá o direito às empresas brasileiras de reduzir suas ofertas caso elas sejam até 10% maiores do que as das demais concorrentes.

O § 2º do art. 4º do Decreto nº 7.175, de 2010, define o que serão considerados estratégicos e, portanto, poderão ter aplicadas estas regras às compras referentes à aquisição dos sistemas de tecnologia de informação e comunicação destinadas a implementar ações e metas do Programa Nacional de Banda Larga – PNBL, bem como a promover e fomentar parcerias entre entidades públicas e privadas para o alcance dos objetivos do PNBL.

Controvérsias à parte, ressalte-se que a Telebrás já lançou mão das alterações inseridas pelo novo § 12 do art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993. O recente Pregão Eletrônico para Registro de Preços nº 08/2010, cujo objeto foi a contratação de bens e serviços relacionados à implantação do Plano Nacional da Banda Larga – muito provavelmente o *leading case* nacional envolvendo a aplicação na nova legislação –, deu mostras da relevância das novas regras de preferência. Como resultado, houve parcela significativa do objeto licitado adjudicado ao único licitante que demonstrou preencher, concomitantemente, os requisitos de bem com tecnologia desenvolvida no País e produzido de acordo com o PPB. Registre-se que a proposta de preço do licitante era aproximadamente R$ 28 milhões superior à proposta de menor preço (o que representava uma diferença de 22,5% no caso), a qual foi apresentada por uma grande empresa multinacional que não desenvolveu a tecnologia do bem ofertado em solo nacional.

Art. 3º, § 13:

Lei nº 8.666/1993	**Nova Redação da Lei nº 8.666/1963 (alterada pela Lei nº 12.349/2010)**
Sem correspondente	§ 13. Será divulgada na Internet, a cada exercício financeiro, a relação de empresas favorecidas em decorrência do disposto nos §§ 5º, 7º, 10, 11 e 12 deste artigo, com indicação do volume de recursos destinados a cada uma delas.

O § 13 do art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993, dispõe que, anualmente, será dada ampla publicidade por meio de publicação eletrônica de todas as empresas beneficiadas pelas compras decorrentes de processos licitatórios diferenciados, bem como dos valores de cada contrato. A previsão foi incluída ao texto original da Medida Provisória nº 495, de 2010, por emenda parlamentar apresentada no Congresso Nacional, e é salutar na medida em que dá transparência aos procedimentos adotados.

Art. 6º, incisos XVII, XVIII e XIX:

Lei nº 8.666/1993	**Nova Redação da Lei nº 8.666/1963 (alterada pela Lei nº 12.349/2010)**
Art. 6º [...] Sem correspondente	Art. 6º [...] XVII – produtos manufaturados nacionais – produtos manufaturados, produzidos no território nacional de acordo com o processo produtivo básico ou com regras de origem estabelecidas pelo Poder Executivo Federal; XVIII – serviços nacionais – serviços prestados no País, nas condições estabelecidas pelo Poder Executivo Federal; XIX – sistemas de tecnologia de informação e comunicação estratégicos – bens e serviços de tecnologia da informação e comunicação cuja descontinuidade provoque dano significativo à Administração Pública e que envolvam pelo menos um dos seguintes requisitos relacionados às informações críticas: disponibilidade, confiabilidade, segurança e confidencialidade.

O art. 6º da Lei nº 8.666, de 1993, também sofreu alterações. Acrescentaram-se os incisos XVII a XIX nos quais diversos dos termos inseridos no art. 3º são explicitados para a melhor compreensão do intérprete. Torna-se expresso, pois, o que se entende por "produtos manufaturados nacionais", "serviços nacionais" e "sistemas de tecnologia de informação e comunicação estratégicos", respectivamente.

Os dispositivos deixam incontroverso que não existe qualquer distinção entre empresas nacionais e empresas estrangeiras quanto à aplicabilidade das regras de preferência criadas. Nesse sentido, como argutamente ressaltado por Marçal Justen Filho, nada obsta que uma empresa nacional com produtos produzidos no exterior possa ser preterida por uma empresa estrangeira com produção de bens no Brasil[15].

Art. 24, incisos XXI e XXI:

15 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 448-455.

Lei nº 8.666/1993	Nova Redação da Lei nº 8.666/1963 (alterada pela Lei nº 12.349/2010)
Art. 24. [...] Sem correspondente	Art. 24. [...] XXI – para a aquisição de bens e insumos destinados exclusivamente à pesquisa científica e tecnológica com recursos concedidos pela Capes, pela Finep, pelo CNPq ou por outras instituições de fomento a pesquisa credenciadas pelo CNPq para esse fim específico;
Sem correspondente	XXXI – nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação dela constantes.

O art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993, que trata de contratação direta por dispensa de licitação, também foi modificado. A alteração normativa também é claramente voltada à implementação de políticas públicas, conforme demonstra o excerto da Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 495, de 2010, sobre a alteração:

> 20. Com referência às alterações postuladas no art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993, cumpre ressaltar que a inserção do inciso XXXI visa agregar ao rol de eventos que ensejam a dispensa de licitação ações de estímulo e apoio à construção de ambientes especializados e cooperativos de inovação, na forma prevista nos arts. 3º, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, devendo contemplar: (i) a constituição de alianças estratégicas e o desenvolvimento de projetos de cooperação envolvendo empresas nacionais, Instituições Científicas e Tecnológicas – ICT e organizações de direito privado sem fins lucrativos voltadas para atividades de pesquisa e desenvolvimento; (ii) o compartilhamento e utilização de laboratórios de ICTs, segundo termos definidos em contrato ou convênio; (iii) a participação minoritária da União e suas entidades autorizadas no capital de empresa privada de propósito específico, que vise ao desenvolvimento de projetos científicos ou tecnológicos para obtenção de produto ou processo inovadores; e (iv) a contratação por órgãos e entidades da Administração Pública de empresa, consórcio de empresas e entidades nacionais de direito privado sem fins lucrativos, visando à realização de atividades de pesquisa e desenvolvimento que envolvam risco tecnológico, para a solução de problema técnico específico ou obtenção de produto ou processo inovador.
>
> 21. As medidas consubstanciadas no inciso XXXI do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993, demonstram o claro intuito de potencializar as ações autorizadas pela Lei nº 10.973, de 2004, a denominada Lei de Inovação. Desta forma, a proposição reúne elementos para fortalecer setores industriais e serviços nacionais voltados à inovação e para alavancar o desenvolvimento tecnológico, por meio de empresas estimuladas e apoiadas para atingir tais objetivos. Registre-se, ademais, que o referido mecanismo de estímulo, na forma proposta, não se contrapõe às normas da Organização Mundial do Comércio

> – OMC. Especificamente no que tange às encomendas tecnológicas, referenciadas no art. 20 da Lei nº 10.973, de 2004, é importante frisar que a possibilidade de dispensa de licitação para aquisição dos produtos contemplados sob esta modalidade, reúne condições para viabilizar o surgimento, o fortalecimento e a multiplicação de empresas inovadoras brasileiras, notadamente de empreendimentos atuantes em setores com amplo impacto na economia e que podem, com esse estímulo, promover efetiva autonomia tecnológica do País.

Autoriza-se, ainda, o CNPq, a Finep e as demais agências oficiais de fomento a firmar convênios e contratos com as fundações de apoio, auxiliando as Ifes e as ICTs, até mesmo na gestão administrativa e financeira dos projetos. O propósito da medida é incrementar a relação entre ICTs e suas fundações de apoio à pesquisa, ao ensino e à extensão.

Art. 57, inciso V:

Lei nº 8.666/1993	**Nova Redação da Lei nº 8.666/1963 (alterada pela Lei nº 12.349/2010)**
Art. 57. [...] Sem correspondente	Art. 57. [...] V – às hipóteses previstas nos incisos IX, XIX, XXVIII e XXXI do art. 24, cujos contratos poderão ter vigência por até cento e vinte meses, caso haja interesse da Administração.

O inciso V do art. 57 da Lei nº 8.666, de 1993, altera a clássica disposição acerca do prazo máximo de 60 meses de vigência aos contratos. Faculta-se que, excepcionalmente, os contratos possam ter vigência de até 120 meses. Referida situação poderá ocorrer nos seguintes casos: (i) quando estiver em risco a segurança nacional, (ii) na compra de determinados materiais de uso das Forças Armadas, (iii) no fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, ao mesmo tempo, alta complexidade tecnológica e defesa nacional e, justamente, (iv) nas contratações de que tratam os arts. 3º, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004 – Lei da Inovação.

Em realidade, a clássica limitação de vigência dos contratos a 60 meses decorre da ideia de que a renovação dos processos licitatórios, de tempos em tempos, tende a agregar vantajosidade às contratações. Porém, em alguns casos relacionados à aquisição de bens necessários à segurança nacional e, principalmente, à inovação tecnológica, era necessária regulação distinta. Ocorre que, muitas vezes, essas contratações impõem longos prazos de maturação dos negócios.

Especificamente, sobre negócios envoltos à inovação tecnológica, esclarece Denis Borges Barbosa[16]:

> Certos contratos relativos à inovação, no entanto, exigiriam tratamento diverso, eis que o processo inovador frequentemente impõe longos prazos de maturação. Em particular, quando a relação público-privada em matéria de inovação implicava compra de produtos pelo Estado, para os quais não havia ainda tecnologia de produção, os contratos tinham de ser configurados como de serviços, enfatizando a absorção ou geração de tecnologia consequente ao fornecimento, para assegurar o prazo de maturação necessário.

Vê-se, portanto, que a alteração visa adequar o texto da Lei nº 8.666, de 1993, à realidade de contratações em áreas nas quais o particular, muitas vezes, necessita fazer vultosos investimentos cujo retorno demanda longo período. Afinal, é normal ser de interesse público viabilizar a infraestrutura de produção privada de ordem estratégica.

CONCLUSÕES

As licitações públicas, além de isonômicas, devem selecionar a proposta mais vantajosa à Administração. O princípio da isonomia, previsto também no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, visa assegurar o livre acesso dos interessados na disputa. Além disso, a isonomia relaciona-se com o princípio da seleção da proposta mais vantajosa à Administração. É que a ampliação da disputa entre agentes econômicos tem como consequência a redução dos preços e a elevação da qualidade das ofertas[17].

Em meio à isonomia e à seleção da proposta mais vantajosa, foi introduzido, pela Lei nº 12.349, de 2010, outro princípio norteador das licitações públicas, qual seja: o da promoção do desenvolvimento nacional sustentável, com guarida no inciso VI do art. 170 e no art. 225 da Constituição Federal.

Também alçado a princípio pela Lei nº 12.349, de 2010, está o desenvolvimento nacional, com previsão no art. 3º, inciso II, do referido diploma. O incentivo ao desenvolvimento do mercado interno do País, bem como de sua autonomia tecnológica, encontra respaldo no art. 219 da Constituição Federal.

A dicotomia entre o desenvolvimento nacional sustentável e a isonomia ou a seleção da proposta mais vantajosa à Administração é apenas aparente. Em realidade, a correta compreensão das alterações na Lei nº 8.666, de 1993, promovidas pela Lei nº 12.349, de 2010, exige do seu intérprete

16 BARBOSA, Denis Borges. Op. cit.

17 JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 66.

a clara noção de que a contratação pública não está mais orientada apenas à satisfação de necessidades imediatas da Administração Pública, mas também de objetivos mediatos e indiretos[18].

Assim, não há falar em vulneração do princípio da igualdade entre os licitantes ao se preterir a proposta ofertada por proponente que, por exemplo, não desenvolva tecnologia no País ou que não cuide dos recursos naturais. Deve-se considerar que estas distintas providências correspondem a um exemplo paradigmático da aplicação positiva (ou seja, não meramente negativa) do princípio da igualdade, o qual, como é sabido, comporta tratamentos distintos para situações distintas, sempre que exista uma correlação lógica entre o fator discriminante e a diferença de tratamento[19].

18 JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 86.

19 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 524.