

Licitação como instrumento de incentivo à Inovação: o impacto da Lei 12.349/2010

Denis Borges Barbosa

<i>Licitação como instrumento de incentivo à Inovação: o impacto da Lei 12.349/2010</i>	1
O poder de compra em questão	4
Sobre o que dispõe a Lei 12.349/2010	4
Primeira alteração: compras para estimular o desenvolvimento	5
A noção constitucional de desenvolvimento	5
Desenvolvimento como propósito da compra pública	7
Desenvolvimento e filtro da isonomia	8
Preferências nos empates	11
Incentivo à Inovação na licitação para atendimento às necessidades de consumo da Administração ..	11
Normas gerais em vigor antes da Lei 12.349/2010.....	13
Distinções Objetivas.....	13
A distinção em favor de nacionais e do capital nacional	13
Preferências sob a perspectiva constitucional	14
Condicionantes constitucionais da não-discriminação	14
As objeções constitucionais às preferências nas licitações.....	14
Aceitação ao tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte	14
A doutrina e os julgados contra a distinção entre empresas e produtos nacionais.....	15
Decisões do TSE	17
Nosso entendimento quanto ao efeito da revogação do art. 171 da CF88	18
O Parecer Nº LA- 01 DA agu DE 19/8/2010.....	19
Preferências em licitações como compatíveis com o texto constitucional	20
O precedente da Lei de Informática.....	21
A subsistência da cláusula preferencial antes da Lei 12.349/2010	22
A legislação ordinária antes de 1988	22
Outras Preferências entre licitantes	22
Preferências aos licitantes após a mudança constitucional de 1995	23
A preferência como implementada na Lei 8.666/93 antes da Lei 12.349/2010	24
A empresa nacional que invista em tecnologia	24
Efeito prático da preferência	24
As alterações resultantes da Lei 12.349/2010	25
Preferências em empate.....	25
A margem de preferência.....	25
Finalidade da margem de preferência	26
Para quais licitações podem ser estabelecidas margens de preferência	27
A margem de preferência como instituto de lei federal	29
Os estudos de fixação de margem	29
A margem máxima legal.....	30
Margem adicional para produtos resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País.....	30
Casos em que não se aplicará a margem de preferência.....	30
A aplicação da margem ao sistema de integração regional	30
A exigência de contrapartida.....	31
A dispensabilidade de licitações em novas hipótese da Lei de Inovação	32
O aumento do prazo dos contratos.....	33
Sistemas de tecnologia de informação e comunicação estratégicos	33

Merece atenção o texto da Lei 12.349/2010, que introduz o uso do poder de compra do Estado como fator real de incentivo à produção tecnológica no Brasil. A lei, resultante da conversão da Medida Provisória 495, de julho de 2010, presume uma reinterpretação da Constituição simplesmente revolucionária.

Há sem dúvida uma aplicação do art. 218 e 219 da Constituição, que muda o sentido do princípio licitatório, de um sistema passivo e defensivo, para uma postura de política industrial. Em primeiro plano, é de se fazer uma análise cuidadosa do que é norma nacional e o que é norma federal. Mas as modificações do art. 3o, do art. 6o. XIX e art. 24 são de alcance nacional.

Dissemos em obra anterior:

Os estudos econômicos existentes quanto ao exercício do poder de compra pelo Estado, no País e no exterior, assim como quanto às práticas de certas empresas privadas no tocante a seu sistema de compras, configuram um ambiente em que a cooperação, a *parceria*, substitui em parte a competição por preços; em que os contratos *de desenvolvimento* tomam mais e mais uma posição relevante no sistema de inovação tecnológica das empresas; em que a *hierarquização* diminui o número de interlocutores no processo empresarial. De tais procedimentos, que se poderiam qualificar como de racionalização cooperativa, dependeria, ao que parece, a eficiência das atividades servidas pela ação de compra.

De outro lado, os estudos existentes, no que se referem à atuação do Estado em sua capacidade de comprar, enfatizam o potencial de estímulo que têm tais atividades, tanto para desenvolver o mercado como, especialmente, a tecnologia das empresas e setores afetados. Assim, ao comprar, o Estado pode desempenhar um função *extra-aquisitiva*, ou seja, de retro-ação sobre os agentes econômicos que lhe fornecem bens e serviços e, através destes, sobre a economia nacional. Inevitavelmente, o estímulo, num universo de recursos finitos, corresponde a uma seleção de pessoas (por exemplo, a empresa nacional) ou de objetivos (por exemplo, a capacitação de um setor).

O tema de nosso estudo exige, assim, que, de alguma forma, sejam esboçados os parâmetros de uma relação ideal entre a *racionalização cooperativa*, que seria, no momento, o requisito de eficiência nas atividades de compra e (por conseqüência) das atividades que delas dependem, e a função *extra-aquisitiva* do Estado.

Já à primeira vista a tarefa não é simples, pois as práticas modernas de compra presumem flexibilidade de procedimentos, relação continuada e de caráter subjetivo com os fornecedores, cooperação e não competição como forma de escolha, delegação aos fornecedores de parcela do processo aquisitivo; e cada um destes requisitos se atrita com o sistema estatal de compras não só no Brasil como em muitos países industrializados ².

O método geralmente empregado pelo Estado em suas aquisições é o da licitação pública. O instituto da licitação se baseia em dois pressupostos: o de que, através da publicidade e do acesso igualitário às compras (e vendas) de bens e serviços dos entes públicos, se atenderá o princípio da isonomia perante as oportunidades geradas pelo poder público; e o de que, abrindo a todos as ofertas e demandas da Administração, se obterão melhores condições para o serviço público.

Importante como parece, a licitação não é senão um *instrumento* administrativo. Embora, com a Constituição de 1988, passasse a ter previsão na Lei Maior, não existem razões lógicas ou práticas para não adotar outros métodos de aquisição e disposição para o poder Público ³. O

1 BARBOSA, Denis Borges . Licitações, Subsídios e Patentes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997

2 Os dados quanto ao uso efetivo de processo competitivo para a contratação pelo Estado parecem porém indicar que número muito significativo, em certos casos majoritário, de tais aquisições se faz por contratação direta.

3 Lúcia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz, **Dispensa e Inexigibilidade de Licitação**, Ed. RT 1992, p. 7: "sendo a licitação um instrumento técnico-jurídico, vocacionado embora à realização de uma suma principiológica, é, ao contrário dessa suma (que informa e baliza o direito posto, iluminando inclusive sua interpretação), contingente e plasmável, desde que sua modificação se revele mais apta à consecução dos fins básicos.

caráter adjetivo, de mera conveniência administrativa, do sistema de licitação é sustentado especialmente por juristas europeus ⁴:

Tal texto, escrito em 1995, traduz a convicção deste autor em que o uso de compras públicas é o mais importante de todos os incentivos à inovação, incluindo-se entre os de menor importância a propriedade intelectual. Os estudos mais recentes não só confirmam esta noção, mas vão além:

Na verdade, os governos podem reorientar as suas políticas de aquisições para se tornar 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 incentivados a procurar idéias 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 estes países reconhecem 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". ⁵

4 Vide Jean Rivero, **Droit Administratif**, Dalloz, 13a. Edição, p. 157. "Longtemps, l'adjudication publique ouverte a été la règle par la conclusion de marchés, en accord avec les conceptions du libéralisme économique touchant les vertus de la concurrence, et avec une conception étroitement comptable de l'intérêt public. On s'est aperçu, d'une part, que la concurrence était souvent faussé par l'entente entre les professionnels, d'autre part, que l'offre la plus basse n'était pas toujours, dans l'absolu, la plus avantageuse. D'où le déclin progressif de l'adjudication"

5 Ezell, Stephen J. and 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>. O texto original é: "Indeed, governments can reorient their procurement policies to become strong drivers of innovation. For example, a study by Rothwell finds that over longer time periods, state procurement policies triggered greater innovation impulses in more areas than did R&D subsidies, and they did so without any "buy domestic" requirements. Some countries have made progress in this regard. For example, the United Kingdom has made innovation a clear goal of its procurement process for years. The UK's Department of Trade and Industry (DTI) requires all levels of government to consider innovation when awarding government contracts. It has also developed public-private partnerships to help public sector employees with "unconventional but innovative procurement projects." In Australia, agencies are encouraged to single out innovative ideas by evaluating extra-unique features of proposals as a separate criterion. Finland includes "innovativeness" among the criteria for public procurement and reserves a percentage of appropriations granted to administration agencies to go toward innovation and development activities. While these countries recognize that innovation should be a key element of government procurement, according to a report by the European Union, "the United States has a strategic orientation in their public procurement as well, but not primarily connected to innovation."

O poder de compra em questão

Remonta-se aqui à Exposição de Motivos que dá origem ao processo legislativo da Lei 12.349/2010:

9. Considera-se, nesse sentido, que a orientação da demanda do setor público preferencialmente a produtos e serviços domésticos reúne condições para que a atuação normativa e reguladora do Estado efetive-se com maior eficiência e qualidade do gasto público e, concomitantemente, possa engendrar poderoso efeito multiplicador na economia mediante: (i) aumento da demanda agregada; (ii) estímulo à atividade econômica e à geração de emprego e renda; (iii) incentivo à competição entre empresas domésticas, particularmente no que tange a setores e atividades de pesquisa e desenvolvimento tecnológico; (iv) mitigação de disparidades regionais; e (v) incentivo à geração de emprego em segmentos marginais da força de trabalho.

10. Por oportuno, torna-se relevante considerar o volume de compras do setor público, que contempla, majoritariamente, demanda efetiva por bens e serviços de uso comum, para gestão e operacionalização de suas atividades cotidianas, e por bens e serviços aliados à inovação. Segundo informações divulgadas no Portal de Compras do Governo Federal – Comprasnet, as licitações efetivadas em âmbito Federal para o período de janeiro a dezembro de 2009 totalizaram R\$ 57,6 bilhões. A estratificação por modalidades de licitação indica a seguinte composição: (i) tomada de preços - 2%; (ii) concorrência - 28%; (iii) pregão - 29%; (iv) convite - 1%; (v) dispensa e inexigibilidade de licitação - 40%; e (vi) suprimento de fundos, consulta e concurso - 0%. Deve-se somar a estas, as licitações efetuadas pelos demais entes da federação, que se subordinam, igualmente, às diretrizes e parâmetros estipulados nesta norma.

Os valores simplesmente implicam que a escolha de um incentivo relativamente pequeno em face desses valores globais poderia ter um efeito significativo na indução do desenvolvimento ⁶.

Sobre o que dispõe a Lei 12.349/2010

Nota Cesar A. Guimarães Pereira ⁷, num excelente resumo da norma:

O artigo 3º da Lei 8.666 agora prevê que o processo licitatório se destina a "garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional". Este dispositivo é complementado pelo § 1º, I, do artigo 3º, o qual proíbe "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". A regra expressamente ressalva as preferências previstas nos §§ 5º a 12 do art. 3º da Lei 8.666, na redação da MP nº 495, e no art. 3º da Lei nº 8.248/91.

O art. 3º, § 2º, da Lei nº 8.666 foi mudado para incluir novos critérios de desempate. No caso de empate, será dada preferência a produtos e serviços (i) feitos no Brasil, (ii) feitos ou prestados por empresas brasileiras, ou (iii) feitos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no

⁶ Compare-se: "Governments are the world's largest procurers of goods and services. Within the OECD, government contracting accounts for an estimated 15 percent of total GDP.²⁷² For example, the U.S. government records \$2.73 trillion in federal expenditures annually, just under 20 percent of U.S. GDP. While a large portion of those expenditures are transfer payments, clearly U.S. government spends hundreds of billions of dollars on government procurement annually. Thus, ensuring fair and open government procurement practices has become an important aspect of realizing free global trade. Moreover, the sheer extent of government procurement activity positions governments to drive innovation through their procurement practices." EZELL et alii, op. cit.

⁷ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. A MP nº 495 e as alterações na legislação sobre licitações. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 42, agosto 2010, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo.php?informativo=42&artigo=458>, acesso em 14/12/2010.

desenvolvimento de tecnologia no Brasil, nesta ordem. Se estes critérios não forem suficientes para o desempate, haverá o desempate por sorteio (artigo 45, § 2º, da Lei nº 8.666).

A MP nº 495 também inseriu os §§ 5º a 12 do artigo 3º da Lei nº 8.666. No seu § 5º, o art. 3º prevê que "poderá ser estabelecida margem de preferência para produtos manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras". A margem de preferência deve ser determinada após estudos que definam critérios baseados em "geração de emprego e renda", "efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais" e "desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País". Contudo, o § 9º permite à Administração desconsiderar tais preferências "quando não houver produção suficiente de bens manufaturados ou capacidade de prestação dos serviços no País".

Outro ponto em que a MP nº 495 se afasta da disciplina tradicional das licitações no Brasil é o § 11 do art. 3º. A Lei nº 8.666 há muito previa que era "vedado incluir no objeto da licitação a obtenção de recursos financeiros para sua execução, qualquer que seja a sua origem, exceto nos casos de empreendimentos executados e explorados sob o regime de concessão, nos termos da legislação específica". Agora, o § 11 do art. 3º prevê o contrário e inclui a possibilidade de os editais exigirem do contratado que "promova, em favor da administração pública ou daqueles por ela indicados, medidas de compensação comercial, industrial, tecnológica ou acesso a condições vantajosas de financiamento, cumulativamente ou não".

O artigo 3, § 12, prevê a existência de licitações específicas nas quais a competição "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 artigo 6 da Lei nº 8.666 contém as definições. A MP nº 495 incluiu algumas novas definições: produtos manufaturados nacionais (art. 6º, XVII), serviços nacionais (art. 6º, item XVIII) e sistemas de tecnologia de informação e comunicação estratégicos

O novo inciso XXXI do artigo 24 prevê a dispensa de licitação (contratação direta) nas contratações que derem cumprimento aos artigos 3, 4, 5 e 20 da Lei nº 10.973/2004. Esta lei contém uma série de medidas destinadas a promover o desenvolvimento brasileiro por meio de um estímulo a processos tecnológicos altamente qualificados.

O artigo 57 trata do prazo dos contratos. O novo prazo pode ser de até 120 meses (elevando-se, portanto, dos 60 meses atuais) em casos específicos: contratos do setor de defesa e segurança (artigo 24, incisos IX, XIX e XXVIII) e de algumas áreas de tecnologia (artigo 24, inciso XXXI).

O art. 2º da MP 495 expressamente aplica as novas disposições ao pregão.

Primeira alteração: compras para estimular o desenvolvimento

Como nota Guimarães Pereira, o que singulariza a nova norma é a introdução de uma visão ativa do papel do poder de compra do estado, à luz do princípio constitucional do desenvolvimento.

A noção constitucional de desenvolvimento

Como já notamos, nossa Constituição erige como *princípio fundacional* o do desenvolvimento:

"Art. 3.º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...) II – garantir o desenvolvimento nacional;"

Esse dever se cinge no contexto do chamado *direito constitucional ao desenvolvimento*,

como indica Guilherme Amorim Campos da Silva ⁸:

“O direito ao desenvolvimento nacional impõe-se como norma jurídica constitucional, de caráter fundamental, provida de eficácia imediata e impositiva sobre todos os poderes da União que, nesta direção, não podem se furta a agirem, dentro de suas respectivas esferas de competência, na direção da implementação de ações e medidas, de ordem política, jurídica ou irradiadora, que almejem a consecução daquele objetivo fundamental.”

Como já notamos, seria tal direito um daqueles fundamentais de terceira geração ⁹, consagrado inclusive em esfera internacional como um dos direitos humanos ¹⁰. Tal desenvolvimento não será somente *econômico* – crescimento econômico – mas desenvolvimento inclusivo, especialmente social e humano ¹¹.

8 Guilherme Amorim Campos da Silva, *Direito Fundamental ao Desenvolvimento Econômico Nacional*, São Paulo: Método, 2004, p.67.

9 Valerio de Oliveira Mazzuoli, *Os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos e Sua Incorporação No Ordenamento Brasileiro*, Revista Forense – Vol. 357 Suplemento, Pág. 603: “Um dos que propuseram esta fórmula ‘geracional’ foi T. H. MARSHALL. Nos termos de sua clássica análise sobre a afirmação histórica da cidadania, primeiro foram definidos os direitos civis no século XVIII, depois os direitos políticos no século XIX e, por último, os direitos sociais no século XX. E, o roteiro feito por MARSHALL, mostrou que em países capitalistas avançados, a soma do Estado com as lutas sociais é que resulta na chamada ‘cidadania’ (cf. Cidadania, Classe Social e Status. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, pp. 63-64). PAULO BONAVIDES também comunga desta idéia geracional de direitos, mas com alguma variação. Para ele, primeiro surgiram os direitos civis e políticos (primeira geração); depois os direitos sociais, econômicos e culturais (segunda geração); posteriormente, o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio-ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade (terceira geração); e, por último (o que chamou de direitos de quarta geração) os direitos que compreendem o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos (cf. seu Curso de direito constitucional, 10.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, pp. 516-525)”.

10 Declaração e o Programa de Ação de Viena de 1993: 10. “A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos reafirma o direito ao desenvolvimento, previsto na Declaração sobre Direito ao Desenvolvimento, como um direito universal e inalienável e parte integral dos direitos humanos fundamentais. Como afirma a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, a pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento. Embora o desenvolvimento facilite a realização de todos os direitos humanos, a falta de desenvolvimento não poderá ser invocada como justificativa para se limitar os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Os Estados devem cooperar uns com os outros para garantir o desenvolvimento e eliminar obstáculos ao mesmo. A comunidade internacional deve promover uma cooperação internacional eficaz visando à realização do direito ao desenvolvimento e à eliminação de obstáculos ao desenvolvimento. O progresso duradouro necessário à realização do direito ao desenvolvimento exige políticas eficazes de desenvolvimento em nível nacional, bem como relações econômicas equitativas e um ambiente econômico favorável em nível internacional”. Não obstante a impressionante declaração, algumas considerações merecem ser aqui suscitadas. O princípio de justiça distributiva (*sui cuique tribuere*), reconhecido como próprio às sociedades em face a seus membros, seria extensivo às relações entre as sociedades? Não é o que entende Rawls in *The Law of Peoples*: não têm as sociedades um direito à justiça distributiva, como teriam, no interior delas, seus membros; mas as sociedades liberais ou decentes têm um dever, limitado sem dúvida, de assistência às menos favorecidas. Adeus, assim, ao direito ao desenvolvimento.

11 Denis Borges Barbosa, Margaret Chon and Andrés Moncayo von Hase, *Slouching Towards Development In International Intellectual Property*, artigo a ser publicado na *Michigan State Law Review*, em 2007: “The development as freedom model figures prominently in the United Nations Millennium Development Goals (UNMDG). The United Nations Development Programme (UNDP) has propounded the model of development as freedom since 1991. The human development index (HDI) approach, as opposed to the gross domestic product (GDP) approach, emphasizes the distribution of human capability opportunities in measuring development. It includes not only the growth measure of per capita GDP, but also literacy and health measures. It is now widely used as a development metric by other international agencies. By contrast, international intellectual property law institutions such as the WIPO and WTO unreflectively rely on a “development as growth” model. This approach, which is often shared by policymakers from developed countries with well-entrenched intellectual property industries, tends to view the goal of international intellectual property as encouraging economic growth, increasing trade liberalization, promoting foreign direct investment and ultimately enhancing innovation through technology transfer”.

Lembra Adriana Diaféria ¹²:

Na década de 70, a Assembléia das Nações Unidas proclamou nova declaração internacional reafirmando os princípios insculpidos na Carta das Nações Unidas e fortalecendo a idéia de cooperação entre os Estados, para o crescimento econômico em todo o mundo, mais intensamente nos países em desenvolvimento, restando plenamente reconhecido o direito ao desenvolvimento como um dos direitos humanos de terceira geração.

Nesse esteio, no que diz respeito especificamente ao progresso científico e tecnológico, em 10 de novembro de 1975, a Assembléia Geral das Nações Unidas, através da Resolução n. 3.384 (XXX)¹³, proclamou a Declaração sobre o Uso do Progresso Científico e Tecnológico no Interesse da Paz e em Benefício da Humanidade, reconhecendo que o progresso científico e tecnológico representa papel de grande importância no desenvolvimento social e econômico dos países em desenvolvimento. Além disso, afirma que a transferência da ciência e da tecnologia deve ser um dos principais meios de acelerar o desenvolvimento econômico e social desses países.

Portanto, identifica-se que o direito ao progresso econômico, científico e tecnológico está diretamente vinculado ao direito ao desenvolvimento, reafirmando o seu reconhecimento como elemento fundamental para a promoção de um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que tenha por objetivo essencial o constante incremento do bem-estar de toda a coletividade, mediante a participação ativa e livre no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes.¹⁴

Desenvolvimento como propósito da compra pública

A noção de “desenvolvimento” como razão de compra pública, no entanto, tem de ser qualificada de forma mais instrumental. Embora a Lei 12.349/2010 não defina normativamente qual “desenvolvimento” seria o objeto do estímulo do poder de compra do estado, parece claro que o desenvolvimento econômico e, em particular, tecnológico seria um de suas vertentes principais.

Assim verbera a Exposição de Motivos do Executivo:

6. 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. É importante notar que a proposição fundamenta-se nos seguintes dispositivos da Constituição Federal de 1988: (i) inciso II do artigo 3º, que inclui o desenvolvimento nacional como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil; (ii) incisos I e VIII do artigo 170, atinentes à organização da ordem econômica nacional, que deve observar, entre outros princípios, a soberania nacional e a busca do pleno emprego; (iii) artigo 174, que dispõe sobre as funções a serem exercidas pelo Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica; e (iv) artigo 219, que trata de incentivos ao mercado interno,

12 DIAFÉRIA, Adriana, Patente de genes humanos e a tutela dos interesses difusos - O Direito Ao Progresso Econômico, Científico E Tecnológico, Tese de doutorado, USP, 2005.

13 Felipe Gómez Isa levanta a discussão em torno da relatividade da validade jurídica das Resoluções da Assembléia Geral das Nações Unidas, uma vez que grande parte da doutrina de direito internacional entende que essa validade depende da avaliação das circunstâncias em que são adotadas, da forma e do quorum de aprovação, muitas vezes restando apenas o reconhecimento como soft-law, não surtindo plenamente efeitos jurídicos, uma vez que não obriga os Estados ao seu efetivo cumprimento. (GOMÉZ ISA, Felipe. El derecho al desarrollo: entre la justicia y la solidaridad, cit., p. 16-17).

14 Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, adotada pela Resolução n. 41/128 da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>.

de forma a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem estar da população e a autonomia tecnológica do país.

Desenvolvimento e filtro da isonomia

Ao referir-se ao desenvolvimento, a norma legal aponta uma finalidade mediata, que transcende, mas incorpora, o objeto direto da licitação ¹⁵.

Tal pode dar-se em três hipóteses. A primeira, pela escolha do objeto da aquisição. Compram-se carros, mas especifica-se que eles devam ter características meditas tais que contribuam para determinados fins públicos. O carro servirá certamente à finalidade de transporte; mas mediatamente, contribuirá a fins mediatos. Por exemplo, como induz a Lei nº 12.187/2009, relativa à Política Nacional sobre Mudança do Clima:

Art. 6o São instrumentos da Política Nacional sobre Mudança do Clima: (...)

XII - as medidas existentes, ou a serem criadas, que estimulem o desenvolvimento de processos e tecnologias, que contribuam para a redução de emissões e remoções de gases de efeito estufa, bem como para a adaptação, dentre as quais o estabelecimento de critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas, compreendidas aí as parcerias público-privadas e a autorização, permissão, outorga e concessão para exploração de serviços públicos e recursos naturais, para as propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos;

A segunda hipótese é ainda de uma escolha objetiva, mas de bem ainda não existente, cujo risco e incerteza de vir a existir é assumido pelo comprador. É a hipótese a que o art. 20 da Lei de Inovação devia dirigir-se. O desenvolvimento aqui é servido pela assunção da incerteza pelo estado, seja ele consumidor direto do bem gerado, seja o *novus* a ser disponibilizado para a sociedade. Exatamente sobre essa questão, notamos em outro estudo constante deste livro ¹⁶:

Duas abordagens diferentes podem ser tomadas para desenvolver tecnologias ambientalmente saudáveis: (a) comprar coisas que incorporem tais tecnologias, o que torna a compra - do ponto de vista do direito dos contratos públicos, um instrumento neutro - e (b) quando o propósito do Governo é o desenvolvimento de tecnologias que ainda não existem, portanto, não incorporadas em produtos. A assunção de risco e de incerteza pelo adquirente é, por si só, um uso não-neutro do poder de compra.

Existe uma forma neutra de comprar tecnologias a serem desenvolvidas: colocando prêmios como indicadores, e quem cumprir o resultado valorizado recebe o valor declarado. Mas o risco ou a incerteza remanesce com o desenvolvedor. Quando o governo assume o risco, porque ele está usando o poder de compra como uma ferramenta de desenvolvimento, a simples escolha de pagar, por causa da incerteza é não-neutra.

Além disso, como acontece quando o governo está fornecendo uma margem de proteção para a produção de conteúdo nacional, através da compra de incerteza, não há discriminação em favor de uma determinada tecnologia não desenvolvida, ou em favor de certos fornecedores de tecnologia.

¹⁵ “ Ou seja, a contratação seria orientada não apenas à satisfação das necessidades imediatas da Administração Pública, mas também à concretização de certos objetivos mediatos e indiretos.” JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

¹⁶ The role of government procurement in regard to development, dissemination, and costs of climate change technologies

A preferência na aquisição prevista na Lei 12.187, assim, é neutra; é escolha de objeto, como notamos no estudo sobre preferências nas licitações. E as preferências objetivas não põem em questão a regra de isonomia. A segunda hipótese, ainda que não neutra, não importa necessariamente em escolha subjetiva.

A terceira hipótese é de ponderar a escolha levando em conta elementos subjetivos do contratado, como, por exemplo, o fato de ser ele empresa nacional, ou desenvolver tecnologias (que não as que são objeto de elaboração para os fins do contrato). Neste caso, impõe-se uma racionalidade no critério de escolha, e uma razoabilidade em face dos interesses legais pertinentes, para não infringir os princípios gerais da Administração Pública.

O elemento essencial neste caso é que o sujeito escolhido, segundo os filtros da racionalidade (aqui, igual a eficiência) e razoabilidade (aqui, saldo positivo após confrontação dos interesses contrapostos) sirva aos fins consagrados pelo direito. Neste último caso, com escolha subjetiva, mas cujo fim mediato é o desenvolvimento, sendo esse um dos valores essenciais da missão constitucional, o objeto mediado integra a avaliação de razoabilidade.

No caso específico da Lei 12.349/2010, há escolhas de certos sujeitos que se postula melhor servirem ao desenvolvimento nacional: quem fabricar aqui, quem for empresa nacional, quem desenvolver tecnologia aqui.

Nota Marçal Justen Filho ¹⁷:

8.7.1.5 E à promoção do desenvolvimento nacional

A licitação não se destina apenas a obter uma proposta de contratação vantajosa para a Administração Pública. Também é orientada a promover o desenvolvimento nacional, nos termos determinados pela redação dada pela MP nº 495 ao art. 3º da Lei nº 8.666.

Isso significa consagrar uma função regulatória específica e autônoma para a licitação e a contratação administrativa. Não se trata apenas de obter a contratação economicamente e tecnicamente mais vantajosa, mas também de aproveitar a oportunidade da contratação para fomentar o desenvolvimento nacional.

A contratação administrativa passou a ser concebida como um instrumento para a realização de outros fins, além da promoção de compras, serviços e alienações. Por meio dos contratos administrativos, o Estado brasileiro intervém sobre diversos setores (econômicos, sociais, tecnológicos etc.).

A tendência a adotar uma função mais ampla para a licitação recebeu um grande impulso com a Lei Complementar nº 123, orientada a incentivar a microempresas e as empresas de pequeno porte. Essa concepção foi generalizada por meio das alterações trazidas pela MP nº 495.

Rigorosamente, a promoção do desenvolvimento nacional é obtida não por meio da licitação, mas por via da contratação propriamente dita.

E, mais adiante:

8.7.5 A promoção do desenvolvimento nacional e a isonomia

¹⁷ JUSTEN, Marçal Filho. Curso de Direito Administrativo. Editora Fórum; 2011, Belo Horizonte. Pag. 448 e 455.

A MP nº 495 ampliou as finalidades da licitação, fazendo referência à promoção do desenvolvimento nacional. Essa modificação afeta o modo de aplicar o princípio da isonomia e modifica a avaliação da vantajosidade das propostas.

A isonomia é afetada porque se admite a estipulação de preferências em favor de bens e serviços relacionados à promoção do desenvolvimento nacional. Essas preferências não são arbitrárias e tampouco dizem respeito à nacionalidade do licitante, uma vez que um licitante estrangeiro que ofereça bens ou serviços produzidos no Brasil será beneficiado em face de licitante brasileiro que ofereça bens ou serviços estrangeiros, por exemplo. Trata-se de uma preferência de cunho impessoal, relacionada aos objetivos fundamentais da Nação. Apesar disso, admitem-se diferenciações entre propostas que, sob certo aspecto, podem apresentar-se como semelhantes. O tratamento preferencial para as propostas mais aptas a promover o desenvolvimento nacional não infringe a isonomia.

Ademais, a licitação será orientada não apenas a selecionar a proposta mais vantajosa sob o prisma econômico em sentido estrito (por exemplo, o menor preço), mas também envolverá a promoção do desenvolvimento nacional.

O autor nota que a preferência afeta a isonomia; mas conclui que “o tratamento preferencial para as propostas mais aptas a promover o desenvolvimento nacional não infringe a isonomia”. É opinião respeitável, ainda que hajamos anteriormente indicado que, à luz do dispositivo constitucional,

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações

tivéssemos aqui uma isonomia qualificada, mais estrita do que a simples impessoalidade do *caput* do art. 37.

Com efeito, nota Ruy Rosado de Aguiar Junior ¹⁸, a discriminação é legal, se, cumulativamente: (a) a hipótese é descrita precisamente; (b) há um fator discriminante que singulariza a hipótese; (c) o fator discriminante “é desvalioso para o sistema jurídico em geral”; (d) para superar esse fator, a norma escolhe sujeito determinado; (e) o objetivo a alcançar com a escolha é compatível com o ordenamento; (f) “há razoável e motivada proporcionalidade entre o dano que se evita e o que possa decorrer da medida”.

O mesmo autor, citando Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra as Silva Martins, lembra que a isonomia só é ofendida quando “o elemento discriminador não se encontre a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito”.

No caso de distinção, para efeitos de isonomia, perante empresa nacional e estrangeira, já manifestamos nosso entendimento de que não há, sob a ótica constitucional, aplicação do *caput* do art. 5º. Da Constituição (vide, neste livro, nosso estudo sobre preferência nas licitações).

Nos demais casos, cabe aqui perfazer a análise mais detalhada.

¹⁸ O princípio da igualdade e o direitos das obrigações, in TEPEDINO, Gustavo e FACHHIN, Luiz Edson, org., O Direito e o Tempo, Renovar, 2009.

Preferências nos empates

A Lei 10.973/04, no Art. 27, IV, propõe *tratamento preferencial* às empresas investidoras do desenvolvimento tecnológico no país, na aquisição de bens e serviços pelo Poder Público. O teor desta Lei é interventivo, em obediência aos Arts. 218 e 219 da Constituição, que aponta como sua matriz constitucional no Art. 1º, como comentado acima.

Já a Lei 11.196/05 dá *preferência*, sob o Art. 3º da Lei 8.666/93 às mesmas empresas. A lei 8.666/93 trata, sob o Art. 37, XXI da Constituição, essencialmente de compras de bens e serviços pela Administração *para o atendimento de suas necessidades próprias*, em princípio sem qualquer propósito interventivo.

A proposta legislativa era ineficaz e controversa. Como nota em estudo o CGEE ¹⁹:

1.2.2.2. Compras governamentais

O art. 27, em seus incisos III e IV, estabelece que empresas de pequeno porte e empresas que investem em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no país devem ter tratamento diferenciado nas compras governamentais. Da mesma forma que as previstas encomendas tecnológicas, trata-se de conflito aparente com o princípio da isonomia protegido pela Constituição Federal e pela Lei n. 8.666/93.

É importante notar que a Lei do Bem, que será objeto de posterior detalhamento, alterou a redação do art. 3º, § 2º, da Lei n. 8.666/93 para determinar que, em uma licitação, é critério de desempate entre propostas finalistas a contratação de bens e serviços produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no país. Trata-se de dispositivo legal que efetivamente prevê tratamento diferenciado a empresas inovadoras, mas que dificilmente se visualiza na prática, uma vez que em licitações públicas, especialmente realizadas na modalidade pregão, é praticamente impossível haver empate entre propostas. Ou seja: esse tratamento “privilegiado” não é suficiente para fazer valer a pretensão do legislador.

Por outro lado, a eventual pretensão de estabelecer qualquer tipo de privilégio à contratação desse tipo de empresa implicaria em desafiar um dos pressupostos mais fortes da Lei n. 8.666/93: o de que as licitações devem ser julgadas, sempre que possível, pelo critério do menor preço, considerado mais vantajoso para o erário. A maior vantagem corresponde à situação de menor custo e maior benefício para a Administração Pública. Inclusive, esse é o pressuposto defendido por muitos especialistas, que entendem que a licitação é um instrumento para conferir a melhor vantagem à Administração em termos de otimização dos gastos públicos diante da escolha da melhor proposta; nessa linha de raciocínio, não serviria para outros propósitos, como a promoção da política governamental de apoio às empresas que investem em P&D.

Com a alteração da Lei 12.349/2010, em tudo se altera o quadro legislativa anterior quanto à matéria. Assim, cabe-nos aqui – em primeiro lugar – suscitar as questões relativas ao direito anterior à Lei 12.349/2010, para enfim reapreciar a questão à luz da atual norma.

Incentivo à Inovação na licitação para atendimento às necessidades de consumo da Administração

A Lei Federal 8.666/93, o Estatuto das Licitações, previa – antes da Lei 12.349/2010 - em seu Art. 3º o seguinte rol de preferências:

¹⁹ Marco legal da inovação tecnológica, Centro de Gestão e Estudos Estratégicos (Cgee), 2009.

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

I - produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional;

II - produzidos no País;

III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras.

IV - produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

Tal disposição se inseria, no entanto, no contexto de uma veemente afirmação dos valores constitucionais que limitam preferências subjetivas ou desprovidas de impessoalidade:

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.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

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;

II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no Art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991.

O Decreto-Lei nº 2.300 já previa uma regra geral nesse sentido, antes da Constituição de 1988. Já a Constituição “constitucionalizou” o princípio licitatório de igualdade, e a Lei 8.666 que, na sua ementa, diz regulamentar o Art. 37, inciso XXI, da Constituição.

A par da Constituição, o acordo de subsídios do GATT também estabelece algumas barreiras específicas quanto à preferência de licitações, considerando a preferência de licitações como subsídios²⁰. Assim é que se tinha – sempre antes da Lei 12.349/2010 - a preferência no empate. E assim mesmo, ainda inquinada de dúvidas quanto à prevalência e subsistência do dispositivo à luz da Constituição e das modificações da Constituição em 1995²¹.

A preferência de desempate sob a lei anteriortinha efeito econômico e prático muito limitado, e, mesmo assim, questionado quanto a sua constitucionalidade.

20 Quanto à questão, vide o estudo, mais abaixo neste livro, “The role of government procurement in regard to development, dissemination, and costs of climate change technologies”.

21 Quanto à peculiaridade das normas internacionais relativas às preferências nas licitações, vide Denis Borges Barbosa, Direito do Desenvolvimento Industrial, vol. II, Lumen Juris, 1996.

Normas gerais em vigor antes da Lei 12.349/2010

A Lei 8.666 de 21 de junho de 1993 introduziu novos parâmetros, aplicáveis nacionalmente, para as licitações e contratos administrativos. A nova lei, à diferença da anterior, se quer, por inteiro, norma geral, de alcance nacional ²².

Distinções Objetivas

O primeiro inciso deste Art. 3º § 1º do Estatuto das Licitações na sua redação anterior se voltava à proteção do princípio licitatório - o de que, garantida a igualdade de acesso à oferta ou demanda pública, o contrato seja adjudicado ao melhor licitante, tal como definido pela necessidade que leva o Poder Público a contratar. Assim, não será admitida licitação em que se estabeleçam preferências entre os licitantes, a não ser quando tais distinções sejam pertinentes e relevantes para o específico objeto do contrato ²³.

Entre tais distinções, que podem ser irrelevantes, a lei citava a naturalidade, a sede ou o domicílio dos licitantes. Porém, em cada um destes casos, era e é perfeitamente possível conceber hipóteses onde tais peculiaridades dos licitantes se tornem essenciais para a Administração, legitimando a preferência ²⁴.

A distinção em favor de nacionais e do capital nacional

O segundo inciso do Art. 3º § 1º da Lei 8.666/93, em sua redação anterior, se voltava às distinções entre nacionais e estrangeiros, vedando-as - a não ser nos dois casos que, de acordo com o texto constitucional em vigor à data de sua edição, eram pertinentes. A mesma Lei 8.666/93, de outro lado, regulava a regra constitucional que assegurava preferência, nas licitações, às empresas brasileiras *de capital nacional*, categoria de

22É o que parece resultar do disposto no seu artigo inicial: "Esta Lei 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" A extensão aos Estados e Municípios da totalidade das regras contidas na Lei 8.666/93, notadamente no tocante a alienação de bens imóveis, foi questionada perante o Supremo Tribunal Federal, em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn n.97-3), requerida pelo Governador do Estado do Rio Grande do Sul, que obteve medida liminar suspensiva da aplicação de parágrafo, diversos incisos e alíneas do Art.17 da citada Lei (Diário da Justiça, ano 68, n.214, Seção I, 10.11.93). A doutrina, por exemplo, Toshio Mukai, O novo Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Públicos, Ed. RT 1993, p. 16-19, e Jessé Torres Pereira Junior, Comentários à nova Lei da Licitações Públicas, Renovar 1993, p. 15, também entende que nem todas as normas da Lei 8.666 são vinculantes para os estados e municípios e seus órgãos de Administração.

23 Tal princípio encontra respaldo no entendimento do STF expresso em RTJ 103/933, 111/930, 115/576, 119/528, 120/21, Lex/STF 99/262, 97/239, 97/97, RDA 118/61, 150/125 e 158/203. No tocante às normas dando preferência às empresas locais, tem-se decisão do TRF da 5a. Região, com a seguinte ementa: "Nulidade de cláusula que exige que a empresa licitante tenha sede ou filial no Município em que será realizado o serviço. Aplicação do princípio da igualdade entre os licitantes. Segurança concedida" (Ac. unânime da 1a, Turma, DJU de 9/07/90).

24Por exemplo, uma licitação para a prestação de serviços pessoais de atendimento a menores de uma favela, em que o domicílio do licitante na comunidade se torne imperativo; ou quando se selecionem depoentes para uma pesquisa sobre falares regionais, onde a naturalidade e o sotaque do licitante sejam absolutamente necessários; ou a licitação para aquisição pão fresco, na qual a proximidade da padaria ao local de consumo imponha-se. Diz Hely Lopes Meirelles, em seus Estudos e Pareceres, vol. 11, p. 50: "Fatores pertinentes, esclareça-se, são apenas aquelas vantagens peculiares a cada licitação e estritamente relacionadas com seu objeto (não com o autor da proposta) (...). Já Marçal Justen Filho, op. cit., p. 36 lembra: Eventualmente, podem ser admitidas distinções derivadas de fatores geográficos ou tendo em vista origem dos licitantes. Suponha-se a hipótese do alto índice de incidência de certas doenças em certas regiões do Brasil. É válida a previsão de que os concorrentes sediados nessa região estariam obrigados a deveres que não onerariam aqueles em regiões onde a doença não fosse verificada".

distinção resultante do revogado Art. 171 da Constituição ²⁵.

Tais parâmetros de preferência se liam, constituindo norma geral, no Art. 3º, § 2º da Lei 8.666/93, na redação anterior.

A rigor, o dispositivo acrescentava relativamente pouco ao Decreto Lei 2.300/86, que concedia, como mencionado, preferência, em igualdade de condições, para os bens e serviços produzidos no país ²⁶. Ao colocar a nacionalidade do capital da empresa brasileira como primeiro critério de desempate (entenda-se, após ineficazes todos os demais parâmetros estipulados no edital para desigualar as ofertas dos licitantes) a nova Lei não concedia qualquer margem de preferência, nem outra vantagem que permitisse favorecer o produtor nacional quando não houvesse empate.

Após a modificação constitucional, cujos efeitos se verão abaixo, subsistiria apenas os incisos II e III das preferências, este último garantindo como segundo fator na hierarquia, preferência à empresa brasileira ²⁷. Mas vale dar curso a essa análise.

Preferências sob a perspectiva constitucional

Ponto inicial da análise é distinguir se tal tipo preferência legal (seja pela norma anterior à Lei 12.349/2010, seja após esta) tem fundamento constitucional, ou, ainda, se tal liberalidade poderia ser estabelecida mediante lei infraconstitucional.

Condicionantes constitucionais da não-discriminação

A regra genérica de não-discriminação está inscrita no Art. 5º., *caput*, da Carta de 1988, segundo o chamado princípio da isonomia. Assim, salvo alguma exceção também de base constitucional, não é possível estabelecer distinções ou preferências que importem em *discriminação injustificada* entre brasileiros e estrangeiros residentes no País.

As objeções constitucionais às preferências nas licitações

Não obstante nosso entendimento acima, cumpre-nos aqui lembrar alguns argumentos suscitados quanto às preferências em licitações públicas, à luz da Constituição. Um dos temas recorrentes é o da eliminação, através da revogação do art. 171 da Constituição, no tocante às distinções entre empresas nacionais e estrangeiras.

Aceitação ao tratamento diferenciado às microempresas e empresas de

²⁵ Quanto à questão de isonomia, vide nosso estudo A Constituição Federal e a atuação cooperativa entre setores públicos e privados, mais abaixo neste livro.

²⁶ O novo texto, porém, eliminou o requisito do Art. 3º § 2º do Dec. Lei anterior, que exigia, para o reconhecimento da preferência, que a empresa nacional preenchesse as condições satisfatórias quanto a desempenho, qualidade, prazo de entrega e garantia. Pela lei vigente, as condições a serem preenchidas são exclusivamente as do edital. Vide Vilella Souto, *op. cit.*, p. 54.

²⁷ O inciso I do § 2º. Do art. 3º da Lei 8.666/94 foi formalmente revogado pela LEI 12.349/2010, como nota a respectiva exposição de motivos do Executivo: “7. Com referência à alteração do § 2º do art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993, é de se observar que a medida tenciona aperfeiçoar a legislação e promover sua adequação ao disposto na Emenda Constitucional nº 6, de 1995, que revogou o artigo 171 da Constituição Federal.”

pequeno porte

Sem talvez maior objeção seria a preferência constante da Lei Complementar 123, ancorada no art. 170 da Constituição Federal:

Art. 47. Nas contratações públicas da União, dos Estados e dos Municípios, poderá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica, desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente.

Note-se que já surge aí a noção de inovação tecnológica vinculada ao “tratamento diferenciado”, o que não enuncia porém uma exata preferência. Explica Marçal Justen Filho:

A LC nº 123 faculta a realização de licitações diferenciadas, em que se consagre tratamento discriminatório favorável às ME ou EPP. Foram previstas três categorias de licitações diferenciadas. A primeira consiste na licitação destinada à participação exclusiva de ME ou EPP, quando o objeto apresentar valor de até R\$ 80.000,00. A segunda envolve o fracionamento do objeto da licitação, assegurando-se que uma parcela do objeto seja disputada exclusivamente por ME ou EPP. A terceira refere-se à subcontratação compulsória de parte do objeto licitado, de modo que os licitantes sejam constrangidos a recorrer a ME ou EPP para executar parte da prestação objeto do contrato. ((*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 83)

A doutrina e os julgados contra a distinção entre empresas e produtos nacionais

Parte da doutrina de direito administrativo vinha apontando para uma alegada inconstitucionalidade do estabelecimento de *quaisquer* preferências, em sede de lei ordinária, após a promulgação da Emenda Constitucional nº 06/95, que revogou o artigo 171 do texto constitucional. Segundo tal entendimento, a revogação dessa matriz constitucional eliminaria tanto a preferência de empresas ou produtos nacionais (inciso III) quanto mesmo a de “de valor agregado” nacional (inciso II).

Jessé Torres Pereira Junior, por exemplo, é um dos autores que repudia a aplicação do II, §2º, Art. 3º da Lei 8666/93:

“Por isto mesmo, é que permito-me obtemperar que sequer o inciso III do Art. 3º, § 2º, da Lei 8666/93, concilia-se com a nova ordem advinda da Emenda nº 6/95. (...) Ora, se a Constituição desautoriza qualquer distinção entre tais empresas, tampouco o bem que produzem poderá servir de discrimen porque, não raro, terá seu preço condicionado ao mesmo fato da origem da empresa, proscrito na nova ordem constitucional, de ser brasileira ou estrangeira.”²⁸

Mais adiante, o mesmo autor discorda da fundamentação da diferenciação do produto nacional ou de valor agregado nacional através do artigo 219 da CR/88:

“Inalbergável o argumento de que remanesce o Art. 219 da CF/88 a amparar regime protetivo especial em favor do bem produzido no Brasil.”

Também adota entendimento similar o renomado administrativista Marçal Justen

28 *Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública*, Renovar, 2003, pág. 64.

Filho²⁹:

"Não há mais fundamento constitucional para estabelecer preferência em favor de empresa brasileira. Não se admite sequer regra da preferência em função de a prestação ser produzida no Brasil. De todo o modo, observe-se que a divergência tem-se desenvolvido a propósito da aplicação de regras que são inválidas. Mais precisamente, não se admitem as soluções contidas na Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991. Além disso, são totalmente indefensáveis as regras do Dec. Fed. 1.070."

Celso Antonio Bandeira de Mello é mais um jurista que se irresigna contra a aplicação da Lei 8241/91 após a EC 06/95, como adiante se verá da decisão do Tribunal de Contas da União nº 456/2000.

DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

A referida decisão do TCU - nº 456/2000 - merece exame mais detalhado em razão do aprofundado exame da questão, com, inclusive, manifestações antagônicas do Ministério Público e dos Conselheiros do Tribunal.

O Ministério Público, em parecer de lavra do douto Procurador Marinus Eduardo De Vries Marsico, se pronunciou favoravelmente à aplicação da Lei 8.248/91 de modo a tornar compulsória cláusula de preferência no edital do certame em atenção ao interesse público, senão vejamos:

"Quanto ao argumento da supremacia do interesse público (alínea 'c', retro), é preciso que a questão seja examinada com cuidado, de modo a que se identifique exatamente o interesse público em foco, sob pena de se usar o princípio de forma equivocada. A Lei nº 8.248/91 - que dispõe sobre a capacitação e competitividade do setor de informática e automação, e dá outras providências - procedeu à reformulação da Política Nacional de Informática, adequando-a a nova Constituição. Os mecanismos por ela instituídos, que vão desde a concessão de incentivos fiscais e a atribuição de prioridade em financiamentos, até a outorga de preferência nas aquisições de bens e serviços de informática realizadas pelo setor público (direito de preferência), constituem, em seu conjunto, uma política pública setorial. É de se notar que a implementação desta política - como em regra acontece em todas as outras - acarreta custos aos cofres públicos que o legislador, ao aprovar a lei, entendeu diminutos em relação aos objetivos que ela pretende alcançar. Tendo sido essa a opção do legislador, não cabe à Administração questioná-la, uma vez que a escolha da prioridade na alocação do recurso público foi feita pelo agente político competente. Portanto, se a utilização do direito de preferência não resultar na escolha da menor proposta, esta, ainda assim, será considerada a proposta que atende ao interesse público maior, por estar em sintonia com a política setorial estabelecida e de acordo com o princípio da legalidade. (...) **Nesse sentido, ante a não adoção do direito de preferência na fase de adjudicação do objeto, restou configurada grave infringência ao disposto no Art. 45, § 4º, da Lei nº 8.666/93, com a redação dada pela Lei nº 8.883/94, c/c o Art. 3º da Lei nº 8.248/91, viciando o procedimento adjudicatório e os atos dele decorrentes, o que, segundo entendemos, deve ser imediatamente corrigido pela Administração do TSE.**" (grifamos)

Por sua vez, o voto do Relator Ministro Benjamin Zymler, adotado por unanimidade, entendia de forma peremptória que o artigo 3º da Lei nº 8248/91 foi revogado com a publicação da EC 06/95 e inadmissível a conferência de preferência a produto com amparo nos artigos 218 e 219 da CR/88:

"Feitas essas considerações preliminares, é de esclarecer que o ponto fulcral da presente representação é a subsistência ou não, após o advento da Emenda Constitucional nº 6/95, do direito de preferência para bens e serviços de informática com tecnologia nacional ou produzidos no País com significativo valor agregado nacional.

Não resta dúvida de que a preferência outrora concedida à empresa brasileira de capital nacional foi afastada pela revogação do Art. 171 da Magna Carta, mesmo porque, em consequência dessa alteração constitucional, o conceito de empresa brasileira de capital nacional deixou de existir no mundo jurídico. Interessa saber, para o deslinde da matéria, se o Art. 3º da Lei nº 8.248/91 teria sido inteiramente revogado ou se remanesceria algum tipo de privilégio, nele previsto, para bens e serviços de informática. (...)

Percebe-se, pois, com as devidas vênias dos pareceres do MP/TCU e da Unidade Técnica, que não pode sobreviver no ordenamento jurídico brasileiro exceção à regra da isonomia dos licitantes que não derive expressamente da Lei Maior. O contrário constituiria completa subversão ao princípio da supremacia constitucional.

Entendo, na linha do parecer mencionado, que o § 1º do Art. 3º da Lei nº 8.248/91, que conferia tratamento diferenciado às empresas nas licitações, conforme a natureza do bem ou serviço de informática, é meramente acessório. O Art. 3º estabelece critérios para o exercício do direito de preferência por parte da empresa brasileira de capital nacional, com fulcro no Art. 171 da Constituição Federal. Assim, ficou definido que, dentre as empresas brasileiras de capital nacional, seria observada a seguinte ordem: a) bens e serviços com tecnologia nacional e b) bens e serviços produzidos no País, com significativo valor agregado local. Contudo, em não sendo possível assegurar à empresa brasileira de capital nacional o direito de preferência, aplicar-se-ia às demais empresas os mesmos critérios estabelecidos nos incisos I e II do Art. 3º da Lei de Informática. Ou seja, esse último tipo de preferência não possui vida autônoma. Só subsiste se considerado, como pressuposto lógico, a existência do direito de preferência para a empresa brasileira de capital nacional. Mesmo porque o único dispositivo constitucional que permitia a diferenciação entre os licitantes era o Art. 171. Aqui, o brocardo latino "o acessório segue a sorte do principal" ganha especial ênfase.

Pelo exposto até o momento, este Relator, na linha esposada por Marçal Justen Filho, entende revogadas, após o advento da EC nº 6/95, todas as normas infraconstitucionais que não observam o princípio da isonomia entre os licitantes. Importante ressaltar que, antes mesmo da edição da EC nº 6/95, o Decreto nº 1.070/94 era impugnado por Celso Antônio Bandeira de Mello (vide parecer na publicação Informativo de Licitações e Contratos nº 22, Zênite, de dezembro de 1995), porque teria exorbitado do poder regulamentar e contrariado a própria norma objeto de regulamentação. A seu ver, a Lei nº 8.248/91 previa a utilização do direito de preferência, seja para a empresa brasileira de capital nacional, seja para os bens de tecnologia nacional ou de significativo valor agregado nacional, quando ocorressem condições equivalentes de "prazo de entrega, suporte de serviços, qualidade, padronização, compatibilidade e especificação de desempenho e preço" (§ 2º do Art. 3º da Lei nº 8.248/91). O Decreto, em seu Art. 4º, por outro lado, determinava fossem consideradas equivalentes as propostas pré-qualificadas que não apresentassem diferença de preço superior a doze por cento. Segundo Bandeira de Mello, propostas com diferença de preço de doze por cento não poderiam ser consideradas equivalentes, nem por força de Decreto. Aqui, haveria desobediência expressa a texto legal.

De todo o exposto, conclui-se não ser procedente a presente Representação, uma vez que o TSE, ao não-acatar o invocado direito de preferência, observou os mandamentos constitucionais insertos no inciso XXI do Art. 37, que determinam que os procedimentos licitatórios devem observar o princípio da isonomia entre os licitantes." (grifamos)

Decisões do TSE

Em análise da jurisprudência sobre o tema,³⁰ encontram-se decisões junto ao Tribunal Superior Eleitoral que entendem pela derrogação das normas que estabelecem preferências em matéria de licitações, observando que deve prevalecer o princípio da isonomia. O TSE manifestou-se quanto à inaplicabilidade do direito de preferência: a

30 Em 24.5.2000, o Ministro-Presidente do TSE encaminhou o Ofício nº 1668, por meio do qual noticia que a empresa Unisys teve seu pedido de segurança denegado por aquele Tribunal Eleitoral e que, irrisignada, interpôs recurso ordinário em mandado de segurança para o Supremo Tribunal Federal. Informa, ainda, que o licitante Itautec também requereu mandado de segurança, tendo sido negada a concessão de medida liminar.

primeira delas por ocasião na Concorrência nº 2/97 e, a segunda, na Concorrência nº 27/99, ambas para aquisição de urnas eletrônicas. O então Ministro-Presidente Ilmar Galvão adotou o seguinte posicionamento:

"Deixo de conhecer do argüido direito de preferência, seja porque estranho ao regime estabelecido no edital desta licitação, seja porque incabível em face da Emenda Constitucional nº 6/95, seja porque inconciliável com a cessão, ao TSE, de todos os direitos autorais concernentes às urnas eletrônicas utilizadas em pleitos sujeitos à Justiça Eleitoral brasileira, seja porque o argüente não preencheria as condições regulamentadoras da preferência acaso subsistente na ordem jurídica positiva."

Destacamos abaixo a decisão no Mandado de Segurança 2810, Relator o Min. Jacy Garcia Vieira, que reiterou o posicionamento contrário ao direito de preferência, *in verbis*:

MS-2810	2810	MS - MANDADO DE SEGURANCA		
Tipo do Documento	Nº Decisão	Município - UF	Origem	Data
1 - ACÓRDÃO	2810	BRASÍLIA - DF		03/08/2000
Relator(a)	JACY GARCIA VIEIRA	Relator(a) designado(a)		
Publicação	DJ - Diário de Justiça, Volume 1, Data 29/09/2000, Página 169			

Ementa Mandado de segurança. Urnas eletrônicas. **Licitação. Direito de preferência.** Com o advento da Emenda Constitucional nº 6, de 1995, não subsiste o **direito de preferência** para aquisição de produtos de informática com tecnologia nacional. Derrogação das normas infraconstitucionais sobre a matéria, devendo-se observar o princípio da igualdade entre os licitantes.

Segurança denegada.

Assim, à luz desse corpo doutrinário e jurisprudencial, a forma de intervenção que dá preferência em matéria de licitação através de lei ordinária, ainda que aqui se esteja falando tão somente de critério de desempate, pareceria entrar em séria tensão com o disposto no artigo 37, XXI, da Constituição da República, que assegura *igualdade* de condições entre os concorrentes.

Não é, no entanto, o que resulta, quando se fala de intervenção fundada no Art. 218 e 219 da Constituição, para os efeitos específicos da inovação. Veremos a seguir.

Nosso entendimento quanto ao efeito da revogação do art. 171 da CF88

Como já nos posicionamos anteriormente ³¹:

Eliminada do texto constitucional pela Emenda nº 6/95, a norma do Art. 171 cessa de ter os efeitos que antes tinha, sem que de sua revogação se possa depreender uma assombração hamletiana da lei extinta em áreas que, quando em vida, jamais frequentou. Não se espere que, através da mutação constitucional, o Art. 171 passe a ter, na realidade jurídica, a eficácia totêmica que seus opositores lhe emprestavam.

31 Direito do Desenvolvimento Industrial, Vol. I, Direito de Acesso do Capital Estrangeiro, Lumen Juris, 1996.

Os efeitos são, simplesmente, os seguintes:

a) Desconstituindo-se o conceito de empresa nacional, remanesce o da lei ordinária, no caso, o do Art. 60 do Dec. Lei 2.728/40; e os que outras leis vierem a propor no futuro.

b) Extinta a as categorias específicas de empresas brasileiras, às quais se atrelavam benefícios e preferências determinadas, aplica-se às empresas brasileiras o princípio isonômico, na forma que ele se configura na Carta da República; o que não significa atribuir-lhes igualdade mecânica.

Engana-se, assim, o ilustre prolator do Parecer nº 231, de 13 de novembro de 1995, da Consultoria Jurídica do MCT, que indicou a aplicação da Emenda nº 6 ao setor de informática, ao emprestar à mudança constitucional uma extensão incompatível com o dispositivo revogado, quando em vigor:

“Induidoso, pois, que a mens legis é a eliminação da distinção entre as empresas em razão da origem do seu capital. (...) 1ª) a Emenda Constitucional nº 6/95, revogando in totum o Art. 171 da Constituição - e conseqüentemente extinguindo os conceitos de empresa brasileira e de empresa brasileira de capital nacional, bem assim a faculdade inserta no seu § 1º e a determinação contida no § 2º - instituiu um novo regime em que se inadmitte a distinção entre empresas em função da origem do seu capital; restaurou, portanto, nesse particular, o regime igualitário entre as empresas e extirpou todos os privilégios que em decorrência dessa distinção podia legislação ordinária conferir;

2ª) de conseguinte, toda a legislação infraconstitucional, no que conceituava qualquer destas categorias de empresa, ou previa para elas, qualquer privilégio, restou derogada, posto que incompatível com a nova ordem, não tendo sido, portanto, recepcionada;”

c) No tocante às licitações públicas, *eliminou-se* a preferência às empresas brasileiras de capital nacional. (...)

Nem quanto ao direito de acesso do capital estrangeiro, nem quanto a incentivos e benefícios especiais a setores considerados estratégicos, a revogação[...] produz quaisquer efeitos. A Exposição de Motivos no. 37/95, que encaminhou a proposta do que seria a Emenda nº 6, é explícita quanto ao ponto:

“5 - Note-se que as alterações propostas não impedem que a legislação ordinária venha a conferir incentivos e benefícios especiais a setores considerados estratégicos, *inexistindo qualquer vedação constitucional nesse sentido*”.

Assim, segundo entendíamos, permanecia em vigor o inciso III do art. 2º. Da Lei 8.666/94, que se remonta a categoria de empresa brasileira, pré-existente ao texto constitucional, e aliás revigorado pelo Código Civil. Permaneceriam igualmente em vigor as várias leis especiais que, para efeitos determinados, definem como empresa nacional entes caracterizados de forma diversa do que o faz o Código Civil.

O Parecer Nº LA- 01 DA agu DE 19/8/2010

Em parecer aprovado pelo Presidente da República, a Advocacia Geral da União vai um pouco além de nosso raciocínio acima, para entender vigentes mesmo distinções entre empresas brasileiras de capital nacional e as de capital estrangeiro:

(...) 145. A regra isonômica contida no caput do art. 5º da Constituição Federal assegura a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país, sem distinção, o acesso a direitos e garantias individuais e coletivos, como o direito à propriedade.

146. Essa é a regra geral que sofre algumas mitigações em face da necessidade de ponderação com outros bens e direitos fundamentais tutelados pelo texto constitucional, como soberania nacional, interesse nacional e proteção a setores estratégicos da economia.

147. É o que se depreende da análise sistêmica, p.ex., do caput do art. 5º com o art. 172, que estabelece, como visto, que a lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, além de regular a remessa de lucros.

148. Da mesma forma, os direitos fundamentais albergados pelo art. 5º relativizam-se quando em cotejo com o disposto no art. 190, dispositivo integrante do Título VII, da Ordem Econômica e Financeira, Capítulo III, da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária.

149. Nesse sentido, Celso Bastos afirma:

Nada obstante ser a propriedade privada um dos direitos fundamentais de que goza todo aquele submetido à ordem jurídica brasileira, não importando se nacional ou estrangeiro, é certo que a Constituição em alguns pontos faz restrições relativamente aos estrangeiros, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas. No artigo sob comento estamos diante de uma dessas hipóteses. (grifei)

150. Perceba-se que toda a sistemática constitucional baseia-se no princípio isonômico genérico (art. 5º, caput) entre brasileiros e estrangeiros residentes no país, e ainda assim, admite mitigações.

151. É absolutamente razoável, pois, extrair, do cotejo desse princípio genérico, com os princípios e regras que possuem sede constitucional, vistos anteriormente, que parametrizam a atividade econômica, o entendimento que restrições aplicáveis a empresas brasileiras controladas por estrangeiros não residentes ou por empresas estrangeiras não sediadas é absolutamente compatível com o texto originário e atual da Constituição de 1988. (...)

163. Não há mais no texto constitucional, de forma genérica, a diferenciação fundada no controle efetivo por pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendido como controle acionário (maioria do capital votante) e exercício de fato e de direito do poder decisório para gerir suas atividades.

164. Para ser brasileira a empresa, basta que tenha se constituído sob a égide das leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no país. É o que se extrai, indiretamente, da dicção do inciso IX do art. 170 e do § 1º do art. 176 da CF. (...)

182. (...) As restrições a estrangeiros e a empresas brasileiras controladas por estrangeiros são totalmente compatíveis com o texto constitucional, seja o originário, seja o posterior à Emenda Constitucional nº 6, de 1995. (...)

261. Trata-se, unicamente, de adotar os recursos próprios de hermenêutica constitucional e, a partir do princípio da unidade da Constituição e da interpretação sistemática, extrair a máxima efetividade dos princípios e normas constitucionais elencados no presente parecer, de modo a produzir, como efeito imediato, a transcendência da literalidade de alguns dispositivos, como por exemplo, a redação original do art. 171 da CF.

262. Tal interpretação literal deu azo à construção de falsas premissas como a que entendia que a partir da constitucionalização do conceito de empresa brasileira e de empresa brasileira de capital nacional, não era mais possível a sobrevivência de diplomas legais que impunham restrições a empresas brasileiras.

263. Essa interpretação, que foi considerada a mais adequada por tantos anos, faz tabula rasa de princípios como soberania nacional econômica, independência nacional, interesse nacional, limitação dos investimentos de acordo com a definição soberana pelo Estado brasileiro dos setores considerados estratégicos, além de desconsiderar que restrições genéricas às empresas nacionais estavam lá, plasmadas no texto constitucional para quem as quisesse ver.

Preferências em licitações como compatíveis com o texto constitucional

O que traz o Parecer de 19/8/2010 é que subsistem distinções entre empresas nacionais de capital e de capital estrangeiro, pelo menos no tocante à aquisição de propriedades

imobiliárias estrangeiras em áreas de fronteira; assim, mesmo a distinção entre empresas nacionais segundo seu capital continuaria a ser compatível com nosso sistema constitucional. Com muitíssimo mais razão pode-se distinguir – em sede de lei de licitações – entre licitantes nacionais e estrangeiros, sempre que tais distinções se assentem numa norma de razoabilidade.

O entendimento do Parecer, no entanto, não pode ser levado ao campo das licitações. Mesmo no tocante a licitações, onde há regra de isonomia mais estrita, não é de se verem restrições às preferências às empresas nacionais em demérito das empresas estrangeiras, desde que garantida a isonomia entre empresas nacionais:

Vinculadas a uma norma constitucional de igualdade estrita³², como se lerá na seção deste livro pertinente ao caso, as leis relativas às licitações públicas constituem um caso específico na aplicação da isonomia. Neste contexto específico, entendemos que, após a mudança constitucional, as diferenciações entre **empresas brasileiras** com base na origem de seu capital *para efeitos de admissão ao procedimento licitatório* não se adequam ao sistema jurídico brasileiro, não sendo mais aplicáveis³³.

Assim, não é de se entender que existam quaisquer vedações *de sede constitucional* às distinções entre empresas brasileiras e não brasileiras, embora subsistam – segundo entendemos – as de empresas brasileiras de capital estrangeiro e as de capital nacional.

O precedente da Lei de Informática

Existe precedente, *no âmbito federal*, análogo - no setor de informática – como disposto na Lei nº 8248/91, ao estabelecer preferência dos bens e serviços *com tecnologia desenvolvida no País*, nos termos do que dispõe o artigo 3º dessa lei³⁴:

“Art. 3º Os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta ou indireta, as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público e as demais organizações sob o controle direto ou indireto da União darão preferência, nas aquisições de bens e serviços de informática e automação, observada a seguinte ordem, a:

32 O art. 37, XXI, da Carta não fala de isonomia mas de *igualdade de condições a todos concorrentes*. Claramente se distingue a igualdade estrita deste dispositivo e a isonomia genérica do art. 5o. Vide Sergio de Andréa Ferreira, Comentários à Constituição, Freitas Bastos, 1991, p. 235.

33 Há que se enfatizar que esta constatação, de cunho estritamente técnico jurídico, não traduz nenhum juízo de valor quanto ao bom senso da mutação constitucional, num contexto histórico em que o reforço do controle do capital estrangeiro é reforçado no mais importante país de economia de mercado. Em estudo de 1991, solicitado pelo Ministério das Relações Exteriores, tivemos oportunidade de mencionar: “Depois de décadas como o principal beneficiário da economia multinacional, os Estados Unidos começam também a temer o poder dos grandes grupos internacionais. A chamada emenda Exon-Florio permite agora o Presidente dos Estados Unidos suspender as operações de *taking over* pelas quais uma empresa estrangeira assume o controle de uma empresa americana de forma que pudesse ameaçar a Segurança Nacional (Defense Production Act of 1950, Sec. 71, 50 U.S.C., App. 2158, *et seq.*, as added by the Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988, 5021, Pub.L. No. 100-418, 102 Stat. 1107, 1425-26). A legislação brasileira, tida por intervencionista, nunca teve um dispositivo de tal natureza em vigor. Segundo Barry K. Robinson, Practical Comments on the Exon-Florio Provisions and proposed Regulations, *in* The Commerce Department Speaks, PLI (1990) vol. I, pg. 197., os primeiros casos suscitados em menos de dois anos de vigência foram os da aquisição de uma fábrica de chips de silicone da Monsanto pela alemã Huels AG e a compra da General Ceramics pela Tokuyama Soda Co”. No Canadá, o Investment Canada Act, S.C. 1985, c. 20, tem dispositivo análogo.

34 Com a redação dada pela Lei nº 10.176, de 11.1.2001.

I - bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País;

II - bens e serviços produzidos de acordo com processo produtivo básico, na forma a ser definida pelo Poder Executivo.

(...) § 2º Para o exercício desta preferência, levar-se-ão em conta condições equivalentes de prazo de entrega, suporte de serviços, qualidade, padronização, compatibilidade e especificação de desempenho e preço.

A Lei nº 8.248/91 consolidou, no tocante às compras de bens e serviços da União no setor de informática e automação, a preferência, em caso de empate de concorrentes no certame público, para equipamentos e materiais produzidos no país com tecnologia nacional, i.e., produtos que possuem valor agregado local nos termos descritos na lei e regulamentação própria.

A Lei nº 8248/91 vem sendo aplicada, neste contexto, regularmente. Assim, na redação dos Editais de Licitação conta cláusula de desempate nos seguintes termos:

“Como critério de adjudicação, dentre as propostas equivalentes, será dada preferência àquela que oferecer produtos produzidos com significativo valor agregado local.”³⁵

A subsistência da cláusula preferencial antes da Lei 12.349/2010

A permanência de uma cláusula preferencial como esta parte do princípio de que o inciso III, § 2º, Art. 3º da Lei 8666/93 não teria sido revogado pela EC 06/95. Este é o entendimento por nós esposado, que acompanha histórico sobre o tema das preferências em matéria de licitação ³⁶.

A legislação ordinária antes de 1988

Prévia à Constituição de 1988, a legislação nacional se achava representada, ao nível de normas gerais, pelo Decreto Lei 2.300/76, como alterado. O instrumento foi recepcionado pela nova Constituição, que, aliás, assegurou sua prevalência sobre a legislação estadual e local, o que sofria dúvidas no regime anterior; tal prevalência se acha restrita, porém, às normas gerais, contidas no decreto-lei, que não são todas. Vale dizer, havia normas que só se aplicavam na esfera federal, com legislação complementar em decreto executivo.

Outras Preferências entre licitantes

No regime anterior ao 8.666/93, determinava-se a existência das seguintes normas de preferência ao nível de lei ordinária³⁷:

- a) O Art. 3º § 2º do Dec. Lei 2.300/86, que assegurava preferência aos bens e serviços produzidos no país por empresas nacionais, em igualdade de condições e à vista do critério ou julgamento estabelecido no instrumento convocatório.
- b) O Art. 25 § 10º do mesmo decreto-lei que exigia, em concorrências internacionais, que as empresas estrangeiras se consorciassem com as nacionais ou mantivessem representante no Brasil.

35 Disponível em www.mc.gov.br/edital/ed_02_2002. Edital de Concorrência 02/2002-MC

36 Direito do Desenvolvimento Industrial, vol. II, op. Cit.

37 Carlos Pinto Coelho, Licitações e Contratos, Ed. Lê 1990, p. 30.

c) A lei 7.232 de 29 de outubro de 1986 (lei da Informática), que restringia às empresas nacionais a participação em licitações públicas relativas a bens e serviços do setor.

d) O Art. 546 da CLT que dá preferência às empresas sindicalizadas na concessão de serviços públicos ou no fornecimento de bens e serviços à Administração³⁸.

Preferências aos licitantes após a mudança constitucional de 1995

Por efeito da Emenda Constitucional nº 6, de 15 de agosto de 1995, foi inequivocamente suprimido o primeiro parâmetro de desempate no caso de licitações públicas, previsto no Art. 3º Da Lei 8.666/93, que conferia aos licitantes que fossem *empresas brasileiras de capital nacional* a prioridade.

Restaria, de outro lado, intocado o inciso II, que trata de preferência *objetiva* à produção nacional, independente de nacionalidade da empresa ou de seu capital.

Como notamos em trabalho anterior:

Mantém-se intacto, porém, como primeiro critério de desempate, o parâmetro objetivo do fixados no Art. 3º, § 2º da Lei 8.666/93, em seu inciso II.³⁹ (grifamos)

O mesmo entendimento, isto é, de que o inciso II, § 2º, Art.3º da Lei 8666/93 permanece em vigor, é o que ainda prevalecia no âmbito da Administração Federal mesmo antes da Lei 12.349/2010. É aqui pertinente a citação do Parecer nº 231, de 13 de novembro de 1995, da Consultoria Jurídica do MCT, segundo o qual o fundamento constitucional para esse tipo de benefício seria os Arts. 218 e 219 da CR/88:

Subsiste tão apenas o dispositivo que determina dar, em igualdade de condições, preferência aos bens e serviços produzidos no País, de vez que para tanto há lastro constitucional suficiente: o mesmo arrolado como suporte à política para o setor de informática, mais precisamente o disposto no Art. 219.”⁴⁰

(...) Situação diversa, todavia, verifica-se com o tratamento preferencial que tem por espeque os outros citados dispositivos constitucionais, pois, como já referido, nesse particular inexistiu qualquer mudança. Tal é o caso da preferência outorgada a bens e serviços produzidos no País sob certas condições, que são objeto de regramento específico no § 1º do Art. 3º da Lei nº 8.248/91”.

No entanto, o mesmo parecer entende que não mais subsiste, porém, o inciso III, que daria preferência, após a produção local, à *empresa brasileira*⁴¹, independentemente de seu capital.:

“...não podem prevalecer as preferências previstas nos incisos I e III do § 2º do Art. 3º ...Fundadas em categorias de empresas cujos conceitos foram extintos constitucionalmente, não se concebe tenham sido elas recepcionadas pela Constituição emendada.

38No entender de Marcos Juruena Villela Souto, Licitações e Contratos Administrativos, ADCOAS, 1993 p. 47, tal dispositivo da CLT seria inconstitucional. Além destas preferências da lei ordinária, note-se que o Art. 199 § 1º da Carta de 1988 garante preferência às entidades filantrópicas e sem fins lucrativos no âmbito do SUS.

39 “Preferências nas Licitações Públicas.” In A Eficácia do Direito Autônomo e outros Estudos de Direito Público, Lúmen Júris, 2003, págs. 92/98.

40 Parecer 231/95 apud Jessé Torres Pereira Junior, Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública, Renovar, 2003, pág. 63. IOB Textos Legais 48/95, p. TL 1.520

41 Quanto ao conceito relevante de empresa brasileira, vide nossos comentários sob o Art. 19 da Lei de Inovação.

Ao contrário do que entende o Parecer 231/95 do MCT, no entanto, não cabia entender que houve revogação da preferência em favor da empresa brasileira – qualquer que seja o controle de seu capital – prevista no inciso III do § 2º da Art.3º da Lei 8666/93.

A preferência como implementada na Lei 8.666/93 antes da Lei 12.349/2010

A preferência era, subjetivamente, configurada em favor de empresa *nacional ou estrangeira* que invista em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País.

Era *objetivamente* configurada após esgotados os fatores de classificação, como preço, técnica, etc. Não se trata de dar à empresa que invista em tecnologia uma *margem* de preferência em face das demais. Não foi assim que o Art. 108 da Lei do bem aplicou a diretriz estabelecida no Art. 27, IV da Lei de Inovação, apenas introduzindo uma preferência *ceteris paribus* (e a última na hierarquia do Art. 3º Da Lei 8.666/93).

A empresa nacional que invista em tecnologia

A preferência pela empresa nacional – independentemente da origem de seu capital – estava assegurada, em precedência a esse caso de prioridade, pelo inciso III do mesmo dispositivo da Lei 8.666/93 ⁴².

Tal se dava independentemente do controle de capital da empresa brasileira (segundo a regra geral do Código Civil ⁴³) ou, considerando tal controle no caso de leis especiais que tomem a participação estrangeira como requisito de caracterização da empresa como nacional.

Se a empresa fosse nacional, ou seja, a *organizada sob as leis brasileiras* e que tenha sua sede no Brasil (ou aquela, sob a lei pertinente, se constitua em empresa brasileira) e, além disso, invista em tecnologia, haverá ela preferência nas compras de bens e tomadas de serviços pelo Poder Público, em igualdade das demais condições, sobre a empresa não nacional que igualmente invista em tecnologia no Brasil.

Efeito prático da preferência

Preferência, depois de esgotados todos os critérios de preço, técnica, etc., se afigura instrumento extremamente limitado. Não é impossível, antes é provável, que os custos do investimento e as incertezas do desenvolvimento técnico, que invista em tecnologia no País, desfavoreçam o licitante; apenas aquele que, heroicamente, supere tais critérios em igualdade de condições com o que se recuse a propiciar a pesquisa e tecnologia nacional, haverá a vantagem em questão.

Assim, o efeito pretendido resultava apenas da junção dos mecanismos de intervenção estatal de caráter não licitatório, como os previstos no Art. 19, especialmente a subvenção. O licitante, favorecido pelos demais dispositivos desta Lei de Inovação, que

42 Mais uma vez, remetemos o leitor ao que dissemos sob o Art. 19 quanto à isonomia constitucional, especialmente em face da pessoa jurídica estrangeira, ou seja, a com sede no exterior e organizada sob leis de outro país.

43 Art. 1.126. É nacional a sociedade organizada de conformidade com a lei brasileira e que tenha no País a sede de sua administração.

tiver fôlego para equiparar-se em preço e técnica aos demais, teria enfim o prêmio para seu denodo.

As alterações resultantes da Lei 12.349/2010

Note-se que a Medida Provisória nº 495, de 19/07/2010, convertida em lei como Lei 12.349/2010, introduziu novas variantes de preferência ao alterar o §2^o⁴⁴ do artigo 3º da Lei 8666/93.

Preferências em empate

Em primeiro lugar, a Lei 12.349/2010 renova a questão de preferência em matéria de empates.

Assim, em casos de empate, será dada preferência sucessiva:

- a) aos bens e serviços produzidos no país.
- b) Se ambos os itens empatados forem produzidos no país, será dada preferência ao produzido por empresa brasileira ⁴⁵
- c) Por fim, como terceiro critério de desempate, temos a preferência por empresas que invistam em pesquisa e desenvolvimento de tecnologia no país.

Quanto a esta modalidade de preferências, cabe apenas repetir o que já se disse acima, inclusive quanto à relativa ineficácia de tais parâmetros como método de incentivo ao desenvolvimento tecnológico.

A margem de preferência

Remete-se o leitor, mais uma vez, ao estudo específico sobre preferências nas licitações. Aqui, no entanto, nos referimos especialmente à questão da margem de preferência e não da preferência no empate, o que era objeto da norma anterior.

A Exposição de Motivos menciona, desassombadamente, a questão da isonomia:

8. O parágrafo 5º do artigo 3º da Lei nº 8.666, de 1993, permite que o Poder Executivo estabeleça margem de preferência para produtos manufaturados e serviços nacionais que atendam normas técnicas brasileiras. O § 6º do referido artigo estipula a margem de preferência, por produto, serviço, grupo de produto ou grupo de serviços em até 25% acima do preço dos

44 “§ 2º Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços: 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.”

45 Poder-se-ia arguir que estaremos ante uma hipótese de questionamento de constitucionalidade, eis que o texto constitucional, em especial o inciso XXI, art. 37, da CR/88, não distingue os concorrentes pela origem de seu capital e determina a igualdade de condições nos processos de licitações. CR - Art. 37. – (...) “XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados *mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes*, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.” Quanto a essa questão, vide adiante neste mesmo estudo.

produtos manufaturados e serviços estrangeiros. Trata-se, a propósito, de diretriz de política pública que se coaduna ao princípio isonômico, referenciado no caput do artigo 3º da Lei nº 8.666, de 1993, considerando-se o intuito do poder público em assegurar, com base em critérios de proporcionalidade e razoabilidade, adequados padrões de equilíbrio concorrencial nos certames licitatórios e, desta forma, propiciar, efetivamente, condições equânimes na oferta de produtos e serviços nacionais e estrangeiros.

O fator discriminante, assim, é que – em certos casos – ao licitante estrangeiro se reconheceriam melhores condições competitivas do que ao nacional; por exemplo, por distinções no sistema tributário. Margem de proteção, neste caso, seria corretiva da hipótese discriminante.

Nestes exatos limites, e enquanto realizada precisamente a hipótese descrita na Exposição de Motivos, mesmo o critério mais exigente de igualdade do art. 37, XIV da Constituição estaria satisfeito. Ou seja, pela margem de proteção, seria assegurada condições iguais a todos participantes, igualdade essa não formal, mas substantiva. Desigualar-se-iam os desiguais, sem reparo, na medida em que isso se desse na proporção de suas desigualdades.

Finalidade da margem de preferência

A preferência se destina a que o estado assuma – ao menos parcialmente – os custos de desenvolvimento tecnológico de novos produtos ou serviços, e da criação de fontes de produção alternativas desses. Como toda medida estatal de incentivo (e a propriedade intelectual é uma delas) a margem cria uma ineficiência estática, com vistas a uma eficiência dinâmica: o estado paga mais por um produto, para propiciar a inovação nos agentes econômicos integrantes da economia nacional, e criar fontes alternativas de serviços e produtos igualmente vinculados à economia nacional.

É evidentemente muito mais racional na economia doméstica por os filhos da família para trabalhar na idade mínima legal, aumentando a renda doméstica; o ganho imediato de tal escolha não precisa explicação. A opção, no entanto, por investimentos momentaneamente ineficientes – manter os filhos dedicados aos estudos até o fim do curso superior – visa garantir uma eficiência postergada. Coisa similar se propões com o mecanismo em questão: sem dúvida, o contribuinte terá menos utilidades imediatas pelo mesmo investimento público, mas é dever das famílias, como o é do estado, criar essas ineficiências passageiras em favor da expectativa de uma eficiência a longo prazo.

Desta feita, têm toda pertinências as críticas – inclusive as enunciadas no Legislativo – que apontam para um aumento de custos para o contribuinte; qualquer mecanismo de incentivo ao desenvolvimento o será. A concessão de patentes o é claramente, como um “tributo imposto ao público”, como já o disse mais de uma vez a Suprema Corte americana.

Assim reflete a Exposição de Motivos:

14. As disposições contidas no inciso III do § 7º e no § 8º, ambos do artigo 3º da Lei nº 8.666, de 1993, têm por objetivo fomentar o desenvolvimento de tecnologia nacional. Sabe-se que tecnologia é, cada vez mais, o fator determinante da competitividade internacional das empresas e da prosperidade das nações. A intervenção estatal, com a utilização do poder de compra fomentando a inovação tecnológica, faz-se necessária no Brasil, tendo em vista que, muito embora o País tenha avançado na produção científica e tecnológica nos últimos anos, registramos relativamente poucas patentes em comparação com os países desenvolvidos.

Retomando a analogia que acima utilizamos, a razoabilidade da decisão de ineficiência imediata em favor de uma eficiência deferida não é realizável em abstrato: para um filho renitente e relapso não é eficiente diferir sua entrada no mercado de trabalho. Assim também, não só a contínua reavaliação das margens de preferência e dos seus destinatários é um imperativo de administração do sistema, quanto um pressuposto de sua legalidade.

Para quais licitações podem ser estabelecidas margens de preferência

O padrão de admissibilidade à margem de preferência está prescrita pelo § 5º do art. 3º da Lei 8.666/94, como disposto pela Lei 12.349/2010:

§ 5º Nos processos de licitação previstos no *caput*, poderá ser estabelecido margem de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras.

Constata-se que a margem de preferência é uma faculdade da administração; não é de caráter geral, nem pode ser imposta ao ente público. A decisão de estabelecer a margem é, de raiz, resultado de uma decisão discricionária, ainda que motivada e condicionada, do Poder Público.

As licitações quanto às quais essa decisão da Administração pode ocorrer são as que versam sobre *produtos manufaturados nacionais*. O que sejam tais objetos está definido no art. 6º da Lei 8.666/94:

XVII - produtos manufaturados nacionais - produtos manufaturados, produzidos no território nacional de acordo com o processo produtivo básico ou com as regras de origem estabelecidas pelo Poder Executivo federal;

A noção de produto manufaturado pode depreender-se aquele assim definido pela legislação fiscal. No entanto:

Nos termos da legislação, há produtos manufaturados que não são industrializados, como aqueles realizados por processo artesanal, ainda que envolva transformação ou montagem, por exemplo, bem como há produtos industrializados que não são produtos manufaturados, como aqueles produtos submetidos, por exemplo, a processos de transformação, montagem ou beneficiamento, mas que não consistem em produto final, e, sim, matéria-prima para outro processo industrial. AC 25856 RS 2003.04.01.025856-6, decidido em 28/03/2006, segunda turma do TRF4, Publicação: DJ 26/04/2006 PÁGINA: 933

A noção de processo produtivo básico (PPB) se ancora em uma massa de normas também de raiz fiscal (Lei de Informática e Zona Franca de Manaus), e está fixada na Lei n.º 8.387, de 30 de dezembro de 1991, como sendo "o conjunto mínimo de operações, no estabelecimento fabril, que caracteriza a efetiva industrialização de determinado produto".

Já a noção de regra de origem se vincula especialmente, no contexto desse dispositivo, às normas de integração regional ⁴⁶. Ambos casos indicam que o objeto da aquisição será

⁴⁶ Vide, a propósito, o capítulo sobre regras de origem no Tratado de Assunção, constante de nosso Tratamento do Capital Estrangeiro desde a Lei de 1962 até a Carta de 1988, encontrado em denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/economia/29.doc, ou em BARBOSA, Denis Borges. Direito de Acesso do Capital Estrangeiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996

caracterizado como tendo um conteúdo mínimo de aporte da economia nacional para poder ser caracterizado como brasileiro (ou, conforme o caso, da economia regional pertinente).

Já a noção de serviços nacionais tem a seguinte definição no mesmo art. 6º da Lei 8.666/94:

XVIII - serviços nacionais - serviços prestados no País, nas condições estabelecidas pelo Poder Executivo federal;

Perceba-se que – talvez inclusive pelo efeito do GATS – não se caracteriza aqui o serviço nacional aquele oriundo de empresas nacionais, ou contendo conteúdo nacional, como ocorre no caso de produtos manufaturados. O *point de rattachement* é o local da prestação de serviços⁴⁷. A definição se completará pelo regulamento desse dispositivo.

Note-se que – pela norma de margem de preferência -, tais serviços e produtos deverão atender a normas técnicas brasileiras. Não cabe aqui discutir o que seriam tais normas: as oficiais, constantes dos regulamentos técnicos do Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, as produzidas aqui, as simplesmente adotadas pela ABNT ou outras fontes produtoras de normas técnicas⁴⁸. Curiosamente, não se favorecem as empresas que detem direitos de propriedade intelectual no Brasil⁴⁹

Nota-se, no entanto, que muitas inovações não estarão ainda normalizadas; este requisito acabará impedindo o uso do incentivo da margem de preferência nesses casos, que poderiam vir a inclusive suscitar a necessidade da criação de norma a partir na nova contribuição. A justificativa de que tal conformidade possibilitaria “a devida equivalência a alternativas disponíveis em outros países”, embora possa promover a equanimidade da comparação para efeitos de aplicação de margem, tem assim um efeito estiolante.

No entanto, as aquisições de objetos ainda não abrangidos em normas – desde que sua

47 Vide, quanto à questão tributária do que seja serviços prestados no país, o nosso Contratos de Tecnologia, ISS e a LC 166, encontrado em <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/tributario/lc116.doc>, ou também em BARBOSA, Denis Borges . Usucapião de Patentes e outros estudos de Propriedade Intelectual . 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

48 Da exposição de Motivos: “11. Ainda com referência ao § 5º do artigo 3º da Lei nº 8.666, de 1993, há que se mencionar a acuidade da medida quanto à associação da margem de preferência para produtos manufaturados e serviços nacionais que atendam normas técnicas brasileiras de qualidade. A medida determina que as compras governamentais domésticas sejam referenciadas a critérios que assegurem a devida equivalência a alternativas disponíveis em outros países”.

49 “China revealed the true intent of its indigenous innovation approach in November 2009 with its indigenous innovation product accreditation scheme—a list of products invented and produced in China that would receive preferences in government procurement in China.²⁸² To be eligible for preferences under the originally conceived program, products would have had to contain Chinese proprietary intellectual property rights and the original registration location of the product trademark had to be within the territory of China. While many governments have included domestic content requirements for procurement, intellectual property ownership requirements lie outside international practice and act as a barrier for most foreign companies—even those that have invested significantly and manufacture in China— seeking to sell to China’s massive government procurement market.”, EZELL et alii, op. cit.

geração satisfaça os requisitos de risco técnico – poderão ser reservadas ao procedimento previsto no art. 20 da Lei de Inovação.

A margem de preferência como instituto de lei federal

Note-se que a capacidade regulatória deferida ao Poder Executivo federal quanto aos filtros de acesso à margem de preferência, assim como a definição da própria margem para cada produto, serviço, grupo de produtos ou grupo de serviços configuram o instituto como típico da esfera da União. Igualmente incumbe apenas à União *executar* planos de desenvolvimento econômico e social⁵⁰, muito embora caiba a todos entes federados o dever de promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas⁵¹.

Assim, embora não seja exclusivo do regime federal o regime de preferências estipulado após a Lei 12.349/2010, os limites de sua eventual aplicação ao nível local estarão condicionados – além de modificações legislativas neste plano – à conformação da lei local aos elementos da política de desenvolvimento que a lei defere ao Poder Executivo Federal.

Os estudos de fixação de margem

Como se lê da Lei 12.349/2010, a margem de preferência resulta de estudos pelo Poder Executivo Federal (ou segundo seus critérios⁵²) que levem em conta o efeito da compra incentivada segundo uma série de fatores, descritos na lei:

§ 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.

Desta feita, haverá necessariamente uma adaptação contínua das margens aos fatores considerados, positivos (emprego, inovação local, impacto positivo na arrecadação) e negativos (custo acrescido, impacto negativo na arrecadação). Assim, proceduralmente, se assegura a razoabilidade do mecanismo interventivo em face de seus pressupostos constitucionais.

50 Constituição: Art. 21. Compete à União: (...) IX - elaborar e executar planos nacionais e regionais (...) de desenvolvimento econômico e social;

51 Art. 218 - O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.

52 (...) § 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 (...)

A margem máxima legal

Como diz a norma,

(...) § 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.

Já se viu que as margens, escalonadas até o máximo, serão enunciadas especificamente para determinado produto ou serviço, ou como classe; nada impede que a margem seja estabelecida para uma compra pública determinada.

Margem adicional para produtos resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País

Como se verá, as margens individuais até este máximo poderão, e mesmo deverão, ser escalonadas. No caso de simples nacionalização de produtos e serviços, sem inovação, caberá margem menor; eis que a norma reserva um incentivo suplementar no caso de produtos manufaturados e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País:

§ 7º Para os produtos manufaturados e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País, poderá ser estabelecido margem de preferência adicional àquela prevista no § 5º.

Casos em que não se aplicará a margem de preferência

A norma prevê que não haverá margem de preferência sempre que a capacidade de produção nacional não atinja o necessário para satisfazer as necessidades da administração, seja por aquisição integral, seja por aquisição de parte divisionária do licitado⁵³ :

§ 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.

É de se entender que tais hipóteses apenas impedem a aplicação da margem de preferência a uma licitação determinada, nada impedindo que se estabeleçam, em abstrato, margens de preferência para os mesmos produtos e serviços, inclusive como incentivo a produção futura dos mesmos.

A aplicação da margem ao sistema de integração regional

Note-se que a margem não será apenas aplicada a produtos e serviços nacionais:

⁵³ Art. 23. (...) § 7º Na compra de bens de natureza divisível e desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo, é permitida a cotação de quantidade inferior à demandada na licitação, com vistas a ampliação da competitividade, podendo o edital fixar quantitativo mínimo para preservar a economia de escala.

§ 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.

Como nota a Exposição de Motivos:

16. A inclusão do § 10 ao artigo 3º da Lei nº 8.666, de 1993, visa assegurar estrita observância às disposições acordadas pelo Brasil no âmbito do Protocolo de Contratações Públicas do MERCOSUL. É importante registrar que o aludido Protocolo ainda não foi ratificado pelo Senado Federal, razão pela qual a redação proposta subordina a aplicabilidade da margem de preferência, referenciada nos §§ 5º e 6º, à efetiva internalização do Protocolo, nos limites do território nacional. Ressalte-se, ademais, que a medida coaduna-se ao disposto no Parágrafo Único do artigo 4º da Constituição Federal, que 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. Em adição, o dispositivo prevê a possibilidade de extensão da margem de preferência ora autorizada, em caráter total ou parcial, aos bens e serviços originários de países com os quais o Brasil venha a assinar acordos sobre compras governamentais, o que elide eventuais óbices à celebração de tratados e acordos internacionais pertinentes à matéria

A parte final da Exposição refere-se a redação original da medida provisória ⁵⁴, que sofreu alteração na Câmara.

A exigência de contrapartida

Nota Reich ⁵⁵:

"Outra questão que está relacionada com os objetivos secundários das licitações é o das compensações. Estes meios são freqüentemente 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.

É exatamente esse o objetivo do dispositivo introduzido na Lei 8.666/94 pela Lei 12.349/2010:

§ 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

⁵⁴ § 10. A margem de preferência a que se refere o § 6º será estendida aos bens e serviços originários dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul - Mercosul, após a ratificação do Protocolo de Contratações Públicas do Mercosul, celebrado em 20 de julho de 2006, e poderá ser estendida, total ou parcialmente, aos bens e serviços originários de outros países, com os quais o Brasil venha assinar acordos sobre compras governamentais.

⁵⁵ 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 an 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."

Poder Executivo federal.

Diz a Exposição de Motivos:

17. A compensação de que trata o § 11 do art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993, consiste na faculdade de que os editais de licitação para contratação de bens, serviços e obras exijam que o contratado promova, em favor da Administração Pública, ou daqueles por ela indicados, medidas de compensação comercial, industrial, tecnológicas, ou de acesso a condições vantajosas de financiamento, cumulativamente ou não, na forma estabelecida pelo Poder Executivo Federal. Este sistema, já adotado por diversos países, objetiva: (i) a ampliação do investimento direto estrangeiro; (ii) o aumento da competitividade e da produtividade da indústria nacional; (iii) o acesso a novas tecnologias e a ampliação do domínio do conhecimento tecnológico; (iv) a abertura de novos mercados; (v) o desenvolvimento da indústria nacional; (vi) o aumento da participação de bens e serviços nacionais no mercado externo; (vii) a promoção do equilíbrio ou superávit da balança comercial.

Assim, passa ser possível estabelecer uma política de compras, por exemplo, de medicamentos, na qual a aquisição esteja vinculada à transferência da respectiva tecnologia de fabricação a laboratórios - públicos ou não - nacionais. Neste caso, à luz do dispositivo ora em comento, o beneficiário da contrapartida será escolhido não sob o critério da licitação (pois não ocorre aqui o fenômeno descrito no art. 1º. Da Lei 8.666/94) mas o da escolha pessoal e isonômica.

Como se tem notícia, tais contrapartidas tem sido uma presença constante em vários setores das compras públicas, por exemplo, nas aquisições de equipamento militar. A nova norma oficializa e generaliza tal prática.

Obviamente, contrapartidas não são doações; sempre haverá um ônus a mais para o contribuinte no caso de o contratante se dispor 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 levar este a obter, pela indução indireta, valores que não tivessem expressão econômica mensurável para o contratado, ou quando o este não faria de outra forma uma escolha estratégica em favor de propósitos perseguidos pela entidade adquirente.

A dispensabilidade de licitações em novas hipótese da Lei de Inovação

A nova lei introu mais um caso de dispensabilidade de licitações, como justifica a Exposição de Motivos:

20. Com referência às alterações postuladas no artigo 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 artigos 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 Tecnológica - 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 artigo 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 artigo 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.

O aumento do prazo dos contratos

A Lei 8.666/94, no tocante aos contratos públicos de sua abrangência, determina prazos máximos de duração dos ajustes, centrada na necessidade de renovação dos pleitos licitatórios e na inconveniência, em tese, de relações público-privadas de longa duração. Evidentemente, no caso das concessões e das parcerias público-privadas, onde não se têm as mesmas motivações, não se impunham idênticas restrições.

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.

A nova lei enfrenta a questão não só quanto a certas hipóteses da Lei de Inovação, como quanto a determinadas contratações do sistema de defesa nacional:

22. Outra modificação preconizada, refere-se à inclusão do inciso V ao artigo 57 da Lei nº 8.666, de 1993, que dispõe sobre a definição de prazo mais prolongado, de até 120 meses, para a vigência dos contratos decorrentes dos incisos IX, XIX, XXVIII e XXXI do artigo 24 da Lei de Licitações, atinentes à dispensa de licitação em contratos que versem sobre segurança nacional e temas de interesse tecnológico. As referidas contratações muitas vezes exigem investimentos significativos do agente privado, fornecedor do Estado. Não raro é do interesse público, mediante a compra de grandes volumes, viabilizar a infra-estrutura de produção privada de caráter estratégico. Assim, a possibilidade de vigência, pelo período proposto, garante a viabilidade das ações e reúne condições para assegurar maior efetividade aos recursos públicos alocados em contratos dessa natureza.

Em particular no tocante às hipóteses dos art. 4 e 5 da Lei de Inovação, as alterações parecem despropositadas, o que merece estudo específico.

Sistemas de tecnologia de informação e comunicação estratégicos

O Art. 3º da Lei 8.666/94 passa a contar com novo parágrafo:

§ 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.

Assim, há uma hipótese já não de margem de preferência, mas de escolha substantiva pela fonte nacional. Sobre isso, versa a definição introduzida no Art. 6º da Lei 8.666/94:

Art. 6º (...) 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

A Exposição de Motivos assevera:

18. A inclusão do § 12 do art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993, objetiva possibilitar que contratações de sistemas de tecnologia da informação e comunicações - TIC considerados estratégicos sejam, por questões de segurança, restritas a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País e produzidos de acordo com o processo produtivo básico. A proposta busca salvaguardar sistemas importantes do Estado brasileiro e mitigar a dependência de bens e serviços sobre os quais se tenha baixa gestão do conhecimento. Esses sistemas se materializam por meio de serviços continuados, necessários à Administração para o desempenho de suas atribuições constitucionais e cuja interrupção pode comprometer seriamente a continuidade de suas atividades. Dessa forma, o domínio pelo País dessas tecnologias é fundamental para garantir a soberania e a segurança nacionais. Adicionalmente, a iniciativa ajuda no adensamento da cadeia produtiva de TICs, com impacto relevante e positivo para a geração de empregos e fortalecimento desse importante setor da economia, fato que está alinhado com o interesse estratégico do Governo em desenvolver os segmentos de tais tecnologias no Brasil.

Neste ponto específico, há inclusive compatibilidade da escolha legal com o direito internacional pertinente ⁵⁶.

⁵⁶ Vide BARBOSA, Denis Borges, Inexigência de motivação para as exceções previstas no artigo XXI do Acordo Geral no âmbito da OMC. Importação de lítio, encontrado em <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/internacional/litio.pdf>