

COMENTÁRIOS À LEI 12.349 DE 15 DE DEZEMBRO DE 2010. ALTERA A LEI 8.666, DE 1993.*

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A Lei 12.349, de 15 de dezembro de 2010, em seus artigos 1º e 2º, promove alterações na Lei 8.666, de 1993, o chamado estatuto das licitações e contratos administrativos, e na Lei 10.520, de 2002, que estabelece regras relativas à modalidade licitatória do pregão (outros dos artigos da lei aqui comentada promovem modificações em diversos diplomas legais, cujo comentário não será feito neste momento face a ausência de interesse direto para os Municípios).

A origem deste diploma legal é a Medida Provisória 495, de 19 de julho de 2010, prorrogada pelo Ato da Mesa do Congresso Nacional 29 de 2010, de 22 de setembro de 2010.

Naquilo que aqui nos interessa, a Lei 12.349 modifica o **artigo 3º, da Lei 8.666, de 1993**, aplicando as regras também para a modalidade do pregão, instituindo nova finalidade para o procedimento licitatório, que passa a servir de instrumento para a *promoção do desenvolvimento nacional sustentável*, além de se destinar, como sempre, à garantia da observância da igualdade e à seleção da proposta mais vantajosa para a administração, finalidades que há tempo informam o instituto das licitações públicas.

* O texto é de autoria de Marcelo Palavéri, Advogado, responsável pela área de Licitações, Contratos e Concessões da Conam – Consultoria em Administração Municipal Ltda.

Ainda no que respeita ao estatuto licitatório, promove-se alterações no **artigo 6º da Lei 8.666**, para estabelecer definições destinadas a implantar a nova finalidade que orientará os certames (*promoção do desenvolvimento nacional sustentável*), e também realizam-se modificações no seu **artigo 24**, alterando redação, e criando nova figura de dispensa de licitação.

Por fim, promove mudanças no **artigo 57** do códex licitatório, fixando novo prazo para vigência contratual, em algumas hipóteses de dispensa de licitação previstas pelo artigo 24 da mesma norma.

2. O ARTIGO 3º DA LEI 8.666 DE 1993

O artigo 3º da Lei 8.666 de 1993, até a entrada em vigor da Lei 12.349, em 15 de dezembro deste ano, vigia com a seguinte redação:

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.

§ 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.

§ 3º. A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura.

§ 4º. (Vetado.)

2.1. AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS

As alterações promovidas consistem em modificações no *caput* da norma, inserindo nova finalidade para o instituto das licitações públicas, qual seja a ***promoção do desenvolvimento nacional sustentável***, em seu parágrafo 1º, I, bem como na inclusão dos parágrafos 5º ao 13, destinados a estabelecer normas para permitir a implementação da nova finalidade do certame. A redação do artigo 3º ficou, então, como segue (veja anexo quadro comparativo disponibilizado pelo Senado Federal comparando a redação anterior àquela apresentada pela Medida Provisória 495, e a hoje vigente, decorrente da Lei 12.349, de 2010):

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

§ 1º.

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991;

(...)

§ 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.

§ 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.

§ 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.

§ 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.

§ 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.

§ 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.

§ 11. Os editais de licitação para a contratação de bens, serviços e obras poderão, mediante prévia justificativa da autoridade competente, exigir que o contratado promova, em favor de órgão ou entidade integrante da administração pública ou daqueles por ela indicados a partir de processo isonômico, medidas de compensação comercial, industrial, tecnológica ou acesso a condições vantajosas de financiamento, cumulativamente ou não, na forma estabelecida pelo Poder Executivo federal.

§ 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.

§ 13. Será divulgada na internet, a cada exercício financeiro, a relação de empresas favorecidas em decorrência do disposto nos §§ 5º, 7º, 10, 11 e 12 deste artigo, com indicação do volume de recursos destinados a cada uma delas.

2.2. A PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL – NOVA FINALIDADE DA LICITAÇÃO

A modificação central que se encontrará na Lei 12.349, quanto ao procedimento licitatório, consiste no estabelecimento de uma nova finalidade para os certames públicos, qual seja a *promoção do desenvolvimento nacional sustentável*. A propósito de implementá-la, a lei apresenta as demais regras do artigo 3º, fixando a possibilidade de estabelecimento de margem de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam às normas técnicas brasileiras (parágrafo 5º), e estabelecendo procedimentos para a adoção dessa preferência (parágrafos 6º a 13).

A lei não fixa, contudo, definição do que seja efetivamente a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Não estabelecendo concei-

tualmente o seu significado, abre-se espaço para um campo subjetivo de interpretação que poderá trazer sérios problemas no futuro, em especial por eventual agressão ao princípio da isonomia.

Por enquanto o que se tem é apenas a certeza de que esse desenvolvimento nacional sustentável poderá ser alcançado através de licitações em que se estabeleça margem de preferência para produtos manufaturados e serviços nacionais (parágrafo 5º), que essa preferência deve respeitar critérios (genericamente fixados no parágrafo 6º), a serem estabelecidos em decreto do Poder Executivo federal (parágrafo 8º).

Ante a ausência de definições, parece-nos oportuno nesse momento preliminar transcrever trechos da mensagem enviada pelo Governo (mensagem 140) quando encaminhou a então Medida Provisória 495 de 2010, para apreciação do Congresso Nacional:

(...)

2. Com referência às modificações propostas na Lei nº 8.666/93, é importante ressaltar que a mesma contempla diretrizes singulares para balizar os processos de licitação e contratação de bens e serviços no âmbito da Administração Pública. A norma consubstancia, portanto, dispositivos que visam conferir, sobretudo, lisura e economicidade às aquisições governamentais. Os procedimentos, assim delineados são embasados em parâmetros de eficiência, eficácia e competitividade, em estrita consonância aos princípios fundamentais que regem a ação do setor público.

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

de incentivos à pesquisa e à inovação que, reconhecidamente, consubstanciam poderoso efeito indutor ao desenvolvimento do país.

4. Com efeito, observa-se que a orientação do poder de compra do Estado para estimular a produção doméstica de bens e serviços constitui importante diretriz de política pública. São ilustrativas, nesse sentido, as diretrizes adotadas nos Estados Unidos, consubstanciadas no “BUY American Act”, em vigor desde 1933, que estabeleceram preferência a produtos manufaturados no país, desde que aliados à qualidade satisfatória, provisão em quantidade suficiente e disponibilidade comercial em bases razoáveis. No período recente, merecem registro as ações contidas na denominada “American Recovery and Reinvestment Act”, implementada em 2009. A China contempla norma similar, conforme disposições da Lei nº 68, de 29 de junho de 2002, que estipulada orientações para a concessão de preferência a bens e serviços chineses em compras governamentais, ressalvada a hipótese de indisponibilidade no país. Na América Latina, cabe registrar a política adotada pela Colômbia, que instituiu, nos termos da Lei nº 816, de 2003, uma margem de preferência entre 10% e 20% para bens ou serviços nacionais, com vistas a apoiar a indústria nacional por meio da contratação pública. A Argentina também outorgou, por meio da Lei nº 25.551, de 28 de novembro de 2001, preferência aos provedores de bens e serviços de origem nacional, sempre que os preços forem iguais ou inferiores aos estrangeiros, acrescidos de 7% em ofertas realizadas por micro e pequenas empresas e de 5% para outras empresas.

(...)

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

(...)

28. A urgência das medidas se justificam, por um lado, pela necessidade de ações tempestivas que promovam a indústria e os prestadores de serviços brasileiros, incentivando-os a aprimorarem a qualidade de seus produtos e serviços, pela rápida deterioração da balança comercial no período recente e pela autuação agressiva adotada por alguns países que, devido ao fraco desempenho dos seus mercados internos, estão buscando espaço nos mercados internacionais. Nada obstante, também se deve ter atenção ao fato de que vários países adotam práticas semelhantes, as quais foram reforçadas em função da crise internacional, deixando produtos brasileiros em desvantagem nas compras governamentais daqueles países. A relevância da medida é dada pelo tamanho dos setores da indústria e dos serviços no Brasil que, juntos, respondem por mais de 80% do PIB e pela representatividade do consumo do governo, considerando o montante de recursos públicos alocado às compras governamentais de bens e serviços.

(...)

Nota-se, dos trechos escolhidos, a explicação do governo para a medida, e ainda que tenha a redação final hoje vigente sofrido modificações no Congresso Nacional, o resultado estampado na Lei 12.349 preserva os mesmos propósitos que informaram a edição da medida provisória originária.

Entendeu o Governo Federal, agora respaldado pelo Congresso Nacional, que a Constituição Federal autoriza o tratamento diferenciado à indústria nacional, sendo papel do Estado a promoção do desenvolvimento econômico, o qual pode ser estimulado com medidas de privilégio, estabelecido como diretriz de política pública, até mesmo em face da significativa participação das compras e contratações públicas no conteúdo da economia do país.

Nesse passo, o procedimento adotado pela lei não é único no mundo, refletindo política escolhida por diversas nações, sejam desenvolvidas (Estados Unidos da América – Buy American Act), sejam em desenvolvimento ou emergentes (China), havendo exemplo também de países da América do Sul que tenham atuado no mesmo sentido (Argentina e Colômbia).

Todo o sucesso da medida, contudo, está no alcance do equilíbrio, que deve presidir tanto a edição da norma federal que regulamentará a matéria (veja item 2.6 a seguir), quanto os atos da administração pública no preparo e desenvolvimento das regras de disputa – os editais. Os tratamentos diferenciados não podem ser aplicados de forma desmedida, excessivamente, em situações desnecessárias, sob pena de penderem para a ilegalidade.

2.3. A PREFERÊNCIA PARA PRODUTOS MANUFATURADOS E SERVIÇOS NACIONAIS

Verificou-se no item anterior que a promoção do desenvolvimento nacional sustentável poderá se dar mediante o estabelecimento de privilégio, com margem de preferência em licitações públicas para produtos manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras (parágrafo 5º).

A lei 8.666, com a nova redação, estabelece as definições de produtos manufaturados nacionais e de serviços nacionais no artigo 6º, incisos VXII e XVIII (*verbis*):

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

(...)

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;

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

Naquilo que é óbvio, definem-se produtos manufaturados nacionais como sendo os produzidos no território nacional, bem como serviços nacionais como sendo aqueles prestados no país. Ocorre, contudo, que essa definição está incompleta, dependendo do estabelecimento de condições pelo Poder Executivo federal, como estabelecem os próprios dispositivos.

Nesse passo, é provável que nessa regulamentação se considere produtos e serviços nacionais também aqueles *produzidos ou prestados por empresas brasileiras*, assim como por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no país (conforme redação do parágrafo 2º ao artigo 3º da Lei 8.666).

Essa probabilidade se apresenta como real se considerarmos que a Lei 12.349, em seu artigo 7º, revoga o inciso I do parágrafo 2º do artigo 3º da Lei 8.666, de 1993, que definia bens e serviços nacionais, dentre outros, como aqueles produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional. Nessa esteira, a regulamentação na forma esperada, somada à revogação do preceito, adequarão as normas à Emenda Constitucional 06 de

1995, que revogou o artigo 171 da Constituição Federal que trazia a diferenciação entre empresa brasileira e brasileira de capital nacional.

2.4. CRITÉRIOS PARA ESTABELECIMENTO DA PREFERÊNCIA

A referida preferência por produtos e serviços nacionais, contudo, não poderá ser realizada de forma livre e desprovida de critérios, devendo estar fundamentada em estudos a serem revistos periodicamente, em prazo não superior a 05 (cinco) anos.

Esses estudos, como estabelecido pelo parágrafo 6º do artigo 3º da Lei 8.666 de 1993, acrescidos pela lei ora sob exame, deverão levar em conta os seguintes aspectos: *geração de emprego e renda; efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais; desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no país; custo adicional dos produtos e serviços*; bem como, no momento da sua revisão (periódica dos estudos), análise dos resultados, verificando se as medidas foram suficientes para que se atingisse o propósito de contribuir para o desenvolvimento nacional sustentável.

A Lei 12.349 silencia a respeito de quem é competente para a promoção do referido estudo, havendo, no entanto, a nosso ver, indícios de que cabe ao Governo Federal a sua realização. Isso porque primeiro a ele compete editar norma em que se estabelecerão as margens de preferência por produtos e serviços, nos termos do parágrafo 8º do artigo 3º da Lei 8.666 (veja comentários no tópico seguinte), e segundo porque deve se estabelecer

diretriz uniforme para o alcance da finalidade da preferência, qual seja a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, sendo ao menos razoável se reservar a um único órgão a incumbência de estabelecimento dos critérios, ainda que em suas linhas mestras.

Essa afirmação pode soar como exclusão da atuação de Estados e Municípios no estabelecimento das preferências, porém não se elimina por completo a intervenção destes, para atuarem dentro dos limites prefixados pela regulamentação federal, o que dependerá da forma como esta vier a ser definida. Nesse passo, restaria aos Estados e Municípios estabelecer suas diretrizes em decreto, minudenciando as diretrizes gerais fixadas pelo Governo Federal.

2.5. A MARGEM DESSA PREFERÊNCIA

A margem dessa preferência é de até 25% sobre o valor dos produtos e serviços estrangeiros, certamente assim considerados aqueles oferecidos nos certames licitatórios realizados. Acredita-se que teremos o seguinte: em uma determinada licitação, em que concorram, por exemplo, empresas fornecendo bens nacionais e estrangeiros, em que se estabeleça a aplicação da margem, nos termos definidos em norma regulamentar, o preço ofertado para o produto manufaturado nacional poderá sagrar-se vencedor, ainda que se apresente como maior, desde que permaneça dentro da margem fixada. Com isso, a administração não estará julgando pelo menor preço, adotando como fundamento o fato de que assim estará contribuindo para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

A afirmação, que à primeira vista é a única que se pode extrair das normas editadas, certamente é suficiente para chocar a todos os que estão acostumados a tratar de licitações públicas, na grande maioria das vezes julgadas pelo menor preço (mesmo quando as micro ou pequenas empresas têm o privilégio do empate presumido, nos termos da Lei Complementar 123 de 2006, será vencedora apenas se superar o menor preço; o mesmo ocorre quando eliminam-se empresas com preços menores, mas com propostas em desacordo com o edital: nesse caso o seu preço inferior não deve ser considerado, apurando-se, contudo, como vencedor aquele que ofertar o menor preço dentre os licitantes que atenderem às especificações do edital), pois se permitirá que o vencedor seja aquele que não tenha ofertado o menor preço, posto que será priorizado outro interesse, com respaldo constitucional, contudo. Ainda que assim seja, toda cautela possível é recomendável, devendo o julgamento estar alicerçado em fundamentos concretos que justifiquem o afastamento da busca do menor preço, tomando cuidado redobrado para a verificação de eventual sobrepreço.

A definição de qual margem será adotada, depende da edição de Decreto federal, nos termos estabelecidos no parágrafo 8º do artigo 3º da Lei 8.666, acrescido pela Lei 12.349. Diz o preceito que **as margens** previstas pelos parágrafos 5º e 7º não poderão exceder, somadas, o percentual de 25% calculado nos termos antes mencionados.

São, portanto, duas margens possíveis: uma para os produtos manufaturados e serviços nacionais em geral (parágrafo 5º), e outra para produtos ou serviços nacionais, porém resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no país (parágrafo 7º).

Caberá ao Decreto o estabelecimento das regras para aplicação de ambas, seja isolada ou conjuntamente.

2.6. A REGULAMENTAÇÃO POR DECRETO FEDERAL

O parágrafo 8º do artigo 3º, da Lei 8.666, de 1993, acrescido pela Lei 12.349, estabelece que compete ao Poder Executivo federal, portanto mediante Decreto do Presidente da República, o estabelecimento das margens de preferência por produto, serviço, grupo de produtos ou serviços, limitadas ao montante de 25% (vinte e cinco por cento) calculado sobre o preço dos produtos manufaturados e serviços estrangeiros. Como anotado anteriormente (item 2.4) essa preferência deve se basear em estudos que devem seguir os critérios previstos no parágrafo 6º do artigo 3º da Lei 8.666.

2.7. A POSSIBILIDADE DE ESTENDER A PREFERÊNCIA PARA PRODUTOS E SERVIÇOS ORIGINÁRIOS DO MERCOSUL

O parágrafo 10 do artigo 3º, da Lei 8.666, inserido pela Lei 12.349, estabelece a possibilidade de se estender (“poderá” é a expressão adotada) a margem de preferência prevista no parágrafo 5º do preceito aos produtos e serviços originários dos Estados (países) que compõem o Mercosul.

Não se diz, contudo, a quem compete autorizar tal extensão, de modo que permanece a dúvida. A nosso ver melhor seria se tivesse sido mantida a redação da Medida Provisória 495, de 2010, clara em estabelecer a extensão automática da margem aos produtos e serviços do Mercosul

após a ratificação do “Protocolo de Contratações Públicas do Mercosul, celebrado em 20 de julho de 2006”. Se, no entanto, depender do Governo Federal a definição da ampliação do alcance da norma para contemplar os bens e serviços do Mercosul, a redação da Medida Provisória já nos dá um indício de seu pensamento.

A possibilidade de extensão, admitida pela lei, por outro lado nos leva a promover a seguinte pergunta: será que essa extensão do privilégio contribui para a finalidade da norma, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável?

2.8. AS LICITAÇÕES RESTRITAS A PRODUTOS E SERVIÇOS COM TECNOLOGIA DESENVOLVIDA NO PAÍS

Além dos privilégios aos produtos e serviços nacionais, em hipótese específica, admite-se a promoção de licitação onde se limitará a participação apenas a esses bens e serviços. É o que estabelece o parágrafo 12 do artigo § 3º, inserido pela Lei 12.349:

§ 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.

Para melhor entendimento, é necessária a leitura do inciso XIX, inserido pela mesma lei ao artigo 6º da Lei 8.666/93:

“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.”

2.9. AS SOCIEDADES COOPERATIVAS

A Lei 12.349 inseriu também modificação na redação do § 1º, I, do artigo 3º da Lei 8.666 de 1993.

A redação inicial, que pode ser lida no item 2 deste texto, era clara em dizer que não se admitirão nos editais cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo. A modificação que aqui interessa passa a dizer que tais cláusulas não podem também prejudicar sociedades cooperativas (veja redação no item 2.1).

Essa redação trará, por certo, grande discussão, posto que as cooperativas vêm sendo alvo de polêmicas em certames licitatórios (o privilégio tributário de que desfrutam desiguala a competição, fator que deve ser corrigido pelos editais, e no caso de prestação de serviços há ainda o problema do vínculo empregatício com a administração, o que levou alguns governos a impedir a participação de cooperativas em licitações para determinados objetos – veja o Decreto 55.938 de 21 de junho de 2010 do Governo do Estado de São Paulo). Parece-nos, contudo, que o novo texto permite impedir a participação privilegiada dessa categoria de pessoa jurídica nos certames.

2.10. A APLICAÇÃO DAS NORMAS AOS PREGÕES

Tendo em vista que as alterações aqui comentadas são promovidas na Lei 8.666 de 1993, que originariamente não contemplou a modalidade licitatória do Pregão, surgida depois de sua edição, e sedimentada pela Lei 10.520, de 2002, o legislador teve a cautela de textualmente dizer que as normas introduzidas pela Lei 12.349 aplicam-se a essa modalidade licitatória (artigo 2º da Lei 12.349).

Louvável a preocupação, com a qual elimina desnecessárias e infundadas dúvidas de que assim deva ser. Com efeito, ainda que a ressalva não constasse do artigo 2º da Lei 12.349, a sua aplicabilidade à modalidade do Pregão restaria garantida pela aplicação subsidiária da Lei 8.666 aos certames que adotam por base a Lei 10.520 de 2002, por força inclusive do que preconiza o seu artigo 9º.

3. O ARTIGO 24 – NOVAS HIPÓTESES DE DISPENSA DE LICITAÇÃO

Em que pese fugir ao interesse rotineiro dos Municípios, cabe-nos de passagem consignar que a Lei 8.666, de 1993, foi alterada também em seu artigo 24, reformulando-se uma das hipóteses de dispensa de licitação (inciso XXI), e criando outra (inciso XXXI). São elas:

Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

XXI - para a aquisição de bens e insumos destinados exclusivamente à pesquisa científica e tecnológica com recursos concedidos pela Capes, pela Finep, pelo CNPq ou por outras instituições de fomento a pesquisa credenciadas pelo CNPq para esse fim específico;

(...)

XXXI - nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação dela constantes.

No primeiro inciso, antes se admitia a dispensa para a aquisição de bens, sendo que agora se acresce a possibilidade de dispensa também para a aquisição dos insumos que permitirão a produção desses bens.

No segundo, permite-se a dispensa para contratações referentes a objetos vinculados à Lei 10.973, de 2004, que dispõe sobre incentivos à inovação tecnológica em ambiente produtivo.

4. O ARTIGO 57 – NOVO PRAZO DE VIGÊNCIA CONTRATUAL

Igualmente ao que se verifica com as modalidades de dispensa estabelecidas pela lei ora comentada, a modificação promovida no artigo 57 do estatuto licitatório, incluindo nova hipótese de vigência contratual, que poderá se estender por até 120 (cento e vinte) meses, foge ao interesse imediato dos Municípios, sendo aqui mencionada apenas para conhecimento. Diz o texto do inciso V acrescido ao artigo 57 da Lei 8.666, de 1993:

Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

(...)

V - às hipóteses previstas nos incisos IX, XIX, XXVIII e XXXI do art. 24, cujos contratos poderão ter vigência por até 120 (cento e vinte) meses, caso haja interesse da administração.

São esses os comentários que entendíamos cabíveis, decorridos apenas alguns dias da edição da Lei 12.349, de 15 de dezembro de 2010, os quais não se destinam, por óbvio, a esgotar o tema, até porque pende ainda de regulamentação por parte do Poder Executivo federal, tendo o propósito de apenas informar aos clientes das mudanças ocorridas, e do entendimento técnico apresentado por nossos consultores.

São Paulo, 03 de janeiro de 2011.

Walter Penninck Caetano
Diretor