

# Lei nº 12.349/2010 e a promoção do desenvolvimento nacional

**Fernanda Ongaratto Diamante**  
Advogada da CAIXA em São Paulo  
Especialista em Direito pela Fundação Escola do  
Ministério Público do Estado do Paraná

## RESUMO

As recentes alterações trazidas pela Lei nº 12.349/2010 criaram exceções à regra que veda preferências e distinções nos procedimentos licitatórios, ao permitir a realização de ações afirmativas com o fim de fomentar o desenvolvimento nacional. Entre outras, permite-se, agora, a aquisição de produtos ou serviços nacionais por preço superior ao estrangeiro em até 25%. Produtos e serviços provenientes do Mercosul também poderão desfrutar da referida vantagem. Ademais, restringe às empresas com tecnologia nacional a participação em licitações para sistema de tecnologia de informação e comunicação. A criação de tal exceção, de certo modo, relativiza o tratamento isonômico que deverá ser dispensado a todos os concorrentes, ao mesmo tempo em que questiona um dos objetivos primordiais do procedimento de licitação. Por isso, tal alteração deve ser veementemente questionada e justificada, diante da importância do tema para o ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Promoção do desenvolvimento nacional. Princípio da isonomia. Relativização. Vantagens na aquisição de produtos ou serviços nacionais.

## ABSTRACT

The recent changes introduced by Law nº 12.349/2010 created exceptions to the rule which forbids preferences and distinctions in the bidding procedures, to allow for affirmative action in order to foster national development. Among others, it is allowed now to purchase products or services by national higher price abroad up to 25%. Products and services from Mercosur will also enjoy that advantage. Moreover, restricted to companies with national technology participation in bidding for system information and communication technology. The creation of such an exception, somehow relativized isonomic treatment to be meted out to all competitors, while questioning one of the primary objectives of the bidding procedure. So this change should be strongly questioned and justified, given the importance of the issue to the legal system.

Keywords: Promotion of national development. Principle of equality. Relativization. Advantages when purchasing products or services national.

## Introdução

A Lei nº 12.349/2010 acrescentou ao artigo 3º da Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações) mais um objetivo a ser alcançado por meio dos procedimentos licitatórios: a promoção do desenvolvimento nacional. Trata-se de inovação surpreendente.

Seu estudo revela-se bastante importante, tanto na teoria como na prática. Na teoria, pois, com a inclusão de tal objetivo, os outros dois objetivos das licitações, quais sejam, a seleção da melhor proposta para a Administração e o tratamento isonômico a todos os concorrentes, deverão ser reavaliados e, quiçá, relativizados. Na prática, pois o poder de compras do Estado será, agora, utilizado para favorecer produtos e serviços nacionais e ligados aos setores de pesquisa e inovação tecnológica desenvolvida no país em detrimento de licitantes estrangeiros.

A inclusão da “promoção do desenvolvimento nacional” entre as finalidades da licitação mostra-se como inovação profunda e demonstra toda a complexidade do tema, além de propor uma nova sistematização para a matéria, o que, por certo, obrigará os estudiosos a repensar muitas das concepções tidas como inabaláveis.

Com este trabalho, busca-se comentar essa ampliação dos objetivos da licitação decorrente da Lei nº 12.349/2010, bem como se tenta, ousadamente, oferecer uma nova sistematização ao tema e, paralelo a isso, abordar, de forma resumida, as principais tendências doutrinárias do estudo da matéria.

O objetivo deste trabalho é apontar e compreender as alterações trazidas pela Lei nº 12.349/2010 no que tange aos procedimentos licitatórios, questionar e examinar os motivos que as determinaram, identificar as ações afirmativas previstas na referida lei, bem como gerar uma reflexão acerca do novo objetivo ali inserido e questionar sua validade como forma de fomentar o desenvolvimento nacional – e a real possibilidade de que tal objetivo seja alcançado da forma prevista.

## 1 Referencial teórico

Para Meirelles (2010, p. 28), são duas as finalidades da licitação: selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e garantir absoluta igualdade entre os interessados. Na obra de Meirelles, portanto, a promoção do desenvolvimento social não é

citada ainda como finalidade da licitação. O autor, contudo, aborda profundamente a Lei Complementar nº 123/2006 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte), que traz em seu bojo ações afirmativas com o objetivo de facilitar a inclusão de micro e pequenas empresas nos procedimentos licitatórios.

Já Oliveira (2010) vislumbra a alteração introduzida pela Lei nº 12.349/2010 como inclusão de mais um objetivo nos procedimentos licitatórios: a promoção do desenvolvimento nacional. A referida autora descreve também, em seu artigo, as ações afirmativas tendentes a cumprir o novo objetivo introduzido pela referida lei.

Também Spinetti (2010, p. 1) entende que a promoção do desenvolvimento social passou a ser incluída no rol dos objetivos da licitação. Para ele:

[...] o artigo 3º, *caput*, da Lei nº 8.666/93 elenca os objetivos e os princípios que norteiam as licitações. Especialmente no tocante aos objetivos da licitação, ou seja, ao que se pretende atingir quando se realiza um certame, inclui-se mais um objetivo, que, agora, são em número de 03 (três), a destacar: a) obediência ao princípio constitucional da isonomia; b) obtenção da melhor proposta; e c) promoção do desenvolvimento nacional.

## 2 As inovações da Lei nº 12.349/2010

A Lei nº 12.349/2010, resultado da conversão da Medida Provisória nº 495/2010, introduziu modificações relevantes na Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações) – que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, que institui as normas para licitações e contratos da Administração Pública.

Se antes da referida lei os objetivos da licitação, isto é, as finalidades buscadas com a realização de procedimento licitatório, eram dois – viabilizar a seleção da melhor proposta para a Administração e proporcionar tratamento isonômico a todos os concorrentes – agora o número de objetivos foi aumentado.

A supracitada lei, ao alterar o *caput* do artigo 3º da Lei nº 8.666/1993, dispositivo principiológico basilar dos procedimentos licitatórios, acrescenta mais um objetivo ao procedimento de licitações, qual seja, a promoção do desenvolvimento nacional. Eis o teor do referido artigo:

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. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010).

Ressalta-se que tais modificações vinculam a União, estados e municípios, bem como os órgãos ligados a estes entes, pois, conforme preconiza o artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal, a competência para legislar sobre normas gerais de licitações e contratos administrativos é privativa da União.

De acordo com a Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 495/2010 (2010), incluir entre as finalidades das licitações o desenvolvimento econômico nacional permite que se utilize o 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”.

As mudanças decorrentes da referida medida provisória deixam claro o objetivo do governo de utilizar o poder de compras do Estado como instrumento de implementação de políticas públicas, afirma Bittencourt (2010). Contudo tal desiderato não é novidade no ordenamento. A Lei Complementar nº 123/2006, que instituiu benefícios às microempresas e empresas de pequeno porte nos procedimentos licitatórios, é precursora na utilização de ações com a finalidade de promover o desenvolvimento nacional socioeconômico.

De acordo com Alexandrino e Paulo (2011, p. 563):

Em suma, seguindo políticas que já são adotadas em alguns países, o Brasil passa a utilizar o enorme peso econômico das compras governamentais como um instrumento teoricamente apto a promover o desenvolvimento nacional, sobretudo fortalecendo empresas que deverão gerar empregos e aumento da renda no âmbito doméstico e empresas voltadas para os setores de pesquisa e de criação de tecnologias nacionais.

Em outros países já se verifica a utilização do poder de compras do Estado como forma de fomentar o desenvolvimento. A própria exposição de motivos da Medida Provisória nº 495/2010 demonstra tal realidade:

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 estipula 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.

Os incisos do § 6º do artigo 3º da Lei nº 8.666/93, com redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010, trazem um rol exemplificativo do que deve ser considerado como promoção do desenvolvimento nacional. Vejamos:

- I - geração de emprego e renda; (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)
- II - efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais; (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)
- III - desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País.

Spinetti (2010, p. 2) entende que, em função da subjetividade conceitual, a definição do que pode ser considerado “promoção do desenvolvimento nacional” caberá ao edital frente ao caso concreto.

A promoção do desenvolvimento nacional, elevada a categoria de objetivo das licitações públicas, revela-se como fundamento para todas as discriminações positivas – realização de ações afirmativas – previstas na própria Lei nº 12.349/2010 e no âmbito geral dos procedimentos licitatórios.

As recentes alterações trazidas pela Lei nº 12.349/2011, portanto, criaram exceções à regra que veda preferências e distinções nos pro-

cedimentos licitatórios ao permitir a realização de ações afirmativas a fim de fomentar o desenvolvimento nacional. A criação de tais exceções relativiza o tratamento isonômico que deveria, antes, ser dispensado a todos os concorrentes, ao mesmo tempo em que questiona esse objetivo primordial do procedimento de licitação. A promoção do desenvolvimento econômico nacional serve, desse modo, de supedâneo a tal relativização, ao criar mecanismos de discriminação.

Segundo Alexandrino e Paulo (2011, p. 562), embora o artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal exija, literalmente, que nas licitações seja assegurada a “igualdade de condições a todos os concorrentes”, a Lei nº 12.349/2010 ampliou a noção de “igualdade”, permitindo a concessão de vantagens competitivas a empresas produtoras de bens e serviços nacionais.

De acordo ainda com os referidos autores, o princípio da igualdade entre os licitantes não foi revogado – e nem poderia ser, posto que se trata de norma constitucional –, mas sim “reformulado” em seu conteúdo pela Lei nº 12.349/2010.

Entre aqueles que discordam da ideia de utilizar a licitação como meio de fomento do desenvolvimento nacional, está a procuradora federal Katiane da Silva Oliveira. Segundo ela:

Desse modo, analisando as inovações trazidas pela MP, entendo que de fato a produção nacional deve ser defendida, porém essa não foi a melhor opção. O Estado deverá investir em políticas públicas, diminuição de impostos, medidas que possam garantir a produção nacional, trazendo um retorno para a sociedade brasileira, porém de forma mais transparente e menos onerosa para o poder público.

A MP está em contramão com a competitividade, a isonomia, a obtenção de propostas mais vantajosa, enfim em flagrante desrespeito aos princípios norteadores da licitação elencados na nossa Constituição Federal (OLIVEIRA, 2010).

Os mecanismos de discriminação foram inseridos na Lei nº 8.666/1993 pela própria Lei nº 12.349/2010: concessão de benefícios, denominados “margem de preferência”, aos produtos manufaturados segundo normas técnicas brasileiras e criação de regras de preferência para empresas ligadas aos setores de pesquisa e inovação tecnológica desenvolvidas no país segundo o PPB – Processo Produtivo Básico, nos termos da Lei nº 10.176/2001.

A margem de preferência para produtos e serviços nacionais está prevista nos §§ 5º a 10º do artigo 3º da Lei nº 8666/1993.

O § 5º autoriza o estabelecimento de margem de preferência para produtos e serviços nacionais que atendam as normas técnicas brasileiras.

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. (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

Tal norma, contudo, não é autoaplicável, pois a margem de preferência deverá ser estabelecida pelo Poder Executivo Federal por produto, serviço, grupo de produtos ou grupo de serviços, e não para determinada licitação específica.

De acordo com o § 8º, a margem de preferência não pode ultrapassar 25% sobre o preço dos produtos e serviços estrangeiros.

§ 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. (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

Significa dizer que os produtos nacionais podem vencer uma licitação mesmo que custem até 25 % a mais do que o produto estrangeiro.

Niebuhr (2010, p. 777) fez relevante crítica à previsão da margem de preferência:

Sem embargo, a preferência ao produto nacional deve descambar para espécie de reserva de mercado, o que, ao fim e ao cabo, revela-se desvantajosa, como comprovado historicamente. O capitalismo é centrado na competição, e nada pior para a competição do que a zona de conforto forjada por regras de proteção. As empresas deixam de inovar, investir. Com vantagem de até 25% para os nacionais, é crível supor que os estrangeiros nem se animem a oferecer propostas. A tendência é minguar a competição, afastando os licitantes estrangeiros, deixando os nacionais sozinhos, bem acomodados para oferecerem preços mais elevados e ampliar os seus ganhos às custas do erário e reduzir custos.

Também Spinetti (2010, p. 4) censura tal previsão:

Em princípio, a Medida Provisória poderá reduzir a competitividade de algumas multinacionais em muitas

licitações e até alijar concorrentes estrangeiros, mesmo que tenham produção local.

Já para os concorrentes externos, sem bases locais no Brasil, a porta das licitações pode ter se fechado definitivamente, exceto nos casos de bens e serviços não produzidos no País, ou seja, sem similar nacional. Vencer disputas contra uma margem de preferência de 25% mais as tarifas de importação torna-se virtualmente impossível.

Quanto ao tema, Carvalho Filho (2009, p.238) salienta:

De mais a mais, quantos empregos devem ser mantidos ou criados para compensar o pagamento a maior pela Administração Pública? Enfim, quanto custa um novo emprego ou a manutenção de um emprego? Qual o impacto para o Estado Brasileiro? Por exemplo, vale a pena pagar dez milhões de reais a mais em contrato administrativo em troca da criação de dez novos postos de trabalho? Como mensurar o quanto vale a pena pagar a mais em contrato administrativo por dez novos postos de trabalho?

Segundo a procuradora federal Katiane da Silva Oliveira, “contratar proposta até 25% mais cara ofende os objetivos básicos da licitação que é a busca do melhor preço (custo/benefício) para a Administração e a garantia de igualdade entre os licitantes previstos no art. 37, XXI da CF” (OLIVEIRA, 2010).

Frise-se que a inclusão ou não de margem de preferência sobre determinado produto ou serviço é decorrente de ato discricionário do administrador.

Segundo Spinetti (2010, p. 2), a Administração Pública poderá “inserir qualquer exigência no instrumento editalício que tenha por finalidade promover o desenvolvimento nacional, o que deverá estar devida e formalmente explicado, justificado e com farta exposição de motivos (motivado)”.

Para Alexandrino e Paulo (2011, p. 572), a Lei nº 12.349/2010 estabeleceu duas espécies de margens de preferência. Segundo eles, a “margem de preferência básica” é a estabelecida pelo § 5º, ao passo que a “margem de preferência adicional” está prevista no § 7º do artigo 3º da Lei nº 8.666/1993.

A “margem de preferência básica” é aquela que beneficia os produtos manufaturados e serviços nacionais em geral que atendam as normas técnicas brasileiras. Tais produtos e serviços estão definidos nos incisos XVII e XVIII do artigo 6º da Lei nº 8.666/1993. São eles:

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; (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

XVIII - serviços nacionais - serviços prestados no País, nas condições estabelecidas pelo Poder Executivo federal; (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010).

Conforme permissão do § 10º do artigo 3º da referida lei, a margem básica pode ser estendida aos bens e serviços originários dos Estados do Mercosul:

§ 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. (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

Já a “margem adicional”, segundo os referidos autores, beneficia apenas os produtos manufaturados e serviços nacionais resultantes do desenvolvimento e inovações tecnológicas realizados no Brasil:

§ 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. (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

A soma das duas margens de preferência não poderá ultrapassar os 25% fixados no § 8º.

Já o § 6º da referida lei determina que a margem de preferência deverá ser estabelecida com base em estudos que deverão ser revistos periodicamente, em prazo não superior a cinco anos, que levem em consideração:

I - geração de emprego e renda; (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

II - efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais; (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

III - desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País; (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

IV - custo adicional dos produtos e serviços; e (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

V - em suas revisões, análise retrospectiva de resultados. (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

Tal regra, segundo Alexandrino e Paulo (2011, p. 573), tem por objetivo evitar abusos, desvios, favorecimentos arbitrários e excesso de subjetividade, entre outros.

Conforme preceitua o § 9º, a margem de preferência não poderá ser aplicada aos bens e aos serviços cuja capacidade de produção ou prestação no País seja inferior: “I - à quantidade a ser ad-

quirida ou contratada; ou (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010) II - ao quantitativo fixado com fundamento no § 7º do art. 23 desta Lei, quando for o caso. (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)".<sup>1</sup>

Equivale a dizer que a margem de preferência somente poderá ser utilizada quando houver, no País, produção suficiente de bens manufaturados ou capacidade suficiente de prestação de serviços.

No que tange ao critério de desempate, constam no § 2º do artigo 3º da Lei 8.666/1993 regras para auxiliar a indústria nacional: no caso de empate entre as propostas de preço, o critério de desempate deverá assegurar a preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

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

Para Peixoto (2010, p. 1), tal critério de desempate fere a isonomia:

Logicamente, o disposto na presente MP cria privilégio e instaura a quebra ao princípio da isonomia em sentido geral, uma vez que, para o desempate de propostas, produtos importados serão preteridos em relação aos nacionais.

Já as regras de preferência para empresas ligadas aos setores de pesquisa e inovação tecnológica desenvolvidas no país segundo o PPB – Processo Produtivo Básico estão contidas no § 12º do artigo 3º da Lei nº 8.666/1993, também incluídas pela Lei nº 10.176/2001.

§ 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. (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

Nesse caso, tal dispositivo permitiu restringir o procedimento licitatório a determinadas empresas quando das contratações que tiverem por escopo a implantação, manutenção e aperfeiçoamento dos sistemas de tecnologia de informação e comunicação considerados estratégicos.

<sup>1</sup> § 7º do art. 23 da Lei nº 8.666/1993: "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. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)"

A definição de sistemas de tecnologia e informação e comunicação estratégicos está contida no inciso XIX do artigo 6º da Lei nº 8.666/1993:

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. (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

O motivo que determinou a inclusão do § 12º ao artigo 3º da Lei nº 8.666/1993 está explicitado na exposição de motivos da Medida Provisória nº 495/2010, conforme se verifica:

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.

Ademais, foi inserido novo dispositivo na Lei nº 8.666/1993 que permite a dispensa de licitação a fim de promover incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, nos termos dos artigos 3º, 4º e 5º da Lei nº 10.793/2004<sup>2</sup>, denominada Lei de Inovação.

<sup>2</sup> “ Art. 3º A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as respectivas agências de fomento poderão estimular e apoiar a constituição de alianças estratégicas e o desenvolvimento de projetos de cooperação envolvendo empresas nacionais, ICT e organizações de direito privado sem fins lucrativos voltadas para atividades de pesquisa e desenvolvimento, que objetivem a geração de produtos e processos inovadores.

De acordo com Lima (2010), “essa medida amplia o leque de dispensas, acrescentando em seu bojo aqueles que, nos termos dos artigos citados, promovam o estímulo à construção de ambientes especializados e cooperativos de inovação”.

Por fim, cumpre ressaltar que o disposto na Lei nº 12.349/2010, por previsão expressa do seu artigo 2º, aplica-se também à modalidade pregão de licitação, regulada pela Lei nº 10.520/2002.

## Conclusão

Desde a sua promulgação, a Lei nº 8.666/1993 previa, em seu artigo 3º, ser vedado “admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos

---

Parágrafo único. O apoio previsto neste artigo poderá contemplar as redes e os projetos internacionais de pesquisa tecnológica, bem como ações de empreendedorismo tecnológico e de criação de ambientes de inovação, inclusive incubadoras e parques tecnológicos.

Art. 3º-A. A Financiadora de Estudos e Projetos - FINEP, como secretaria executiva do Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - FNDCT, o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq e as Agências Financeiras Oficiais de Fomento poderão celebrar convênios e contratos, nos termos do inciso XIII do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, por prazo determinado, com as fundações de apoio, com a finalidade de dar apoio às IFES e demais ICTs, inclusive na gestão administrativa e financeira dos projetos mencionados no *caput* do art. 1º da Lei nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994, com a anuência expressa das instituições apoiadas. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

Art. 4º As ICT poderão, mediante remuneração e por prazo determinado, nos termos de contrato ou convênio:

I - compartilhar seus laboratórios, equipamentos, instrumentos, materiais e demais instalações com microempresas e empresas de pequeno porte em atividades voltadas à inovação tecnológica, para a consecução de atividades de incubação, sem prejuízo de sua atividade finalística;

II - permitir a utilização de seus laboratórios, equipamentos, instrumentos, materiais e demais instalações existentes em suas próprias dependências por empresas nacionais e organizações de direito privado sem fins lucrativos voltadas para atividades de pesquisa, desde que tal permissão não interfira diretamente na sua atividade-fim, nem com ela conflite.

Parágrafo único. A permissão e o compartilhamento de que tratam os incisos I e II do *caput* deste artigo obedecerão às prioridades, critérios e requisitos aprovados e divulgados pelo órgão máximo da ICT, observadas as respectivas disponibilidades e assegurada a igualdade de oportunidades às empresas e organizações interessadas.

Art. 5º Ficam a União e suas entidades autorizadas a participar minoritariamente do capital de empresa privada de propósito específico que vise ao desenvolvimento de projetos científicos ou tecnológicos para obtenção de produto ou processo inovadores.

Parágrafo único. A propriedade intelectual sobre os resultados obtidos pertencerá às instituições detentoras do capital social, na proporção da respectiva participação.”

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”.

Contudo, o artigo 3º foi alterado pela Lei nº 12.349/2010: foram criadas exceções à regra que veda preferências e distinções nos procedimentos licitatórios, permitindo a realização de ações afirmativas de modo a fomentar o desenvolvimento nacional.

Por certo haverá grandes debates acerca do tema, ainda não muito explorado no ordenamento em razão de seu frescor. Alguns doutrinadores dirão que tal dispositivo não fere o princípio da isonomia, pois ofereceu tratamento desigual aos desiguais. Também dirão que a proposta mais vantajosa não é, necessariamente, a de menor preço, e sim aquela que atenda de modo satisfatório os interesses da coletividade. Outros sustentarão a sua constitucionalidade com escopo no inciso II do artigo 3º da Constituição Federal: garantir o desenvolvimento nacional.

Acreditamos, todavia, que tais argumentos não serão suficientes para justificar a inserção, no ordenamento jurídico, de exceções à regra que veda preferências e distinções nos procedimentos licitatórios. A própria Constituição Federal, no inciso XXI do artigo 37, determina que nas licitações será assegurada igualdade de condições a todos os concorrentes.

Enquanto as alterações inseridas pela Lei nº 12.349/2010 na Lei de Licitações não forem julgadas inconstitucionais, os princípios da isonomia entre os licitantes e da seleção da melhor proposta serão mitigados a fim de favorecer o desenvolvimento nacional.

Duvidosa também é afirmação de que a concessão de vantagens a empresas e serviços nacionais fomentará o desenvolvimento nacional. Para Alexandrino e Paulo (2011, p. 563), “trata-se de orientação impregnada de forte matiz ideológico, de eficácia bastante discutível, não só do ponto de vista da teoria econômica, mas, sobretudo, quanto ao seu funcionamento na prática (aumentam muito as ‘brechas’ para desvios e favorecimentos espúrios)”.

Ademais, a concessão de vantagens de até 25% para as empresas e serviços nacionais poderá gerar a escassez de concorrentes estrangeiros, frustrando a competição, o que, por certo, não faz bem ao sistema capitalista.

Resta claro, portanto, que os três objetivos ora constantes no artigo 3º da Lei nº 8.666/1993 serão exaustivamente cotejados e alvos de grandes contendas.

## Referências

- ALEXANDRINO, Marcelo; VICENTE, Paulo. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.
- BITTENCOURT, Sidney. Alterada a Lei nº 8.666/1993 pela Medida Provisória n 495/2010. **Revista Boletim de Licitações e Contratos – BLC**, Bittencourt, São Paulo, ano XXIII, 9, 869-872, set. 2010.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.
- LIMA, Ítalo Mitre Alves de. Considerações acerca das alterações promovidas pela Medida Provisória nº 495/2010 na Lei nº 8.666/93. **Câmara Brasileira da Indústria da Construção**, Brasília, 10 ago. 2010. Não paginado. Disponível em: <[http://www.cbic.org.br/sites/default/files/011\\_mp495\\_analise.pdf](http://www.cbic.org.br/sites/default/files/011_mp495_analise.pdf)>. Acesso em: 17 abr. 2011.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- NIEBUHR, Joel de Menezes. Margem de Preferência para a Produção Nacional em Licitação Pública - Repercussões da Medida Provisória nº 495/2010. **Revista Zênite de Licitações e Contratos**, Curitiba, ano XVII, 198, p. 777-778, ago. 2010.
- OLIVEIRA, Katiane da Silva. **Lei nº 8.666/93 alterada pela Medida Provisória nº 495/2010. Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2665, 18 out. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17637>>. Acesso em: 17 abr. 2011.
- PEIXOTO, Ariosto Mila. A mudança nas licitações com a Medida Provisória nº 495/2010. **RHS Licitações**, Brasília, p. 1-2, 2010.. Disponível em: <<http://www.portaldelicitacao.com.br/questoes-sobre-licitacoes/outras-questoes/63-a-mudanca-nas-licitacoes-com-a-medida-provisoria-no-4952010.html>>. Acesso em: 17 abr. 2011.
- SPINETTI, Orlando. Medida Provisória (MP) nº 495/2010, mudanças na Lei nº 8.666/93. **Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo**, Brasília, ago. 2010. Disponível em: <<http://www.cnc.org.br/sites/default/files/arquivos/dj3ago2010.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2011.
- STROPPIA, Christianne de Carvalho. Comentários às alterações inseridas na Lei nº 8.666/93 pela Medida Provisória 495/2010. **RHS Licitações**, Brasília, 2010. Disponível em: <[http://licitacao.uol.com.br/adm/img\\_upload/Alteracoes\\_na\\_Lei\\_de\\_Licitacoes\\_Stroppa.pdf](http://licitacao.uol.com.br/adm/img_upload/Alteracoes_na_Lei_de_Licitacoes_Stroppa.pdf)>. Acesso em: 17 abr. 2011.