

## **AS ALTERAÇÕES DA LEI GERAL DE LICITAÇÕES PELA LEI N.º 12.349, DE 2010: NOVOS PARADIGMAS, PRINCÍPIOS E DESAFIOS**

*Por: Jair Eduardo Santana*

*Mestre em Direito do Estado pela PUC de São Paulo. Autor de diversos livros e artigos publicados em revistas especializadas. Advogado, consultor e parecerista. Para saber mais, visite [www.jairsantana.com.br](http://www.jairsantana.com.br)*

*Fernanda Andrade*

*Mestranda em Administração pela Universidade POSITIVO/PR. Advogada especialista em licitações e contratos. Professora de Direito. Pesquisadora do IBEPES – Instituto Brasileiro de Estudos e Pesquisas Sociais.*

1.Introdução. 2. Quadro comparativo. 3. Alterações de destaque. 3.1 Princípio do Desenvolvimento Nacional Sustentável. 3.2 Desenvolvimento científico e tecnológico. 3.3 Isonomia de tratamento e sociedades cooperativas. 3.4 A revogação do inciso I, § 2º, do art. 3º da Lei 8.666/93 e suas implicações. 3.5 A fixação de margem de preferência a produtos manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras. 3.6. Extensão da margem de preferência a países partes do MERCOSUL. 4. Princípio da Isonomia. 5. Atenção aos possíveis reflexos das novas regras. 6. Conclusões.

### **1. Introdução**

No dia 16 de dezembro de 2010 foi publicada a Lei n.º 12.349, de iniciativa do Executivo Federal, convertendo a medida provisória n.º 495, de 19 de julho de 2010.

Ao tempo de vigência da citada medida provisória publicamos trabalho intitulado *Impacto da Medida Provisória n.º 495, de 19 de julho de 2010, nas licitações e nas contratações públicas* ali avaliando boa parte das implicações trazidas para o cenário das aquisições governamentais.

O texto da medida provisória, no trecho em que alterava a lei geral de licitações e contratos administrativos, adentrou ao regramento jurídico com algumas alterações por nós sintetizadas em 13 pontos, a saber:

1. inclusão do princípio do desenvolvimento nacional sustentável entre os que a licitação deve garantir;

2. estabelecimento de procedimentos que materializam a consagração deste princípio;

3. introdução de critérios de discriminação, favorecendo produtos manufaturados e serviços nacionais que atendam às normas técnicas brasileiras;

4. estabelecimento de critérios orientadores do tratamento favorecido;

5. estímulo à inovação tecnológica no país, com tratamento diferenciado aos detentores desta iniciativa;

6. permissão, atendidos certos critérios, de se exigir do contratado medidas de compensação comercial, industrial, tecnológica ou ainda acesso a condições vantajosas de financiamento;

7. permissão para que se realizem licitações com participação exclusiva de quem produza bens ou serviços com tecnologia desenvolvida no país e que cumpra o processo produtivo básico – PPB;

8. estabelecimento de exigências relativas à transparência e à publicidade dos atos de tratamento favorecido acima discriminados;

9. conceituação de termos utilizados nos acréscimos e alterações feitos pela regra;

10. alteração do texto do artigo 24, XXI e acréscimo de inciso XXXI permitindo dispensa de licitação em casos previstos na Lei de Inovação – Lei n.º 10.973, de 2004;

11. acréscimo de inciso ao artigo 57, prevendo contratos administrativos com prazo de 120 meses, em casos que ali discrimina e no interesse da Administração;

12. aplicabilidade das alterações ao pregão;
13. revogação do inciso I, § 2º do art. 3º da norma alterada.

Valendo-nos de estudos doutrinários, jurisprudenciais e de comparação normativa, comentaremos o novo cenário posto pela regra objetivando:

- demonstrar os possíveis avanços na concretização de políticas públicas visadas pelo texto da nossa Constituição,
- evidenciar os cuidados necessários na aplicação dos comandos trazidos pela lei alteradora, sob pena de se infringir outros princípios constitucionais; e, ainda,
- comentar as possíveis repercussões das alterações nos procedimentos licitatórios futuros.

Nota-se - desde a motivação da medida provisória n.º 459 - um esforço governamental em seguir padrões internacionais já experimentados. É que as principais alterações efetivadas no artigo 3º da Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos tiveram como paradigmas, por exemplo, políticas como o *Buy American Act* de 1933, revitalizado em 2009 pelo *American Recovery and Reinvestment Act*, nos Estados Unidos, além de regras existentes na China (Lei n.º 68/02), na Colômbia (Lei n.º 816/03) e na Argentina (Lei n.º 25.551/01)<sup>1</sup>.

Importante salientar, desde logo, que o setor governamental alterado pela nova legislação não se resume a aspectos puramente procedimentais e administrativos. Longe disso, há componentes outros em discussão e que são de grande importância. É o caso, por exemplo, da dimensão econômica dos negócios realizados entre Poder Público e Mercado.

De qualquer modo, entendemos não se possa adotar em relação ao tema central postura refratária e muito menos xenófoba. Exemplos de boas práticas há em diversos pontos do mundo e para eles não se pode fechar olhos. Cremos, em contrapartida, seja preciso atentar para as circunstâncias de cada ambiente e consequências das medidas adotadas diante de cada realidade. É que critérios como independência econômica, por exemplo, podem influenciar, sobremaneira, as transações comerciais advindas do regramento, e repercutir de forma diferenciada em cada Nação. Esta uma ponderação a ser feita quando da aplicação de algumas medidas previstas na lei alteradora, segundo defendemos.

## 2. Quadro comparativo

Seguindo o exemplo do nosso artigo anterior, já mencionado na introdução, será transcrito o quadro comparativo que segue, mas, desta vez, acrescido do texto definitivo introduzido pela Lei n.º 12.349/10. O objetivo primeiro é demonstrar que a situação ao tempo de vigência da medida provisória não é exatamente a mesma com o advento da lei alteradora. Além disso, queremos possibilitar uma melhor visualização da regulação atual.

De qualquer modo, não nos esqueçamos de um aspecto importante: dos efeitos produzidos pelas licitações efetivadas no período de vigência da medida provisória<sup>2</sup>, regidas pelo texto da mesma, como também para a nova situação jurídica consolidada com a publicação de Lei n.º 12.349/10. E mais: é preciso ter clareza quanto ao status anterior e o vigente desde 16 de dezembro de 2010.

	<b>Lei n.º 8.666/63</b> <b>(alterada pela MP 495/10)</b>	<b>Lei n.º 8.666/93</b> <b>(alterada pela Lei n.º 12.349/10)</b>	<b>Comentários dos autores e justificativa, constante da Exposição de Motivos n.º 104/10</b>
--	---	---	--

<sup>1</sup> Informações constantes na Exposição de Motivos n.º 104, de 18 de junho de 2010.

<sup>2</sup> De 20 de julho de 2010 até a publicação da Lei, por força do disposto no artigo 62, § 12 da Constituição da República, que determina: "Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto." No caso, a medida provisória converteu-se no PLV 13/2010 em 24 de novembro do mesmo ano. Fonte: [WWW.senado.gov.br](http://WWW.senado.gov.br) data da pesquisa: 13/01/2011.

<p><b>Art. 3º.</b> 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.</p>	<p><b>Art. 3º.</b> A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração <b>e a promoção do desenvolvimento nacional</b>, 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.</p>	<p><b>Art. 3º.</b> A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração <b>e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável</b> 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.</p>	<p>Inserção da promoção do desenvolvimento nacional sustentável como princípio, a ser observado no procedimento licitatório. Há nos dispositivos seguintes algumas regras que refletem no princípio da isonomia, dando primazia ao atendimento do novo princípio, mas outras, não constantes da norma, e em sintonia com este valor podem igualmente ser base para a tomada de decisões em procedimentos licitatórios.</p> <p><b>Justificativa: ênfase no poder de compra governamental, como instrumento de promoção do mercado interno, reverberando nos aspectos alcançados pelo largo conceito da sustentabilidade</b> (há comentários específicos sobre isso em nosso texto).</p> <p><b>Fundamento nos artigos 3º, II – 170, I e VIII – 174 e 219 da Constituição da República.</b></p> <p>O artigo 225 da Constituição igualmente passou a ser contemplado.</p>
<p><b>§ 1º...</b></p> <p>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</p>	<p><b>§ 1º ...</b></p> <p>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</p>	<p><b>§ 1º...</b></p> <p>I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, <b>inclusive nos casos de sociedades cooperativas</b>, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou</p>	<p>Faz ressalva expressa às exceções admitidas em lei quanto às restrições ao princípio da ampliação da competitividade (parágrafos acrescidos pela MP, que permitem margem de preferência a produtos manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras e</p>

<p>etam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeçam 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;</p>	<p>para o específico objeto do contrato, <u>ressalvado o disposto nos §§ 5o a 12 deste artigo e no art. 3o da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991.</u></p>	<p>de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, <u>ressalvado o disposto nos §§ 5o a 12 deste artigo e no art. 3o da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991;</u></p>	<p>ainda restrições ao princípio nas licitações atinentes a bens e serviços de informática e automação). A lei de conversão vedou o estabelecimento de distinções para com as sociedades cooperativas, decerto com o fito de extinguir as discussões acerca da equalização de propostas.</p>
<p>§ 2º ...</p> <p>I. produzi dos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional;</p> <p>II. produzi dos no País;</p> <p>III. produzi dos ou prestados por empresas brasileiras</p> <p>IV.</p>	<p>§ 2º ...</p> <p>I - produzidos no País;</p> <p>II - produzidos ou prestados por empresas brasileiras; e</p> <p>III - produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País.</p>	<p>O inciso I do § 2º deste artigo foi revogado pelo artigo 7º da lei alteradora.</p>	<p>Na Medida Provisória a reestruturação dos incisos está de acordo com o princípio da promoção do desenvolvimento nacional, constante do caput. Dá importância ao local em que produzido o bem ou o serviço (e não à origem do capital), como também à constituição da empresa no Brasil (novamente ignora a origem do capital).</p> <p>Justificativa: adequar-se à emenda constitucional n.º 6/95, que revogou o art. 171 da Constituição da República. Este artigo trazia a diferença entre empresa brasileira e empresa brasileira de</p>

<p>produzi dos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País.</p>			<p>capital nacional. Ocorreu, com a conversão em lei, a revogação do dispositivo legal, não mais se fazendo, nas licitações públicas, a distinção antes existente. Adiante será comentado o assunto com maiores detalhes.</p>
<p>-----</p>	<p>§ 5º Nos processos de licitação previstos no <b>caput</b>, poderá ser estabelecida margem de preferência para produtos manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras.</p>	<p>§ 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.</p>	<p>Não existia correspondente. A alteração permite a preferência a produtos e serviços produzidos/prestados de acordo com normas técnicas brasileiras. Refere-se, por exemplo, à observância das regras da ABNT no processo produtivo de produtos, e de outras normas especificadas pelo governo. A medida visa a promoção da qualidade dos produtos nacionais, o estímulo ao desenvolvimento da indústria e da tecnologia, dentre outras questões.</p>

-----	<p><b>§ 6º</b> A margem de preferência por produto, serviço, grupo de produtos ou grupo de serviços, a que refere o § 5º, será definida pelo Poder Executivo Federal, limitada a até vinte e cinco por cento acima do preço dos produtos manufaturados e serviços estrangeiros.</p>	<p><b>§ 6º</b> A margem de preferência <b>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:</b></p> <p><b>I - geração de emprego e renda;</b></p> <p><b>II - efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais;</b></p> <p><b>III - desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País;</b></p> <p><b>IV - custo adicional dos produtos e serviços; e</b></p> <p><b>V - em suas revisões, análise retrospectiva de resultados.</b></p>	<p>Não existia correspondente. O parágrafo, decerto com base no poder regulatório conferido ao Executivo, estabelece parâmetros para a preferência por produtos e serviços que atendam a normas técnicas brasileiras. Carece de regulação por decreto federal. Por ser lei nacional, no âmbito de estados-membros e municípios os respectivos chefes do executivo devem exercer esta atribuição.</p> <p>Justificativa: diretriz de política pública ligada ao princípio da isonomia, e a critérios de proporcionalidade e de razoabilidade com a finalidade de fomentar o desenvolvimento de tecnologia nacional, pois esta é fator de competitividade internacional e de prosperidade das nações.</p>
-----	<p><b>§ 7º</b> A margem de preferência de que trata o § 6º será estabelecida com base em estudos que levem em consideração:</p> <p>I - geração de emprego e renda;</p> <p>II - efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais; e</p> <p>III - desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País.</p>	<p><b>§ 7º</b> 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.</p>	<p>Não existia correspondente. Permite a fixação de critérios adicionais para valoração e preferência entre produtos manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras e os produtos/serviços estrangeiros.</p> <p>Justificativa: alia-se à diretriz de política pública que motivou a apresentação da MP, ou seja, o desenvolvimento nacional.</p>
-----	<p><b>§ 8º</b> Respeitado o limite estabelecido no § 6º, poderá ser estabelecida margem de preferência adicional para os produtos manufaturados e</p>	<p><b>§ 8º</b> As margens de preferência por produto, serviço, grupo de produtos ou grupo de serviços, a que se referem os §§ 5º e 7º,</p>	<p>Não existia correspondente: vide justificativas anteriores (§§6º e 7º).</p>

	para os serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País.	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.	Interessante notar que, na estipulação do percentual do limite para a margem de preferência a legislação brasileira é bem mais generosa que os seus paradigmas latinos, a saber: Colômbia (10 a 20%) e Argentina (5 a 7%).
-----	<b>§ 9º</b> As disposições contidas nos §§ 5º, 6º e 8º deste artigo não se aplicam quando não houver produção suficiente de bens manufaturados ou capacidade de prestação dos serviços no País.	<b>§ 9º</b> 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  <b>II - ao quantitativo fixado com fundamento no § 7º do art. 23 desta Lei, quando for o caso.</b>	Não existia correspondente.  Justificativa: prioriza o suprimento da demanda governamental, para a satisfação do interesse público tutelado. A divisão em incisos fez surgir o texto do inciso II, antes ausente no parágrafo nono, que, ampliando a oportunidade a quem detém menor produção, permite o estabelecimento dos privilégios constantes nos parágrafos quinto e sétimo quando as empresas nacionais suprirem as entregas nos quantitativos mínimos permitidos no edital.
-----	<b>§ 10.</b> 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.	<b>§ 10.</b> 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.	Não existia correspondente.  Justificativa: dar concreção ao Protocolo das Contratações Públicas do Mercosul, após a efetiva internalização do documento.  Com a conversão em lei foi restringido o universo de países para com quem se estenderá a margem de preferência.
-----	<b>§ 11.</b> Os editais de licitação para a contratação de bens, serviços e obras poderão exigir que o contratado	<b>§ 11.</b> Os editais de licitação para a contratação de bens, serviços e obras	Não existia correspondente.  Justificativa:

	<p>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, na forma estabelecida pelo Poder Executivo Federal.</p>	<p>poderão, <b><u>mediante prévia justificativa da autoridade competente</u></b>, exigir que o contratado promova, em favor de órgão ou entidade integrante da administração pública ou daqueles por ela indicados <b><u>a partir de processo isonômico</u></b>, medidas de compensação comercial, industrial, tecnológica ou acesso a condições vantajosas de financiamento, cumulativamente ou não, na forma estabelecida pelo Poder Executivo federal.</p>	<p>dispositivo utilizado por outros países e tem por objetivos: (a) ampliar o investimento estrangeiro; (b) aumento da competitividade/produzitividade de da indústria nacional; (c) acesso a novas tecnologias e ampliação do conhecimento do domínio tecnológico; (d) abertura de novos mercados; (e) aumento da participação de bens e serviços nacionais no mercado externo; (f) promoção do equilíbrio/superávit da balança comercial.</p> <p>Com a conversão em lei acresceram-se as exigências de que haja um processo isonômico na fixação e aferição do atendimento às exigências e que, ao fixá-las, haja justificativa da autoridade competente.</p>
<p>-----</p>	<p><b>§ 12.</b> 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.</p>	<p><b>§ 12.</b> 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.</p>	<p>Não existia correspondente. O PPB é regulado pelo Decreto 5.906/06. Merece destaque ainda o Decreto n.º 7.174/10, notadamente seu art. 5º.</p> <p>Justificativa: segurança salvaguarda de importantes sistemas brasileiros, mitigação da dependência de bens e serviços sobre os quais se tenha baixa gestão do conhecimento.</p>
<p>.....</p>	<p>.....</p>	<p><b>§ 13.</b> Será divulgada na internet, a cada exercício financeiro, a relação de</p>	<p>Não existia correspondente. O parágrafo foi inserido</p>

		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.	quando da tramitação do PLV 13/10 no congresso e estabelece critério de ampliação da transparência e da publicidade pela divulgação das empresas e dos valores envolvidos nas contratações fruto do tratamento introduzido pela mesma regra.
Art. 6º...	<p><b>Art. 6º ...</b></p> <p><b>XVII</b> - produtos manufaturados nacionais - produtos manufaturados, produzidos no território nacional de acordo com o processo produtivo básico ou regras de origem estabelecidas pelo Poder Executivo Federal;</p> <p><b>XVIII</b> - serviços nacionais - serviços prestados no País, nas condições estabelecidas pelo Poder Executivo Federal;</p> <p><b>XIX</b> - 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.”</p>	<p><b>Art. 6º ...</b></p> <p><b>XVII</b> - 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;</p> <p><b>XVIII</b> - serviços nacionais - serviços prestados no País, nas condições estabelecidas pelo Poder Executivo federal;</p> <p><b>XIX</b> - 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</p>	<p>Os incisos XVII a XIX constituem acréscimos. Não existiam correspondentes no art. 6º. Cuidam de definições, para compreensão e melhor aplicação das alterações constantes no art. 3º.</p> <p>Justificativa: conferir adequado rigor às alterações efetuadas nos §§ 5º, 6º, 11 e 12 do art. 3º.</p>
<p><b>Art. 24. ...</b></p> <p><b>XXI.</b> para a aquisição de bens destinados exclusivamente a pesquisa científica e tecnológica com recursos concedidos pela CAPES, FINEP, CNPq ou outras instituições de</p>	<p><b>Art. 24. ...</b></p> <p>(A alteração no inciso XXI não havia sido proposta)</p>	<p><b>Art. 24. ...</b></p> <p><b>XXI</b> - para a aquisição de bens e <b>insumos</b> 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;</p>	<p>O inciso XXI passa a ter permissão para a aquisição de bens e insumos. Necessário distingui-los, portanto. Por bem, entende-se “mercadoria ou serviço que pode satisfazer uma necessidade humana”, enquanto por insumo entende-se “elemento que entra no processo de produção de mercadorias ou serviços, fator de</p>

fomento a pesquisa credenciadas pelo CNPq para esse fim específico;	<b>XXXI</b> - 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.	<b>XXXI</b> - 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.	produção ou recurso usado na produção de algo.” (Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa).  Não existia correspondente. Justificativa: potencializar as ações autorizadas pela Lei n.º 10.973/2004 – Lei de inovação.
<b>Art. 57</b> ..... .....	<b>Art. 57.</b> ...  V - às hipóteses previstas nos incisos IX, XIX, XXVIII e XXXI do art. 24, cujos contratos poderão ter vigência por até cento e vinte meses, caso haja interesse da administração.	<b>Art. 57.</b> ...  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.	Não existia correspondente. Justificativa: o prolongamento da vigência dos contratos que envolvem segurança nacional e tecnologia se justifica pelos altos investimentos que o particular às vezes necessita fazer em contratos tais, como também é comum ser de interesse público viabilizar a infraestrutura de produção privada de caráter estratégico.
	<b>Art. 2º</b> O disposto nesta Medida Provisória aplica-se à modalidade licitatória pregão, de que trata a Lei no 10.520, de 17 de julho de 2002.  (...)	<b>Art. 2º</b> O disposto nesta Lei aplica-se à modalidade licitatória pregão, de que trata a Lei n.º 10.520, de 17 de julho de 2002.	Justificativa: larga serventia do pregão às aquisições públicas.
	<b>Art. 8º</b> Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação.  Brasília, 19 de julho de 2010; 189º da Independência e 122º da República.	<b>Art. 8º</b> Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.	Estabelece o marco temporal para a vigência da regra, sem <i>vacatio legis</i> .

### 3. Alterações de destaque

#### 3.1 Princípio do desenvolvimento nacional sustentável

Uma vez demarcadas as alterações efetivadas na lei geral de licitações pela norma em comento e expostas as justificativas, acrescidas dos comentários julgados pertinentes, cumpre avançar um pouco mais sobre pontos que entendemos merecem maior atenção.

### Retomemos o **princípio do desenvolvimento nacional sustentável**.

No artigo 3º, II da Constituição está elencado como objetivo fundamental da República a garantia do desenvolvimento nacional. No dizer de José Afonso da Silva<sup>3</sup>, os objetivos constantes daquele artigo não são os únicos do Estado Brasileiro, mas são os básicos a serem perseguidos no desenvolvimento das políticas públicas, base das prestações positivas voltadas à concretização da democracia econômica, social e cultural, para que se efetive, na prática, o princípio da dignidade da pessoa humana.

O desenvolvimento nacional é, assim, o alicerce para o progresso do Estado brasileiro. Por isso, deve estar presente em cada diretriz de cada agente público. A inserção formal deste princípio na lei geral de licitações é, portanto, auspiciosa, pois lembra aos aplicadores desta que, inclusive nas aquisições públicas, se deve utilizar de práticas que fomentem o crescimento do país, o que se consegue com atos de estímulo à indústria, ao comércio, ao emprego formal, ao desenvolvimento tecnológico e científico, além de outros, como os constantes do quadro comparativo.

Mas não é só isto. Este desenvolvimento nacional deve ser estimulado uma vez respeitados vetores outros, inclusive o da sustentabilidade. Aliás, aí um dilema que – enfim – a comunidade mundial começa a enfrentar: desenvolvimento *versus* sustentabilidade. De modo mais técnico há um excelente trabalho escrito por Vinod Thomas e Tamara Belt que vale a pena conferir: *Growth and the Environment: Allies or Foes?*<sup>4</sup>. Ali os autores se questionam exatamente em torno da eterna dúvida: *Grow first and clean up later?*<sup>5</sup>

A todo modo, para SANTANA, a sustentabilidade não diz respeito nem ao meio ambiente, tampouco ao fator econômico. É conceito amplíssimo, aberto e plástico que conglera a refração de diversas faces de uma mesma realidade: a realidade social<sup>6</sup>.

O autor consigna que a sustentabilidade abrange muito mais do que suprir as necessidades da geração presente, sem afetar a habilidade das gerações futuras de suprirem as suas. Por isso, abarca temas que transcendem o meio ambiente e a economia, perpassando por outros, como os por nós sugeridos, a saber: reeducação, conscientização quanto aos impactos do consumo desenfreado, proposição de novo estilo de vida, consumo racional e consciente dos recursos naturais, geração, processamento e descarte do lixo, estreitamento da relação indivíduo-planeta.

Contudo, não se poderá negar a elevada composição conceitual que no momento se volta para a preservação ambiental<sup>7</sup> (já encampada pelo Setor de Aquisições Governamentais, ainda que de modo incipiente), que desde a promulgação da Carta Magna já se fazia presente em seu texto, pelos dizeres do artigo 225, em que se lê:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e de preservá-lo para as presentes e futuras gerações. [...]

§ 2º. Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

Assim, no cenário jurídico brasileiro, o meio ambiente ecologicamente equilibrado constitui direito subjetivo de conteúdo material presente no texto da Constituição. Pela doutrina é considerado direito fundamental de terceira geração, ou de novíssima dimensão.

---

<sup>3</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13 ed. revista. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 107.

<sup>4</sup> THOMAS, Vinod. BELT, Tamara. *Growth and the Environment: Allies or Foes?* Finance & Development, June 1997, vol 34, n. 2, p. 23 (International Monetary Fund).

<sup>5</sup> “Crescer primeiro e limpar depois?” em tradução livre.

<sup>6</sup> Fonte: [www.jairsantana.com.br/sustentabilidade](http://www.jairsantana.com.br/sustentabilidade) Acesso em 26/01/2011.

<sup>7</sup> Doutrinariamente se fala, dentre outros, nos princípios de (1) Nível de Proteção elevado, (2) Prevenção e da Atuação na Fonte e (4) do Poluidor Pagador (MOLINA, Pedro M. Herrera. **Derecho Tributario Ambiental**. Madrid: Marcial Pons., 2000).

Conferindo concreção ao Texto Magno, o STF decidiu, na Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.540/01 – DF, que **a proteção ao meio ambiente é encargo irrenunciável que incumbe ao Estado e à coletividade**. O cumprimento desse encargo garante a inexistência de graves conflitos intergeracionais, que poderiam ocorrer pelo desrespeito ao dever de solidariedade imposto a todos.

E mais, decidindo acerca da supressão de vegetação em área de preservação permanente, fixou os critérios de ponderação, em análise entre a atuação dos princípios de desenvolvimento nacional (CR, arts. 3º, II e 170, VI) e os de proteção do meio ambiente, restando consignado que “a atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente.”

Na decisão do STF também restou consignada a questão da precedência do direito à preservação do meio ambiente: uma limitação constitucional explícita à atividade econômica.<sup>8</sup>

Como se vê, a Lei n.º 12.349/10 traz às licitações públicas, mais do que nunca, a obrigação de tornar concreta a **vontade de constituição**, parafraseando Konrad Hesse<sup>9</sup>. Quer dizer, não se pode estimular o progresso em detrimento da preservação do meio ambiente. A ponderação de princípios, de que se falará melhor adiante, levou à fusão dos princípios econômicos e de preservação ambiental num só princípio, que remete ao equilíbrio, à proporcionalidade ao se tratar do progresso, harmonizando os valores Constitucionais e conferindo força ativa a Seu texto. Por outras palavras, o crescimento há de ocorrer garantindo a existência futura e a preservação ambiental, um primeiro passo na concretização do que SANTANA chama de sustentabilidade. Esta “fusão” contribuiu para gerar, na lei geral de licitações o **princípio do desenvolvimento nacional sustentável**.

Em termos práticos, as medidas que serão tomadas na realização de licitações públicas para agregar ao perfil de demanda do setor público diretrizes claras quanto ao papel do Estado na promoção do desenvolvimento econômico e fortalecimento das cadeias produtivas de bens e serviços domésticos não poderão se afastar do dever de preservação da *biota*<sup>10</sup>. Isso deve ser levado em conta no momento de se definir o objeto do certame, quando da elaboração das cláusulas do instrumento convocatório, quando da feitura da minuta do contrato administrativo, e, enfim, em toda a concretização do certame e de seus conseqüentes.

### 3.2 Desenvolvimento científico e tecnológico

A nova ordem jurídica deu primazia ao tratamento diferenciado a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no país. A medida ratifica ao setor público o dever de incentivar a pesquisa e a inovação. Com isso estimula o crescimento e o desenvolvimento, fruto de descobertas empíricas e da criatividade.

Como consequência está-se permitindo que o país se destaque em setor que lhe confere não só destaque na ordem internacional, mas também independência, e elevação da qualidade de vida de seus cidadãos.

Com isso, o objetivo fundamental comentado no tópico anterior é, novamente, contemplado e, via de conseqüência, cada um dos brasileiros.

### 3.3 Isonomia de tratamento e sociedades cooperativas.

---

<sup>8</sup> Brasília. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n.º 3.540/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Julgamento: 01/09/2005. Disponível em < [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br) > Acesso em 13/01/2011.

<sup>9</sup> “Mas a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converte-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der gegenwart*). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional - , não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 1991, p. 19.

<sup>10</sup> “Biota – a fauna e a flora de uma região, ou de determinado período geológico” (Houaiss, *cit.*).

O princípio constitucional da isonomia, sobre o qual se discorrerá com maior rigor adiante, impõe que se confira tratamento equânime nas licitações públicas a todos os participantes. Por outras palavras, o pregoeiro<sup>11</sup> deve receber os mesmos documentos de todos os participantes<sup>12</sup>, julgá-los com o mesmo peso, o mesmo se fazendo com as propostas, ser impessoal, deixando de estabelecer preferências ou privilégios, conferir oportunidade de recurso a todos os presentes, legitimados a tal e detentores de interesse de agir, além de outras condutas, que devem pautar-se, sempre, pela regularidade.

As sociedades cooperativas, por possuírem constituição jurídica peculiar e tratamento tributário diferenciado, sempre deixaram margem a polêmicas no que se refere à sua participação em licitações, notadamente no que tange à formalização de propostas e à apresentação de documentos<sup>13</sup>.

Por receio de haver burla a direitos trabalhistas, por muito tempo, houve restrições à participação dessas pessoas jurídicas em licitações de fornecimento de mão-de-obra. O tema, há muito, já era tratado por SANTANA<sup>14</sup>, onde está consignado que [...] *o instrumento convocatório não pode contrariar as disposições legais. Há incentivos do governo à criação de cooperativas, os quais são decorrência do princípio da igualdade. [...]*. Este trecho da obra é ilustrado com jurisprudência do TCU<sup>15</sup>, TJRS<sup>16</sup> e STJ<sup>17</sup>.

Em julgado mais recente o TCU recomendou a determinado órgão [...] *c.3 - abster-se de incluir cláusulas de equalização de propostas, uma vez que esse procedimento somente tem amparo legal quando verificada a hipótese prevista no art. 42, § 4º, da Lei 8.666/1993, que visa proteger as empresas brasileiras contra eventuais propostas apresentadas por licitantes estrangeiros sujeitos a menor carga tributária;*<sup>18</sup> [...]

Como se vê, em sintonia com jurisprudência e doutrina, há, agora, dentro do art. 1º, § 1º, I da lei geral de licitações, vedação expressa quanto ao estabelecimento de cláusulas ou condições que comprometam ou frustrem o caráter competitivo, inclusive no caso de sociedades cooperativas. A inclusão encerra a polêmica acerca da impossibilidade de se inserir nos editais de licitação cláusulas que estabeleçam a equalização de propostas para tais formas societárias.

### **3.4 A revogação do inciso I, §2º, do art. 3º da Lei 8.666/93 e suas implicações**

O artigo 7º da Lei n.º 12.349/10 revogou o inciso I, §2º, do art. 3º da Lei n.º 8.666/93, sob a afirmação de adequar o texto da regra à Constituição da República, que tece seu artigo 171 revogado quando da edição da Emenda n.º 6, de 15/08/95.

Mencionado artigo trazia a distinção entre empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional. O parágrafo segundo desse artigo 171 previa a possibilidade de o Poder Público estabelecer preferência às empresas brasileiras de capital nacional nos processos de aquisições. Seguindo esta linha, a lei de licitações havia estipulado critérios de desempate conferindo preferência a bens e serviços produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional.

---

<sup>11</sup> Ou o membro de comissão de licitação, se a modalidade licitatória escolhida for outra.

<sup>12</sup> Seja no credenciamento, seja ao analisar propostas ou (in)habilitação.

<sup>13</sup> Sobre a participação de cooperativas em licitações veja o debate travado no artigo intitulado "Podem as Cooperativas participar de licitação?" (GUIMARÃES, Fábio; SANTANA, Jair Eduardo). Fonte: <http://www.jairsantana.com.br/artigos/direito-administrativo>. Acesso em: 13/01/2011.

<sup>14</sup> SANTANA, Jair Eduardo. Pregão Presencial e Eletrônico, Sistema de Registro de Preços: manual e implantação, operacionalização e controle. 3 ed. ver. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 251/255.

<sup>15</sup> TCU. Processo n.º 012.485/2002-9, Acórdão 22/03. Representação. Rel. Min. Benjamim Zymler, DOU, 05 fev. 2003. (SANTANA, op. Cit. p. 252)

<sup>16</sup> TJRS – APCV 70013262506. Rel. Desa. Liselena Schifino Robles Ribeiro. Vigésima Primeira Câmara Cível – Data da Decisão 09.11.2005. (SANTANA, op. Cit. p.253).

<sup>17</sup> STJ. Processo n.º 2004/0063.555-1. AgRg. na Suspensão de Segurança. Rel. Min. Edson Vidigal. Data do julgamento: 17.11.2004. (SANTANA, p. 255).

<sup>18</sup> Brasília. TCU. Acórdão n.º 3.075/2008, Plenário. Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti. DOU 12/12/2008. Disponível em: <[www.tcu.gov.br](http://www.tcu.gov.br)>. Acesso em: 16/01/2011.

AGRA<sup>19</sup> ressalta que, apesar de a Constituição ter sido alterada, a norma infraconstitucional poderia continuar efetuando a discriminação, e que a mesma é benéfica, na medida em que confere primazia à empresa genuinamente brasileira, conferindo-lhes certa proteção em face das multinacionais. O raciocínio, segundo narra, está sedimentado na soberania nacional.

Consoante a essência da soberania econômica é possível, sem perpetrar inconstitucionalidades, mas muito pelo contrário, seguindo um dos pilares do núcleo intangível do sistema constitucional, outorgar privilégios às empresas brasileiras de capital nacional<sup>20</sup>.

### **3.5 A fixação de margem de preferência a produtos manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras**

No tratamento diferenciado estabelecido pelos §§5º a 10 do art. 3º deverão ser desenvolvidos estudos técnicos que estabeleçam, de forma segura, lógica e bem orientada, parâmetros de aferição, os quais deverão ser seguidos quando da elaboração dos instrumentos convocatórios e do julgamento das propostas de preços.

Cuida-se de exercício do poder regulatório de entes e entidades da Administração Pública Direta e Indireta, no âmbito de suas competências. O §6º estabelece as diretrizes a serem observadas na realização dos estudos técnicos, respeitados, sempre, os limites de atuação de cada ente ou entidade.

CARVALHO, discorrendo sobre o poder regulatório assim consignou:

Se legislar é a atividade do Legislativo de aprovar leis que inovam no mundo jurídico e se regulamentar é editar decretos pelo Chefe do Executivo no exercício da discricionariedade política, regular é atividade exercida por qualquer entidade administrativa ou órgão público de quaisquer dos Poderes do Estado, no exercício de discricionariedade técnica, com o objetivo de viabilizar sua operacionalidade no cotidiano público<sup>21</sup>.

A autora esclarece ainda, que este exercício pode se dar através de atos como instruções, circulares, portarias, ordens de serviço, provimentos, avisos, regimentos e resoluções. A lei alteradora, entretanto, no §8º definiu que este exercício deve-se operar mediante decreto. Assim é que, os chefes do Executivo dos Estados-membros e dos Municípios deverão atuar levando em conta as limitações legalmente impostas e considerando as suas peculiaridades regionais e locais, respectivamente.

Os chefes dos Poderes Legislativo e Judiciário, como também os do Ministério Público e dos Tribunais de Contas, seja em âmbito federal, seja no estadual, deverão definir se adotarão as disposições dos respectivos Chefes do Executivo ou se exercerão a sua competência legislativa (residual, administrativa), considerando a sua independência e a sua autonomia.

Entendemos ainda que o limite global imposto pelo §8º se aplica a todos os entes e entidades da federação, apesar de ali se mencionar unicamente o Poder Executivo Federal.

### **3.6 Extensão da margem de preferência a países partes do MERCOSUL**

O MERCOSUL, Mercado Comum do Sul foi instituído pelo Tratado de Assunção em 1991. Atualmente conta com a participação de Brasil, Argentina, Uruguai, Paraguai (estes quatro desde a fundação), Chile, Bolívia, Colômbia, Peru e Equador (os cinco últimos são associados). A Venezuela está em processo de adesão. O México é Estado Observador.

O MERCOSUL constitui-se numa aliança comercial voltada à dinamização da economia regional. Ele tem por finalidade movimentar mercadorias, pessoas, força de trabalho e capitais, isto é, tornar-se um mercado comum. Mas esta ainda é realidade muito distante de nosso bloco econômico.

Em seu processo integracionista já constitui-se em zona de livre comércio e já possui tarifa externa comum (TEC), ou seja, já possui união aduaneira, mas toda e qualquer restrição

---

<sup>19</sup> AGRA, Walber de Moura. *Possibilidade de Diferenciação entre empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional pela lei infraconstitucional – Remédio contra uma Fraude à Constituição*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 11 de janeiro de 2.011.

<sup>20</sup> AGRA, art. Cit. p. 13.

<sup>21</sup> CARVALHO, op. cit., P. 324-325.

a bens e serviços deve ser eliminada. A união econômica e a monetária igualmente devem ser atingidas, a exemplo do que se passa na União Européia.

A alteração na lei geral de licitações reforça o dever da Administração Pública brasileira de fazer real este Mercado Comum. Ou seja, a *margem de preferência* prevista na nova Legislação (veja o nosso Quadro Comparativo) poderá ser estendida ao MERCOSUL.

Na prática – apenas para exemplificar – numa licitação da qual participem Argentina e Bélgica, a “reserva de mercado” é feita em favor do País vizinho, ainda que se pague mais caro pela contratação.

Chega a ser interessante o exemplo dado, sob certa dimensão, porque o *fomento à geração de renda e emprego – no caso – beneficia toda a cadeia produtiva (com respectivas implicações: tributárias, quem sabe) de um País em detrimento de outro, sem que haja muita segurança em relação à qualificação do ajuste, especialmente no que toca ao seu objeto.*

#### 4. Princípio da Isonomia

KANT<sup>22</sup> asseverou que o lema da equidade é “o direito muito estrito é uma injustiça muito grande”, e ainda que “o tribunal da equidade é uma verdadeira contradição”. Para ele, a base da equidade é de fundamento moral (o tribunal da consciência). O autor consagra a “igualdade no ponto de partida”, repelindo, aí, todo e qualquer privilégio. Por outras palavras, para o filósofo, igualdade traduz-se em igualdade de oportunidade, sem o sacrifício da liberdade individual, admitindo uma sociedade dinâmica, não-estática.

A igualdade, portanto, deve partir de um critério uniforme, **presente na lei** e de materialização a cada caso concreto. Não basta, assim, propalar a máxima aristotélica de que igualdade é tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, pois, segundo BANDEIRA DE MELLO, a pergunta central ainda haverá de persistir: “quem são os iguais e quem são os desiguais?”<sup>23</sup> Por isso, o autor assevera que, à lei, caber discriminar situações, devendo-se inverter a pergunta para se encontrar a medida da legal isonomia, ou seja: quando é vedado à lei estabelecer discriminações?

O autor vai mais além, elegendo três aspectos para a correta análise da medida da igualdade ((1) analisar o que é tomado como critério discriminatório; (2) se existe fundamento lógico para o elemento desigualador escolhido; e (3) averiguar se a correlação lógica se alinha ao sistema normativo constitucional).

A metodologia adotada no presente escrito nos permitiu mostrar a pertinência do *discrimen* efetuado na Lei n.º 12.349/10. E mais: evidenciou, também, os esforços do legislador subalterno na tentativa de fazer vivo o texto da nossa Constituição.

Mas a isonomia não reside apenas no conteúdo da norma jurídica. A igualdade, assim, não é apenas a formal e artificial consagrada no texto em estudo. Caberá ao aplicador da lei de licitações, portanto, dedicar-se à diminuição, efetiva, de desigualdades reais ofensivas ao sistema vigente. Cabe-lhe, assim, a aplicação dinâmica do princípio da igualdade, este, não é demais lembrar, é a base das alterações normativas fruto do presente artigo.

Ao servidor público que atua com as licitações restou a mais importante tarefa, portanto. Em seu socorro cumpre lembrar-lhe que a igualdade não possui conteúdo preciso, constituindo, na verdade, em **regra de prudência**.

CARVALHO<sup>24</sup> assevera que “a igualdade só se realiza a partir da compreensão da proporcionalidade em cada situação específica” e que a sua função é “auxiliar a discernir entre desigualdades aceitáveis e desejáveis e aquelas que são profundamente injustas e inaceitáveis”. Mais adiante a autora ressalta que “Todo aquele que tem competência para discriminar é destinatário da exigência constitucional da isonomia<sup>25</sup>”.

---

<sup>22</sup> KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Ícone: 1993, p. 51.

<sup>23</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros. 3 ed. 15 tiragem, p. 11.

<sup>24</sup> CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. Curso de Direito Administrativo. Jus Podivm: Salvador, 2009, 2 ed., p. 162.

<sup>25</sup> CARVALHO, op. cit. p. 164.

Para tanto devem-se estabelecer critérios de valoração da isonomia, baseados na proporcionalidade, na lógica, na razoabilidade e aferidos através de uma metódica de fácil compreensão, caracterizada também pela uniformidade. Não basta, como se vê, a igualdade normativa tão somente. O operador da regra exerce papel fundamental na realização dos ideais de isonomia presentes no texto alterador da Lei n.º 8.666/93.

É preciso, assim, atentar para a lembrança dos ensinamentos de ALEXY<sup>26</sup> acerca do conflito entre regras e da tensão entre princípios. No primeiro caso, haverá a exclusão de uma regra por outra, prevalecendo critérios como o de especialidade, por exemplo. Mas no segundo a metódica é bem outra: é que princípios podem se entrecruzar, colidir ou se relacionar de formas diversas. Caberá, neste último caso, o exercício da ponderação, para avaliar, a cada caso, qual o princípio que terá prevalência.

## **5. Atenção aos possíveis reflexos das novas regras**

São profundas e significativas as alterações introduzidas na Lei Geral de Licitações e Contratos administrativos pela Lei n.º 12.349/10.

O enveredar-se pelo caminho procedimental das licitações nunca foi tarefa simples ou fácil, nem por isso deixa de ser prazeroso. Contribuir à consagração dos ideais democráticos é motivo de orgulho e de alegria a todo cidadão consciente. E muito é devido aos pregoeiros e sua equipe de apoio, como também aos membros de comissões de licitação e assessores jurídicos dos respectivos departamentos.

É certo que o especificar do objeto, a redação dos editais e dos contratos administrativos, as respostas às impugnações e esclarecimentos, a atuação em sessões públicas há de enfrentar situações de maior atenção ao servidor, até que a rotinização do procedimento esteja devidamente memorizada e a intimidade com a regra seja realidade.

Não é demais lembrar os ensinamentos basilares acerca das licitações constantes no artigo 37, XXI da Constituição da República, que remete o aplicador à fixação de exigências mínimas, indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, bem assim à fixação de igualdade de condições a todos os concorrentes. A medida da proporcionalidade e da harmonia entre os disciplinamentos jurídicos, pensamos, foi devidamente colocada nos itens anteriores.

Alertamos, outrossim, para a vastidão de providências administrativas que devem ser tomadas para a efetivação da nova norma (em relação aos novos paradigmas, vetores e princípios), notadamente no tocante à etapa interna e seus antecedentes<sup>27</sup>.

## **6. Conclusão**

No início deste trabalho nos propusemos a:

- (1) demonstrar os possíveis avanços na concretização de políticas públicas visadas pelo texto da nossa Constituição;
- (2) atentar para os cuidados necessários na aplicação dos comandos trazidos pela lei alteradora, sob pena de se infringir outros princípios constitucionais; e
- (3) comentar as possíveis repercussões das alterações nos procedimentos licitatórios futuros.

É certo o alinhamento das alterações realizadas na Lei n.º 8.666/93 pela regra sob análise com a Constituição e muitos dos princípios nela constantes. Isso mostra o amadurecimento da Nação, sobretudo de seu povo, e a adequação do texto constitucional à realidade social ou, ao menos, a vontade dessa sociedade de fazer viva sua Lei Maior.

---

<sup>26</sup> A *colisão de princípios* em Alexy é avaliada também em “Podem as Cooperativas participar de licitação?” (GUIMARÃES, Fábio; SANTANA, Jair Eduardo). Fonte: <http://www.jairsantana.com.br/artigos/direito-administrativo>. Acesso em: 13/01/2011.

<sup>27</sup> Referimo-nos à necessidade de bem conhecer os códigos genéticos da licitação e de tê-los bem demarcados no termo de referência. Invocamos, com o raciocínio, o modo sistêmico de pensar, no conhecimento do ciclo da contratação. Vide SANTANA, Jair Eduardo. *Termo de Referência*. 2 ed. Curitiba: Editora NP, 2010, p. 15-16.

Chegado o instante de disseminar a nova lei para que Governo, Mercado e Sociedade possam assimilar os novos conceitos, paradigmas e tomar as providências necessárias à efetivação (aplicação) da norma.

Por conferir relevância a princípios como o desenvolvimento nacional sustentável, a isonomia, o desenvolvimento científico e tecnológico, alinhando-se a muitos objetivos constitucionalmente postos, urge lembrar que os critérios de diferenciação postos pela nova regra devem ser utilizados nas licitações públicas valendo de critérios de ponderação e de medidas pautadas pela razoabilidade, pela proporcionalidade, sustentadas, ainda, por uma metodologia aferível por pressupostos lógicos.

As alterações estudadas haverão de incidir nas diversas fases do procedimento licitatório, em todas as modalidades. Estarão presentes, ainda, nos contratos administrativos.

Quando da vigência da medida provisória e por ocasião de produção de artigo de nossa lavra, relacionamos alguns problemas presentes na materialização do procedimento, a saber:

[...] questões operacionais não esclarecidas pela MP padecem de nota. É o que se passa, por exemplo, com a adequação de sistemas eletrônicos para o atendimento da MP; o instante e a forma da prova de cumprimento de normas técnicas brasileiras, do PPB, de se tratar de empresa brasileira ou constituída sob as leis brasileiras, além de outras<sup>28</sup>.

Dúvidas e impasses outros haverão de surgir na aplicação da norma. Isso é natural, e é bom que assim seja. É que somente o caso concreto vai demonstrando, em medidas reais, a extensão, a pertinência e a lógica a se desenvolver com a ordem jurídica posta. Nosso objetivo foi traçar um norte ao aplicador diante dos três marcos inicialmente postos. Esperamos, com o presente escrito, aclarar-lhes obscuridades e orientá-los na realização de seus misteres, à luz da doutrina, da jurisprudência e da narrativa de realidades, tal como procedemos.

#### **Bibliografia**

- AGRA, Walber de Moura. *Possibilidade de Diferenciação entre empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional pela lei infraconstitucional – Remédio contra uma Fraude à Constituição*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.
- BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. *Legislação: licitações, pregão presencial e eletrônico, leis complementares*. Organizadores: Fernanda Alves Andrade; Jair Eduardo Santana. Curitiba: Negócios Públicos, 2010.
- CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. 2 ed. Jus Podivm: Salvador, 2009.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio Século XXI Escolar: o minidicionário da língua portuguesa*. 4 ed. Rev. E ampliada – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.
- GUIMARÃES, Fábio; SANTANA, Jair Eduardo. *Podem as Cooperativas participar de licitação?*. Fonte: [http://www.jairsantana.com.br/artigos/direito administrativo](http://www.jairsantana.com.br/artigos/direito_administrativo). Acesso em: 13/01/2011.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 1991.
- KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Ícone: 1993.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo: Malheiros. 3 ed. 15 tiragem.
- MOLINA, Pedro M. Herrera. *Derecho Tributario Ambiental*. Madrid: Marcial Pons, 2000.
- SANTANA, Jair Eduardo; ANDRADE, Fernanda. Impacto da Medida Provisória n. 495, de 19 de julho de 2010, nas licitações e contratações públicas. Revista JML: Licitações e Contratos. Edição n. 17, dezembro de 2010, p. 3/10.

---

<sup>28</sup> SANTANA, Jair Eduardo; ANDRADE, Fernanda. Impacto da Medida Provisória n.º 495, de 19 de julho de 2010, nas licitações e contratações públicas. Revista JML: Licitações e Contratos. Edição n.º 17, dezembro de 2010, p.9.

- SANTANA, Jair Eduardo. *Pregão Presencial e Eletrônico, Sistema de Registro de Preços: manual e implantação, operacionalização e controle*. 3 ed. ver. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- SANTANA, Jair Eduardo. *Termo de Referência*. 2 ed., Curitiba: Editora NP, 2010.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13 ed. revista. São Paulo: Malheiros, 1997.
- THOMAS, Vinod. BELT, Tamara. *Growth and the Environment: Allies or Foes?* Finance & Development, June 1997, vol 34, n. 2 (International Monetary Fund).