Número 15 – agosto/setembro/outubro - 2008 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

PREFERÊNCIAS EM LICITAÇÃO PARA BENS E SERVIÇOS FABRICADOS NO BRASIL E PARA EMPRESAS BRASILEIRAS DE CAPITAL NACIONAL

Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello
Titular da Faculdade de Direito da
Universidade Católica de São Paulo.

1. Dois problemas são suscitáveis e já têm sido suscitados ao propósito das *preferências* outorgáveis em licitações quando em pauta bens e serviços produzidos no País ou empresas brasileiras de capital nacional .

O primeiro deles concerne à questão que poderia ser expressada na seguinte pergunta: com a Emenda Constitucional nº 6, de 15.08.95, que revogou o art. 171 da Constituição de 1988, ficaram inviabilizadas quaisquer das preferências estabelecidas seja no art. 3º da lei nº 8.666, de 21.06.93, que expediu normas gerais de licitação e contratos, seja na lei 8.248, de 23.10.91, que dispõe sobre a aquisição de bens e serviços de informática ?

Em nosso entendimento, desta pergunta poder-se-ia dizer o mesmo que foi dito pelo eminente ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, OROZIMBO NONATO, ao propósito de outra, cuja resposta era igualmente curial: *"O mesmo é propor a questão que lhe dar resposta negativa".*

Sem embargo, não é pacífico tal entendimento entre nós. Pelo contrário, têm sido fonte de muitas divergências, o que justifica o desenvolvimento da matéria em causa.

2. O art. 171 da Constituição de 1988, em seu § 2º, oferecia às *empresas brasileiras de capital nacional* a **garantia** de que, nas aquisições de bens e serviços pelo Poder Público, ser-lhes-ia **obrigatoriamente outorgada preferência**, nos termos que a lei viesse a estabelecer. Estes eram seus dizeres:

> "*Na aquisição de bens e serviços, o Poder Público **dará** tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional*".

Assim, o próprio deste dispositivo era, em nome do interesse nacional, o de determinar que a lei estabelecesse tratamento mais favorável, nas aquisições de bens e serviços pelo Poder Público, a uma determinada categoria de pessoa, definida no inciso II do mesmo artigo, qual seja:

> "*aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades*".

Assim, é evidente (a) que o art. 171 cuidou de uma específica e determinada categoria de pessoa; b) que estabeleceu fosse por lei conferido tratamento diferenciado à referida categoria c) que, pois, o benefício a ser atribuído se caracterizava pelo *ângulo subjetivo*, isto é, pela *qualidade do beneficiário* e não por qualquer outro fator alheio a sua subjetividade.

Segue-se que a revogação do artigo nada tem a ver com questões **estranhas a tal espécie de pessoa**. Ou seja, *do só fato da supressão do artigo em causa* nada se pode extrair no que atina a preferências outorgadas a **outro título, desfrutável por outra categoria (e indeterminada) de pessoas**, independentemente de atributos subjetivos que possuísse ou pudesse possuir.

Trata-se de algo óbvio, cristalinamente claro, evidente por si mesmo.

3. Com efeito, a elisão de uma regra constitucional que prevê a outorga de dado benefício a alguém em razão de determinado atributo que este possui, não traz consigo, só por só, a elisão do benefício desfrutável por outrém e ademais, captável - *não em razão de qualquer atributo pessoal, é dizer,*

subjetivo - mas como fruto de alguma situação **objetiva** por força da qual favorecerá *indeterminadamente* quem quer que a preencha, sem estabelecer qualquer relação com sua individualidade jurídica.

Ante o caráter surpreendente da dúvida que se instaurou ao respeito, cumpre insistir: o art. 171, não tratou de conferir tratamento especial a qualquer empresa que, "exempli gratia", desenvolvesse dado produto no Brasil ou que o fabricasse com maior valor agregado local. Tanto que, *em decorrência do que se dispunha no preceptivo citado*, ainda que empresa brasileira de capital nacional houvesse importado parte relevante dos insumos de equipamentos a serem fornecidos, teria preferência em relação à empresa carente de tal qualificativo, conquanto esta última, ao contrário daquela, aqui houvesse desenvolvido o produto objeto da eventual compra ou possuísse maior valor agregado no Brasil.

Assim, ulterior revogação deste dispositivo, por Emenda Constitucional subseqüente (como deveras ocorreu), do ponto de vista lógico e jurídico *só poderia interferi*r com benefício concedido a **empresa brasileira de capital nacional**, ou seja*, só poderia afetar* vantagem desfrutável pelo sujeito portador da sobredita caracterização. Donde, a supressão do art. 171, é *racionalmente estranha a qualquer benefício fundado em elemento diverso*, como o que tomasse por base o fato do produto ser desenvolvido no Brasil ou possuir maior valor agregado local ou algum outro, qual - suponha-se - o de haver sido produzido em condições de maior higidez do ponto de vista ecológico ou, ainda, de haver sido desenvolvido por cidadão brasileiro etc.

Em conclusão: é claro a todas as luzes que a eliminação de uma garantia assentada em elemento “subjetivo” - a empresa em sua identidade nacional, como dantes definida - nada, absolutamente nada tem a ver com preferências assentadas sobre fatores de natureza “objetiva”, como os atinentes ao local onde se desenvolveu o produto ou o fato deste possuir maior valor agregado nacional, questões estas absolutamente estranhas à espécie de empresa que os ofertasse e independentes de sua tipologia.

4. Por isto, sobrevivem tanto dispositivos das precitadas leis 8.428/91, quanto da lei 8.666/93, que expediu normas gerais de licitação e contratos, nos quais, independentemente de preferência outorgada a empresas brasileiras de capital nacional, foram previstas *outras preferências*, fulcradas em elementos objetivos, com prescindência, então, seja do caráter de empresa brasileira de capital nacional, seja de qualquer fator alusivo ao "status" subjetivo que porventura a empresa pudesse apresentar.

Assim, o § 1º do art. 3º da lei 8.248 estabelece:

> *"No caso da empresa brasileira de capital nacional não vir a ser objeto desta preferência, dar-se-á aos bens e serviços fabricados no País preferência em relação aos importados, observado o disposto no § 2º".*

A que preferência está aludindo o dispositivo em causa ? À que consta do art. 3º, de acordo com o qual:

> *"Os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta ou indireta, as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público e as demais organizações sob controle direto ou indireto da União, darão preferência, nas aquisições de bens e serviços de informática e automação, nos termos do § 2º do art. 171 da Constituição Federal, aos produzidos por empresa brasileira de capital nacional, observada a seguinte ordem:*
>
> *I - bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País;*
>
> *II - bens e serviços produzidos no País com significativo valor agregado local.*

Assim, admitindo-se, o que sequer é exato - como ao diante se dirá - que, por força da revogação do art. 171 da C. F. efetuada pela Emenda 6/95), não mais são outorgáveis preferências a empresas brasileiras de capital nacional e que, por isto, estão suprimidas as partes do dispositivo que contemplavam tais empresas, *restam dele as preferências advindas das situações objetivas mencionadas, deferíveis, pois,* ***independentemente daquela qualificação subjetiva que as credenciava***.

Ditas preferências, portanto, prescindem do art. 171. Não necessitam de seu estribo, pois não se atrelam ao caráter genuinamente nacional da empresa - que foi o tópico objeto da revogação - mas a critérios alheios a tal fator. Donde, a revogação do artigo em apreço não predica, do ponto de vista lógico, elisão de preferências outras, erigidas sobre pressupostos diversos.

5. O mesmo e por similares razões se diga das preferências estabelecidas como critério de desempate no § 2º do art. 3º da lei nº 8.666/93 - lei geral sobre licitações e contratos.

De acordo com o preceptivo em questão, para efetuá-lo, tomar-se-á em conta, sucessivamente, a preferência em prol dos bens e serviços:

> *"I - produzidos ou prestados por empresa brasileira de capital nacional;*
>
> *II - produzidos no País;*
>
> *III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras".*

Mesmo eliminado o disposto no inciso I, restariam as preferências decorrentes dos incisos II e III.

Aliás, nos termos do art. 45, § 4º, desta mesma lei 8.666:

> *"Para contratação de bens e serviços de informática, a administração observará o disposto no art. 3º da lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, levando em conta os fatores especificados em seu § 2º e adotando obrigatoriamente o tipo de licitação técnica e preço, permitido o emprego de outro tipo de licitação nos casos indicados em decreto do Poder Executivo".*

6. Em relação a esta questão das preferências cogitadas, caberia indagar, a final, se haveria algum empeço a que lei - logo, norma infra constitucional - outorgasse benefícios de tal ordem em contratações ou procedimentos pré-contratuais.

Desde logo, salta aos olhos que leis podem estabelecer distinção entre situações e em face delas outorgar tratamentos específicos diversos, *sem necessidade de que a Constituição a tanto as autorize*. *Basta que não ofendam* os princípios e regras constitucionais.

Sem embargo, o fato é que, "in casu", **tanto existem diretrizes constitucionais genéricas como regras específicas que servem de supedâneo para as preferências em causa**.

Deveras, o art. 3º da Constituição Federal arrola quatro objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e entre eles o de *"garantir o desenvolvimento nacional"* (inciso II), elemento obviamente importante para uma plena afirmação de *independência* e, pois, da *soberania*, valor máximo de qualquer País e por isto mesmo encarecido, desde logo, tanto no art. 1º, I, ao enunciá-la como o primeiro dos fundamentos da República brasileira, quanto no art. 170, I, que a aponta também como o primeiro dos "**princípios gerais da atividade econômica**", isto é, das *diretrizes que haverão, inapelavelmente, de reger a ordem econômica no Brasil*. Aliás, este mesmo artigo, em seu item VIII, inclui a "*busca do pleno emprego*" entre tais princípios retores e é lógico que o fabricado no Brasil concorre para tanto, ao contrário do bem importado.

7. De resto, na Constituição está claríssimamente explicitada a consciência da relação íntima que estes fatores entretêm uns com os outros. A compreensão da necessidade do apoio ao desenvolvimento de uma vitalidade econômica e sobretudo tecnológica centrada no próprio País transparece em diferentes dispositivos. Assim, o art. 5º, XXIX, dispõe que:

> *"a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como a proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o **desenvolvimento tecnológico e econômico do País**".*

O art. 200, V, também traduz preocupação com o incentivo do desenvolvimento tecnológico brasileiro, expressando-a, no que concerne à área da saúde, nestes termos;

> *"Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:*
>
> *.....*
> *.....*
>
> *IV - incrementar em sua área de atuação o **desenvolvimento científico e tecnológico**".*

O art. 219 igualmente faz praça desta aludida consciência, desvelando, com total explicitude, o vetor que terá de orientar o desenvolvimento econômico nacional, ao estatuir:

> *"O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio econômico, o bem estar da população e a* ***autonomia tecnológica do País****, nos termos da lei federal".*

Este último, aliás, já seria um fundamento *específico* (favorecer a autonomia tecnológica do País) e, pois, mais que suficiente para as normas de preferência ora sob cogitação, *notadamente no campo da informática*, revelando que elas nada mais são que o cumprimento de uma claríssima diretriz constitucional em relação ao assunto.

Porém, *talvez ainda mais específico do que ele, no que atina ao caso vertente*, é o art. 218 e seus parágrafos, sobreposse os §§ 2º, 3º e 4º. Dispõe o referido artigo:

> *"O Estado promoverá o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.*
>
> *.....*
>
> *§ 2º - A pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a* ***solução de problemas brasileiros*** *e* ***para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional*** *e regional.*
>
> *§ 3º - O Estado apoiará a formação* ***de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa e tecnologia*** *.....*
>
> *.....*
>
> *§ 4º - A lei apoiará e estimulará as* ***empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos*** *..... "*

8. Verifica-se, pois, que, de fora parte o juízo que se faça sobre o impacto da Emenda 6/95 no concernente às empresas brasileiras de capital nacional, é inequívoco que não foram afetadas *outras preferências* estabelecidas *em prol de bens e serviços produzidos no País ou com maior valor agregado local*, *particularmente no setor de informática*, o qual, por se ubicar no campo do desenvolvimento tecnológico, encontra-se sob o particularizado arrimo de dispositivos constitucionais específicos que proclamam o dever do Estado de favorecer a "autonomia tecnológica do País", de promover "o desenvolvimento do sistema produtivo nacional", de beneficiar a "capacitação tecnológica" no Brasil, de apoiar a "formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa e tecnologia", de "estimular *as empresas* que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos*".*

Com efeito, é precisamente isto o que realizam as citadas previsões legais de preferências.

9. Vistos estes aspectos relativos ao tema de preferências *diversas das supostas no revogado art. 171,* o certo, contudo, é que **nem ao menos procede o entendimento segundo o qual, com o advento da Emenda 6/95, ficaram peremptas e vedadas preferências outorgáveis a empresas brasileiras de capital nacional.**

Chega a ser surpreendente o fato de haver prosperado tal suposição, pois carece, por inteiro, de fundamento jurídico e até mesmo lógico. Não é difícil demonstrá-lo.

10. Com efeito, o que se dispunha no revogado artigo, conforme já se viu, era uma **garantia constitucional em prol das sobreditas empresas.** Vale dizer, a Lei Magna **imperativamente** impunha que a lei outorgasse preferências em favor delas. Tal garantia, tal determinação **imposta** à legislação ordinária, *simplesmente deixou de existir.* Contudo, é meridianamente óbvio que a supressão de uma exigência não significa racionalmente (do ponto de vista da lógica) e, portanto, também não do Direito, **que nisto esteja predicada uma proibição**.

Formule-se um exemplo de construção logicamente equivalente e deliberadamente estranha às normas jurídicas, para que a questão racional aí implicada possa ser vista com isenção e frieza completas.

Figure-se a imposição, feita por um pai a seu filho, de que estude para a prova escolar a ser realizada na próxima semana. Se o pai voltar atrás e retirar tal ordem, nem por isto suporá alguém que o filho ficou proibido de estudar para a tal prova. Em suma: o fato de ser cancelada uma determinação impondo dada conduta *não predica logicamente proibição alguma de que a conduta em causa seja praticada*.

É dizer: a revogação de uma imposição constitucional não traz consigo implicada racionalmente vedação a que a lei disponha no mesmo sentido da norma revogada, nem acarreta a perempção das leis que continham comando coincidente com o que foi suprimido. O que desaparece é tão só a obrigação inexorável da lei dispor da forma em que o fizera.

Isto mesmo é o que já haviamos deixado consignado em obra teórica (Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores) , a partir da 9ª ed., 1997 e assim também, pois, na 10ª ed., 1998 e na 11ª ed., 1999, revistas e atualizadas, conquanto o houvessemos feito singelamente, ao final de mera nota de rodapé, justamente por considerar que se tratava de questão por demais simples e evidente. De fato, nestas oportunidades limitamo-nos a consignar, ao propósito do art. 3º, § 2º, da lei nº 8.666, que o dispositivo em apreço dava aplicação ao anteriormente previsto no revogado art. 171 da Constituição, mas que : "*Cumpre registrar que o fato de desaparecer uma proteção a nível constitucional não significa que não possa existir a nível legal*" (op. cit., Cap. IX, nota de rodapé nº 11).

11. Como justificar, então, que estudiosos de valor indiscutível hajam incorrido em equívoco lógico tão grave como o implicado na interpretação de que o advento da Emenda 6/95 tornaria impedientes preferências a empresas brasileiras de capital nacional ?

A explicação que nos parece cabível é a de que os ilustres autores que professaram a profligada linha interpretativa, inadvertidamente, aplicaram à hipótese o raciocínio que aplicariam (aí com integral razão) se uma **lei** *atributiva de preferências* houvesse sido revogada por ***outra lei***. Em tal caso, efetivamente, nada mais haveria a aplicar senão o princípio geral de que lei posterior revoga lei anterior. Donde, se uma lei irrogava preferências em licitações e sobrevem lei que as cancela, nas licitações subseqüentes não mais poderiam ser deferidas, pois lhes *faltaria escora jurídica para tanto*.

Estariam **proibidas**, *pela mera ausência de permissivo legal que as supedaneasse*.

Caso diverso, todavia, como visto, foi o que ocorreu com a superveniência da Emenda 6/95. Com efeito, esta, de um lado, *não vetou a outorga de preferências* (tão só elidiu a **obrigatoriedade** de que lei as concedesse) e, de outro, ao suprimir o art. 171, nem por isto deixou tais empresas órfãs de arrimo normativo para tais benefícios, distintamente do que sucederia no caso de lei que revogasse outra lei atributiva das sobreditas vantagens. É que as preferências em questão não advinham *diretamente* daquele artigo da Constituição. Logo, a Emenda 6/95 não retirou aquilo que, no caso de lei revogadora de outra lei, seria o *calço jurídico único* para a outorga do benefício. Inversamente, na hipótese "sub examine", seu apoio residia *imediatamente nas leis* existentes ou residirá nas que vierem a existir, **pois leis, para instituírem benefícios, não dependem nem de imposição nem de permissão constitucional**, (maiormente quando outros dispositivos constitucionais, como os citados, apontam para o mesmo rumo nelas traduzido).

Basta que não contrariem a Constituição, opostamente ao que se passa com a outorga administrativa de benefícios. Estes, para serem conferidos, pressupõem uma lei que os autorize, não sendo suficiente, com é sabido e ressabido, a mera ausência de oposição às leis preexistentes. É esta última circunstância que supeditaria procedentemente o raciocínio de que a revogação de lei concessiva, "ipso facto", proibiria os benefícios, mas que não cabe aplicar à hipótese "sub examine" porque nela não comparecem os mesmos supostos jurídicos .

Eis, pois, que de modo algum procede o entendimento segundo o qual, a partir da Emenda Constitucional nº 6/95, deixaram de ser admissíveis preferências estabelecidas em favor de empresa brasileira de capital nacional.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. PREFERÊNCIAS EM LICITAÇÃO PARA BENS E SERVIÇOS FABRICADOS NO BRASIL E PARA EMPRESAS BRASILEIRAS DE CAPITAL NACIONAL. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 15, agosto/setembro/outubro, 2008. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br

4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público.

Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323

6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

Publicação Impressa:

Informação não disponível