ibdp Instituto Brasileiro de Direito Público

Direito do Estado.com.br O Direito Público da Cidadania

R DAE | Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico

Número 29 – fevereiro/março/abril - 2012 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

LEI Nº 12.349/2010 - AS LICITAÇÕES PÚBLICAS ASSUMEM O PAPEL DE INSTRUMENTO IMPULSIONADOR DA INOVAÇÃO TECNOLÓGICA NO BRASIL

Cristina Barbosa Rodrigues

Advogada. Mestranda em Direito da Sociedade da Informação pela FMU e Especialista em Direito Administrativo Econômico.

Com a publicação da Lei 12.349/2010, mais um "remendo" passa a compor a "grande colcha de retalhos" que costumamos chamar de Lei 8.666/93.

De fato, diante da publicação de diversas leis especiais, extravagantes, sobre o tema licitações; das alterações sofridas em seu texto provocadas por normas de diversas matérias, podemos considerar que a Lei 8.666/93, já perdeu, ou está prestes a perder, o pomposo título de Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos.

É inquestionável que os alicerces jurídicos que sustentam os certames públicos ainda emanam do referido Estatuto Federal, entretanto, é evidente a superação de alguns de seus regramentos para a obtenção de certos produtos, bens e serviços almejados pela Administração Pública.

Além disso, cada vez mais as contratações públicas são utilizadas como instrumento de intervenção ou de incentivo e, até mesmo, de fomento para determinados sujeitos, agentes, instituições e setores do mercado nacional, fato que acarreta a necessidade de constante edição de regras específicas para determinados objetos e/ou certos fornecedores de bens e serviços.

Nesse trilhar, antes de falar da mais recente alteração ocorrida no âmbito do procedimento que precede as contratações públicas, e sem ter a pretensão de esgotar a matéria, é oportuno enumerar as principais alterações sofridas pela Lei 8.666/93 nos últimos anos, modificações estas realizadas no intuito de modernizar e dar celeridade às licitações promovidas pela Administração Pública e incentivar setores da iniciativa privada importantes para o interesse público.

Vejamos. Primeiramente, temos as Leis 8.883/1994 e 9.648/98 que promoveram as primeiras grandes alterações no texto original da Lei 8.666/93. Tais normas alteraram diversos artigos do Estatuto das Licitações, trazendo mudanças para o procedimento de disputa e para a contratação dela decorrente, como, por exemplo, prazo de vigência, hipóteses de alteração contratual e medidas visando a gestão dos ajustes públicos, acrescentando novas hipóteses de dispensa de licitação. No rol do artigo 24.

Marcante ainda, foi o advento da Lei 9.637/1998, que ao dispor sobre a qualificação de entidades sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, como Organizações Sociais, disciplinou o repasse de recursos públicos para essas instituições, por meio de um ajuste administrativo diferenciado: o contrato de gestão.

Em seguida, a Lei 9.854/1999 – acrescentou o inciso V ao artigo 27 da Lei de licitações incluindo mais um requisito para fins de habilitação nas licitações públicas: o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.[1]

Novos ares para as contrações públicas foram trazidos pela Lei 10.520/2002, que instituiu uma nova modalidade de licitação, o pregão, cujo procedimento é diferenciado, com a determinação de inversão das fases da disputa e possibilidade da utilização de instrumento da tecnologia da informação nas licitações, como a internet, revolucionando a forma de promover a contratação de bens e serviços comuns.

Salutar inovação também foi trazida pela Lei 11.079/2004, que criou novas espécies de concessão de serviço público, sob o regime de parceria publico–privada, estabelecendo alterações no procedimento licitatório que precedem tais contratações.

O cenário das contratações públicas foi novamente alterado com o advento da Lei 11.107/2005, que instituiu a figura dos consórcios públicos, disciplinando regras especiais para as licitações promovidas por esses novos entes públicos, especialmente quanto aos limites de valor das modalidades grafadas no artigo 23, da Lei nº 8666/93.

Incentivando a inovação tecnológica a Lei 11.196/2005 acrescentou mais um critério de desempate para as licitações públicas, privilegiando bens e serviços produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País. Essa norma aumenta inclusive, o rol das hipóteses de dispensa de licitação quando da alienação de imóveis públicos.

A seguir, através da edição da Lei Complementar nº123/2006, mais uma vez o poder de compra do Poder Público foi utilizado para incentivar o mercado e a

[1] XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos

iniciativa privada, na medida em que este diploma legal disciplina o tratamento diferenciado e favorecido dispensado às microempresas e às empresas de pequeno porte, principalmente, no âmbito administrativo, tributário e nas licitações públicas.

A lei 11.445/2007, que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico, trouxe inovações para o texto da Lei 8.666/93, incentivando a sustentabilidade do meio ambiente ao possibilitar a dispensa de licitação, na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, desde que efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda, reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública. (Dec. 7405).

A Lei 11.481/2007, incentivando o cumprimento da finalidade social da propriedade, permite a dispensa de licitação para a alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais ou de uso comercial de âmbito local inseridos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública;

A Lei 11.484/2007,em homenagem ao princípio da eficiência, e novamente privilegiando a inovação tecnológica nacional, define nova hipótese de dispensa de licitação para aquisição de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional.

A Lei 11.689/2008 ao alterar dispositivos do Código de Processo Penal, que tratam do procedimento do júri, acabou por afetar o procedimento definido pela Lei 8.666/93, na medida em que estabelece que constitui também direito do jurado, preferência, em igualdade de condições, nas licitações públicas.

As Leis 11.763/2008 e 11.952/2009 estabelecem e fixam requisitos de dispensa de licitação para a concessão de título de propriedade ou de direito real de uso a pessoa natural que, nos termos da lei, regulamento ou ato normativo do órgão competente, haja implementado os requisitos mínimos de cultura, ocupação mansa e pacífica e exploração direta sobre área rural situada na Amazônia Legal.

A Lei 11.783/2008, autoriza a dispensa de licitação para a aquisição de bens e contratação de serviços para atender aos contingentes militares das Forças Singulares brasileiras empregadas em operações de paz no exterior, necessariamente justificadas quanto ao preço e à escolha do fornecedor ou executante e ratificadas pelo Comandante da Força.

Novamente, o aspecto social das contratações públicas é marcado na Lei 11.947/2009 que, ao dispor sobre o atendimento da alimentação escolar e do Programa Dinheiro Direto na Escola, aos alunos da educação básica, em seu

artigo 14 caput e parágrafo primeiro, determina que do total dos recursos financeiros repassados pelo FNDE, no âmbito do PNAE, no mínimo 30% (trinta por cento) deverão ser utilizados na aquisição de gêneros alimentícios, diretamente da agricultura familiar e do empreendedor familiar rural ou de suas organizações, priorizando os assentamentos da reforma agrária, as comunidades tradicionais indígenas e comunidades quilombolas. Além disso, estabelece que essa aquisição poderá ser realizada dispensando-se o procedimento licitatório, desde que os preços sejam compatíveis com os vigentes no mercado local e os alimentos atendam às exigências do controle de qualidade.

A Lei 12.188/2010 admite mais uma hipótese de dispensa de licitação, quando da contratação de instituição ou organização, pública ou privada, com ou sem fins lucrativos, para a prestação de serviços de assistência técnica e extensão rural no âmbito do Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária, instituído por lei federal.

Recentemente, a Lei 12.232/2010, excepcionou a aplicação integral da Lei 8.666/93 para um tipo de objeto, ao disciplinar uma o procedimento licitatório específico para a contratação de agências de publicidade, trazendo ainda regras de gestão e controle dos contratos de prestação de serviços de publicidade celebrados pela Administração Pública.

Nesse cenário, de grandes mudanças na concepção e no procedimento dos certames públicos, promovidas com o intuito de utilizar as contratações públicas como instrumento econômico e social, foi publicada a Lei 12.349/2010, que possibilita a aquisição preferencial de bens e serviços de procedência nacional nas licitações públicas, mesmo que estes possuam preços superiores aos similares importados.

Como veremos a seguir, a nova disciplina jurídica é uma resposta ao avanço de produtos estrangeiros no mercado nacional, que vem refletido nas contratações públicas.

O novo regramento ainda cria, como o poder de compra da Administração Pública, um novo mecanismo de incentivo à inovação tecnológica brasileira e altera a legislação que rege o relacionamento entre agências de fomento e fundações de apoio à pesquisa, ensino e extensão das instituições científico-tecnológicas.

Verifica-se que o poderio econômico do Estado é utilizado, atualmente, como instrumento de apoio à indústria nacional e à sua inovação, posto que a Lei 12.349/2010 estabelece preferência, nas licitações públicas, para produtos e serviços produzidos no país com desenvolvimento de tecnologia.

O comando legal em questão elevou a promoção do desenvolvimento nacional sustentável à condição de princípio elementar das licitações públicas, albergado expressamente na nova redação do artigo 3º da Lei 8.666/93 e, além disso, ao modificar a redação do inciso I do artigo 3º da Lei de Licitações, possibilita que, nos certames licitatórios, seja estabelecida margem de preferência para a aquisição de produtos manufaturados e para serviços que

atendam às normas técnicas brasileiras e, ainda, impede que seja vedada a participação de cooperativas nas disputas públicas.

A referida margem de preferência deverá ser estabelecida e fundamentada em estudos revistos periodicamente, em prazo não superior a 5 (cinco) anos, que levem em consideração os seguintes fatores:

I - geração de emprego e renda;
II - efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais;
III - desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País;
IV - custo adicional dos produtos e serviços

A nova regra dispõe também que, para os produtos manufaturados e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País, poderá ser estabelecido margem de preferência adicional.

Entretanto, a soma das margens de preferência por produto, serviço, grupo de produtos ou grupo de serviços, que serão definidas pelo Poder Executivo federal, não poderão ultrapassar o montante de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o preço dos produtos manufaturados e serviços estrangeiros, fato que permite que Administração Pública pague até 25% a mais nas compras de tecnologia nacional, promovendo o desenvolvimento tecnológico do País por meio das contratações que realiza.

Contudo, ressalte-se que as margens de preferência permitidas não serão aplicadas aos bens e aos serviços cuja capacidade de produção ou prestação no País seja inferior à quantidade a ser adquirida ou contratada ou ao quantitativo fixado com fundamento no § 7o do art. 23 da Lei 8666/93, quando for o caso.

Outro aspecto relevante e inovador da lei é possibilidade da primazia de que trata a lei ser estendida, total ou parcialmente, aos bens e serviços originários dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul – Mercosul, trazendo para o certame licitatório os reflexos da globalização econômica para fortalecer o bloco econômico da América do Sul do qual o Brasil é parte.

Acrescente-se ainda, que os editais de licitação para a contratação de bens, serviços e obras poderão, mediante prévia justificativa da autoridade competente, exigir que o contratado promova, em favor de órgão ou entidade integrante da administração pública ou daqueles por ela indicados a partir de processo isonômico, medidas de compensação comercial, industrial, tecnológica ou acesso a condições vantajosas de financiamento, cumulativamente ou não, na forma a ser regulamentada em ato do Poder Executivo Federal.

As disputas públicas poderão ser restritas a bens e serviços, com tecnologia desenvolvida no País e produzidos de acordo com o processo produtivo básico (Lei nº 10.176, de 11 de janeiro de 2001), nas contratações destinadas à implantação, manutenção e ao aperfeiçoamento dos sistemas de tecnologia de informação e comunicação, considerados estratégicos por ato do Poder Executivo federal.

Além disso, será divulgada na internet, a cada exercício financeiro, a relação de empresas favorecidas em decorrência da preferência garantida pela nova lei, com a indicação do volume de recursos destinados a cada uma delas.

A Lei 12.349/2010, para facilitar a sua aplicação, acrescenta novas definições ao rol do artigo Art. 6º da Lei 8666/93, ainda carentes de regulamentação por parte do Executivo Federal quais sejam:

- 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;

- Serviços Nacionais - serviços prestados no País, nas condições estabelecidas pelo Poder Executivo federal;

- 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.

O novo mandamento legal altera ainda a Lei 8.958/94, que disciplina o vínculo entre as Instituições Científicas e Tecnológicas – ICTs - e suas fundações de apoio à pesquisa, ensino e extensão permitindo, expressamente, que as últimas recebam recursos das agências oficiais de fomento, o que até então não era permitido, segundo a interpretação dada pelo Tribunal de Contas da União à antiga redação dessa lei.

Ainda, tratando destas instituições e suas fundações de apoio, reconhecendo o papel das mesmas para o desenvolvimento tecnológico, a lei em exame definiu novas hipóteses de dispensa de licitação, inserindo o inciso XXXIV no artigo 24 da Lei 8666/93, quais sejam:

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

- para estimular e apoiar a constituição de alianças estratégicas para implantação 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.

- para contratos que, nos termos do inciso XIII do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, por prazo determinado poderão ser celebrados pela 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 e as fundações de apoio, com a finalidade de dar apoio às IFES e demais Instituições Científicas e Tecnológicas – ICTs nos projetos de ensino, pesquisa e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico, inclusive na gestão

administrativa e financeira estritamente necessária à execução desses projetos.

- para a contratação de empresa, consórcio de empresas e entidades nacionais de direito privado, sem fins lucrativos, voltadas para atividades de pesquisa, de reconhecida capacitação tecnológica no setor, visando à realização de atividades de pesquisa e desenvolvimento, que envolvam risco tecnológico, para solução de problema técnico específico ou obtenção de produto ou processo inovador.

- para a permissão e compartilhamento de 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 e por empresas nacionais e organizações de direito privado, sem fins lucrativos, voltadas para atividades de pesquisa sem prejuízo de sua atividade finalística.

O inciso XXI do artigo 24 da Lei 8.666/93 também teve sua redação inovada, para ampliar a hipótese de dispensa de licitação, antes restrita à aquisição de bens para possibilitar, também, a compra direta de insumos necessários às pesquisas científicas e tecnológicas realizadas com recursos concedidos pela Capes, pela Finep, pelo CNPq ou por outras instituições de fomento à pesquisa credenciadas pelo CNPq para esse fim específico.

Outra inovação, trazida pela lei em comento, foi a inclusão do inciso V ao artigo 57 da Lei 8.666/3, que permite que os contratos que tenham por objeto a aquisição de material de uso pelas Forças Armadas (com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo), quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional e os ajustes previstos no inciso XXXI do artigo 24 da Lei 8.666/93 acima comentado, tenham vigência por até 120 meses, a critério da Administração, dispondo ainda que esse mesmo limite de vigência ainda pode ser aplicado, quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República.

Concluindo a análise, do novel comando legal, resta evidente a importância das licitações para o incentivo e incremento do desenvolvimento tecnológico que o Brasil precisa, que diante da globalização e dos avanços das tecnologias da informação e comunicação, para alcançar o patamar de país desenvolvido.

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:

RODRIGUES, Cristina Barbosa. LEI Nº 12.349/2010 - AS LICITAÇÕES PÚBLICAS ASSUMEM O PAPEL DE INSTRUMENTO IMPULSIONADOR DA INOVAÇÃO TECNOLÓGICA NO BRASIL. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 29, fevereiro/março/abril, 2012. Disponível na Internet: < http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-29-FEVEREIRO-2012-CRISTINA-RODRIGUES.pdf>. 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 Numbe*r), 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