

## MEDIDA PROVISÓRIA Nº 495/10 O QUE MUDA NAS LICITAÇÕES?

**“O momento privilegiado de crescimento econômico brasileiro, por um lado, poderá permitir que empresas nacionais interessadas em comercializar seus produtos e serviços em outros países levem conhecimento e desenvolvimento, mas, por outro lado, os licitantes e o próprio governo local poderão sentir-se prejudicados com a ‘invasão’ de seu mercado; reciprocamente, os licitantes brasileiros poderão ficar insatisfeitos por ter de dividir espaço nas concorrências nacionais com licitantes estrangeiros.”**

**N**itidamente, a MP nº 495 teve finalidade protecionista e de desenvolvimento nacional. Dentre outros, abre a possibilidade de o governo comprar produtos ou serviços nacionais por preço até 25% superior ao estrangeiro; produtos fabricados no âmbito do Mercosul poderão, após acordo internacional, desfrutar do mesmo benefício. Ratifica ainda a possibilidade de licitações para sistemas de tecnologia de informação e comunicação, restritas a empresas que detenham tecnologia desenvolvida no País além do processo produtivo básico (conjunto mínimo de operações, no estabelecimento fabril, que caracteriza a efetiva industrialização de determinado produto).

Vejamos as alterações (o texto da MP nº 495 está transcrito no quadro):

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a *promoção do desenvolvimento nacional*, 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.” (grifo nosso)

Comentário: Além de garantir “a observância do princípio constitucional da isonomia” e a “seleção da proposta mais vantajosa”, incluiu-se no dispositivo, outra finalidade da licitação, qual seja, a de “*promoção do desenvolvimento nacional*”.

“(…)

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

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

Comentário: O inciso I do § 1º proíbe a restrição ou a frustração do caráter competitivo, contudo, excepciona o benefício concedido aos produtos e serviços nacionais. Logicamente, o disposto na pre-

sente MP cria privilégio e instaura a quebra ao princípio da isonomia em sentido geral, uma vez que, para o desempate de propostas, produtos importados serão preteridos em relação aos nacionais. Vale dizer que os editais não poderão ser invalidados por constar cláusula de privilégio aos produtos nacionais, posto que previsto na legislação.

“(…)

§ 2º Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

I – produzidos no País;

II – produzidos ou prestados por empresas brasileiras; e

III – produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País.”

Comentário: Nas licitações em que os participantes se encontram em situação de rigorosa igualdade de condições (preço, atendimento às especificações técnicas, ou seja, atenderem rigorosamente ao edital de licitação), será utilizado o critério de desempate constante dos incisos I a III.

Assim, se houver igualdade entre os licitantes, o desempate será feito com relação ao critério de “produtos ou serviços produzidos no País” (inciso I). Se persistir a igualdade, utilizar-se-á o disposto no inciso II e assim sucessivamente. Se ainda assim mantiver-se a igualdade de condições entre os licitantes, aplicar-se-á o disposto no art. 45, § 2º, da LLC: sorteio.

“(…)

§ 5º Nos processos de licitação previstos no caput, poderá ser estabelecida margem de preferência para produtos manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras.

§ 6º 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.”

Comentário: O § 5º instala a faculdade de ser dada preferência aos produtos e serviços nacionais e que atendam a normas técnicas brasileiras.

Imprescindível, a princípio, conceituar as expressões: *produtos manufaturados nacionais* e *serviços nacionais* (art. 6º, XVII e XVIII):

"(...)

XVII – 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;

XVIII – serviços nacionais – serviços prestados no País, nas condições estabelecidas pelo Poder Executivo Federal;"

O atendimento às normas técnicas brasileiras refere-se à necessidade de os produtos licitados adequarem-se à regulamentação da ABNT, uma vez que cabe ao governo (Conmetro) o zelo e a fiscalização ao cumprimento das normas previstas no Sistema Brasileiro de Normalização, no âmbito do Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial. A finalidade destes critérios técnicos é a produção e comercialização de bens e serviços de forma competitiva e sustentável, a contribuir para o desenvolvimento científico e tecnológico e a defesa do consumidor.

O § 6º estabelece a margem de preferência que será conferida aos produtos indicados no § 5º, que será limitada a 25% acima do preço dos produtos e serviços estrangeiros.

Assim, a depender da definição do Poder Executivo Federal (ou seja, o Governo Federal, por meio de decreto, regulamentará o percentual a ser utilizado nessa situação), os produtos e serviços nacionais teriam uma possibilidade quase que imbatível de ofertar preços até 25% acima daquele ofertado pelo produtor estrangeiro e, mesmo assim, saíram-se vencedores. Certamente, uma análise pormenorizada desse privilégio deverá ser feita, uma vez que um dos princípios básicos da licitação (art. 3º, *caput*) é a "seleção da proposta mais vantajosa". Nesse diapasão, notadamente, a aquisição de produto por preço até 25% superior poderia, em tese, colocar em discussão a vantagem daquela aquisição. Pois bem, não há dúvida que o confronto entre os conceitos de "seleção da proposta mais vantajosa" e "desenvolvimento nacional" entrarão na pauta dos grandes debates.

"(...)

§ 7º A margem de preferência de que trata o § 6º será estabelecida com base em estudos que levem em consideração:

I – geração de emprego e renda;

II – efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais; e

III – desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País."

Comentário: Como se vê, o Governo Federal, antes de estabelecer o percentual de preferência do produto nacional em relação ao preço oferecido pelo "produto e serviço estrangeiro" (até 25%), levará em consideração vários fatores como condição *sine qua non* a se instaurar uma regra vantajosa ao interesse público. A geração de emprego e renda, os reflexos fiscais e o desenvolvimento tecnológico nacional podem (e no meu entender, devem) justificar a aquisição de produtos nacionais por preço superior que, indiretamente, caracterizariam um investimento indireto do governo no desenvolvimento social e econômico regionalizado.

"(...)

§ 8º Respeitado o limite estabelecido no § 6º, poderá ser estabelecida margem de preferência adicional para os produtos manufaturados e para os serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País."

Comentário: Além de pagar preço até 25% acima daquele ofertado pelo produto estrangeiro, a MP permite ainda que o produto nacional tenha mais uma margem preferência, contudo, não estabelece qual seria essa margem.

"(...)

§ 9º 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."

Comentário: O § 9º, como deveria ser, fixou a aplicação da margem de preferência no produto nacional em situações em que o mercado nacional é capaz de atender. Em situação inversa, em que não há produção suficiente a atender a demanda interna, não se aplica o privilégio de que tratam os §§ 5º, 6º e 8º da MP.

"(...)

§ 10. 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."

Comentário: O Protocolo de Contratações Públicas do Mercosul é uma decisão do Conselho do Mercado Comum, mas que, entendo, necessita de regulamentação para sua aplicação efetiva. De qualquer forma, mostra o espírito de integração com os novos mercados, desde que exista a reciprocidade. Considerando que seja efetivada esta margem de preferência, acredito que o momento privilegiado de crescimento econômico brasileiro, por um lado, poderá permitir que empresas nacionais interessadas em comercializar seus produtos e serviços em outros países levem conhecimento (transferência de tecnologia) e desenvolvimento, mas, por outro lado, os licitantes e o próprio governo local poderão sentir-se prejudicados com a "invasão" de seu mercado; reciprocamente, os licitantes brasileiros poderão ficar insatisfeitos por ter de dividir espaço nas concorrências nacionais com licitantes estrangeiros. É um caso que merece o debate.

"(...)

§ 11. Os editais de licitação para a contratação de bens, serviços e obras poderão exigir que o contratado 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"

Comentário: Neste parágrafo, a MP possibilitou que a Administração contratante consigne em seus editais de licitação (para bens, serviços e obras) que o licitante vencedor (e contratado) promova medidas de compensação à Administração contratante. Não ficou claro no dispositivo se se trata de uma compensação legal ou convencional ou, ainda, se a compensação se dará em razão de algum privilégio concedido à contratada, uma vez que a empresa contratada se obrigará a compensar algo somente em função da contrapartida ante um benefício. Contudo, antes de qualquer

discussão mais profunda, deve-se aguardar a regulamentação do Governo Federal.

"(...)

§ 12. Nas contratações destinadas à implantação, manutenção e ao aperfeiçoamento dos sistemas de tecnologia de informação e comunicação, considerados estratégicos em ato do Poder Executivo Federal, a licitação poderá ser restrita a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País e produzidos de acordo com o processo produtivo básico de que trata a Lei nº 10.176, de 11 de janeiro de 2001."

**Comentário:** Antes de iniciar o comentário do presente parágrafo, impende transcrever os conceitos a seguir:

"(...)

XIX – sistemas de tecnologia de informação e comunicação estratégicos – bens e serviços de tecnologia da informação e comunicação cuja descontinuidade provoque dano significativo à administração pública e que envolvam pelo menos um dos seguintes requisitos relacionados às informações críticas: disponibilidade, confiabilidade, segurança e confidencialidade." (grifo nosso) (art. 6º da Lei nº 8.666/93)

"*Processo produtivo básico* é o conjunto mínimo de operações, no estabelecimento fabril, que caracteriza a efetiva industrialização de determinado produto." (grifo nosso)

Cuida o presente parágrafo da restrição à participação: "a licitação poderá ser restrita a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País e produzidos de acordo com o processo produtivo básico", portanto, a Administração poderá estabelecer critérios para licitações que as tornem exclusivas à participação de empresas que tenham ofertado produto com tecnologia desenvolvida no País e que tenham um mínimo processo de fabricação.

Em suma, a Administração poderá instaurar processo licitatório, cuja participação seja limitada às empresas que cumpram o processo produtivo básico. Resta claro que, se levada a esta interpretação, os sistemas de tecnologia da informação e comunicação, quando licitados sob qualquer modalidade, permitirão somente a participação de empresas que demonstrem cumprir o PPB, ou seja, a empresa que não apresentar a comprovação de dispor de um conjunto mínimo de elementos que caracterize a efetiva industrialização (no Brasil) do produto ofertado estará impedida de participar do certame.

Por oportuno, trago à colação o Decreto nº 5.906/06:

"(...)

Art. 16. Processo Produtivo Básico – PPB é o conjunto mínimo de operações, no estabelecimento fabril, que caracteriza a efetiva industrialização de determinado produto.

"(...)

Art. 21. A fiscalização da execução dos PPB será efetuada, em

conjunto, pelo Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior e pelo Ministério da Ciência e Tecnologia, que elaborarão, ao final, laudo de fiscalização específico.

Parágrafo único. Os Ministérios a que se refere o caput poderão realizar, a qualquer tempo, inspeções nas empresas para verificação da regular observância dos PPB."

**A demonstração ao cumprimento do PPB deverá ser feita por meio de Portaria Interministerial. Em consulta ao site do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior ([www.mdic.gov.br](http://www.mdic.gov.br)), obtém-se a seguinte informação:**

"De acordo com a legislação atual, o PPB é fixado pelos Ministros do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC) e da Ciência e Tecnologia (MCT). O prazo para o estabelecimento de um PPB para um determinado produto é de 120 dias, contados da solicitação fundada da empresa interessada, devendo ser publicados em portaria interministerial os processos aprovados, bem como os motivos determinantes do indeferimento. Depois de publicado, o PPB é válido para todas as empresas fabricantes daquele produto, beneficiada com os incentivos fiscais estabelecidos pela ZFM ou pela Lei de Informática."

"Art. 24. ....

"(...)

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

**Comentário:** A MP cria nova hipótese de licitação dispensável, nos casos de contratação de bens e serviços relacionados às atividades de pesquisa e desenvolvimento que objetivem a geração de produtos e processos inovadores. Contempla ainda as redes e os projetos internacionais de pesquisa tecnológica, bem como ações de empreendedorismo tecnológico e de criação de ambientes de inovação, inclusive incubadoras e parques tecnológicos.

"Art. 57. ....

"(...)

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.

"(...)" (NR)

**Comentário:** Altera-se também a regra da duração máxima dos contratos (60 meses) para 120 meses nas hipóteses em que haja interesse da Administração e que estejam previstas nos incisos IX, XIX, XXVIII (comprometimento de segurança nacional, compra de material de uso das Forças Armadas, fornecimento de produtos e serviços que envolvam alta complexidade e defesa nacional) e XXXI (aquisição de bens e serviços relacionadas à pesquisa e desenvolvimento).

É o meu parecer. ■

