

Impacto da Medida Provisória nº 495, de 19 de julho de 2010, nas licitações e nas contratações públicas

Jair Eduardo Santana
Fernanda Andrade

Palavras-chave: Medida Provisória nº 495/10. Licitações públicas. Contratações públicas.

Sumário: **1** Introdução - **2** Cenário de mudanças - **3** Vigência e efeitos da Medida Provisória - **4** Fundamento jurídico da Medida Provisória e legislação comparada - **5** Consagração do princípio da isonomia: conteúdo, extensão e destinatário - **6** Conclusão - Referências

1 Introdução

No presente trabalho abordaremos as alterações à Lei Geral de Licitações e contratos trazidas pela Medida Provisória nº 495/10, o cenário de mudanças que a alteração aponta, a base jurídica em que está sedimentada, além do momento de produção de seus efeitos.

A análise se utiliza de estudos doutrinários e jurisprudenciais, além de elementos comparativos e da exposição de motivos que acompanhou o ato normativo quando de sua apresentação. O objetivo é provocar a reflexão acerca do ambiente real que motivou a proposição normativa, sua base jurídica e os limites que lhe são impostos pelo ordenamento constitucional.

É importante lembrar que desde a sua edição em 1993, a Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/93) sofreu modificações por 18 leis, não contabilizada a Medida Provisória que nos motiva a escrever o presente ensaio.

Quando uma nova norma é posta na ordem jurídica, nós intérpretes devemos avaliá-la sob diversos aspectos visando, por certo, a sua aplicação. Esse o sentido de qualquer norma: inovar, traçar condutas, regular direitos. Enfim, queremos dizer que o plano da interpretação normativa é serviente à dimensão da aplicação da norma.

Sempre entendemos que dos primeiros pontos a serem considerados em avaliações tais está inserida a "vigência da norma". Pois bem. A MP nº 495, de 19 de julho de 2010, não tem "vacatio", como é de se esperar de ato normativo do gênero que, na sua gênese, se corporifica sob o fundamento da "urgência" (dentre outros). Ou seja, é norma de aplicação imediata sob tal aspecto.

2 Cenário de mudanças

Por ser assim, considerando que a MP "inovou" o Setor desde 20 de julho do corrente ano, encontra-se ela em pleno vigor. Lembramos que em 22 de setembro de 2010 o Presidente da Mesa do Congresso Nacional, por meio do ato nº 29/10 prorrogou por sessenta dias o prazo do normativo em questão. Faz-se importante, assim, elaborar um *facilitador*, que permita a todos visualizar o cenário de mudanças.

Para que possamos chegar aos objetivos visados neste escrito, vale conferir o Quadro Comparativo que segue. Após a respectiva leitura, retomamos nossos apontamentos.

<p>Lei nº 8.666/93</p>	<p>Lei nº 8.666/63 (alterada pela MP nº 495, de 19.07.2010)</p>	<p>Observações dos autores e justificativa, constante da exposição de motivos nº 104, de 18.6.2010</p>
<p>Art. 3º 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>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.</p>	<p>Inserção da promoção do desenvolvimento nacional 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 (ou nova diretriz), 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><i>Justificativa: ênfase no poder de compra governamental, como instrumento de promoção do mercado interno. Fundamento nos artigos 3º, II; 170, I e VIII; 174 e 219 da Constituição da República.</i></p>

<p>§1º.....</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 para o específico objeto do contrato;</p>	<p>§1º.....</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 para o específico objeto do contrato, <i>ressalvado o disposto nos §§5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991.</i></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 ainda restrições ao princípio nas licitações atinentes a bens e serviços de informática e automação).</p>
<p>I - produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional;</p> <p>II - produzidos no País;</p> <p>III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras;</p> <p>IV - produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País.</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>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 nº 6/95, que revogou o art. 171 da Constituição da República. Este artigo trazia a diferença entre empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional.</p>

	<p>§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.</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.</p>
	<p>§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.</p>	<p>Não existia correspondente. O parágrafo, decerto com base no poder regulador conferido ao Executivo, estabelece parâmetros para a preferência por produtos e serviços que atendam a normas técnicas brasileiras. Carece de regulação por decreto federal.</p> <p>Justificativa: diretriz de política pública ligada ao princípio da isonomia, e a critérios de proporcionalidade e de razoabilidade.</p>
	<p>§7º A margem de preferência de que trata o §6º será estabelecida com base em estudos que levem em consideração:</p> <ul style="list-style-type: none"> 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. 	<p>Não existia correspondente. Estabelece critérios para avaliação e fixação da margem de preferência entre produtos manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras e os produtos/serviços estrangeiros.</p> <p>Justificativa: fomentar o desenvolvimento de tecnologia nacional, pois esta é fator de competitividade internacional e de prosperidade das nações.</p>

	<p>§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.</p>	<p>Não existia correspondente: vide justificativa anterior. É importante lembrar a imprescindível motivação da inserção dos critérios de preferência, que devem estar muito bem alicerçados em princípios que, diante do caso concreto, e a cada caso, efetivamente justifiquem o afastamento da busca do menor preço que, in caso, haverá de traduzir-se também no menor <i>melhor preço</i>.</p>
	<p>§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.</p>	<p>Não existia correspondente. Justificativa: prioriza o suprimento da demanda governamental, para a satisfação do interesse público tutelado.</p>
	<p>§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.</p>	<p>Não existia correspondente. Justificativa: dar concreção ao Protocolo das contratações Públicas do Mercosul, após a efetiva internalização do documento.</p>
	<p>§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</p>	<p>Não existia correspondente. Justificativa: dispositivo utilizado por outros países e tem por objetivo (a) ampliar o investimento estrangeiro; (b) a u m e n t o d a</p>

	<p>condições vantajosas de financiamento, cumulativamente ou não, na forma estabelecida pelo Poder Executivo Federal.</p>	<p>competitividade/produtividade 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>§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.</p>	<p>Não existia correspondente. O PPB é regulado pelo Decreto nº 5.906/06. Merece destaque ainda o Decreto nº 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>Art. 6º.....</p>	<p>Art. 6º..... 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; XIX - sistemas de tecnologia de informação e comunicação estratégicos - bens e serviços de tecnologia da informação e comunicação cuja descontinuidade provoque dano</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>

	significativo à administração pública e que envolvam pelo menos um dos seguintes requisitos relacionados às informações críticas: disponibilidade, confiabilidade, segurança e confidencialidade."	
	<p>Art. 24.....</p> <p>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.</p>	<p>Não existia correspondente. Justificativa: potencializar as ações autorizadas pela Lei nº 10.973/2004 - Lei de inovação.</p>
Art. 57.....	<p>Art. 57.....</p> <p>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.</p>	<p>Não existia correspondente.</p> <p>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.</p>
	<p>Art. 2º 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.</p> <p>(...)</p>	<p>Justificativa: larga serventia do pregão às aquisições públicas.</p>
	<p>Art. 8º Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação.</p>	<p>Estabelece o marco temporal para a vigência da medida provisória, que poderá ser transitória caso não venha a</p>

	Brasília, 19 de julho de 2010; 189º da Independência e 122º da República.	ser convertida em lei pelo Congresso Nacional.
--	---	--

3 Vigência e efeitos da Medida Provisória

Relembrando que o art. 8º da MP fixa o dia da sua publicação como o de início de vigência das disposições nela contidas, ficamos ansiosos para traçar a primeira polêmica, isto é, desde 20 de julho de 2010 podem ser praticados atos em atenção a seus dispositivos. Isto ocorrerá até a conversão da Medida Provisória em Lei ou até a perda de sua eficácia, o que pode sedar no prazo máximo de 120 dias, a contar de sua publicação, computando-se eventual prorrogação.²

Como já mencionado, em 22 de setembro de 2010 o Presidente da Mesa do Congresso Nacional prorrogou por sessenta dias o prazo de vigência da medida provisória em questão. E mais, por ter sido editada em período de recesso, esta MP vigorará, no total, por mais de 120 dias, já que a contagem de prazo foi suspensa nos recessos.³ No caso, o início da contagem se deu quando do retorno do recesso, em agosto deste ano.

No item 28 da exposição de motivos nº 140, de 18 de junho de 2010, constam as seguintes justificativas:

28. A urgência das medidas se justificam, por um lado, pela necessidade de ações tempestivas que promovam a indústria e os prestadores de serviços brasileiros, incentivando-os a aprimorarem a qualidade de seus produtos e serviços, pela rápida deterioração da balança comercial no período recente e pela atuação agressiva adotada por alguns países que, devido ao fraco desempenho dos seus mercados internos, estão buscando espaço nos mercados internacionais. Nada obstante, também se deve ter atenção ao fato de que vários países adotam práticas semelhantes, as quais foram reforçadas em função da crise internacional, deixando produtos brasileiros em desvantagem nas compras governamentais daqueles países. A relevância da medida é dada pelo tamanho dos Setores da indústria e dos serviços no Brasil que, juntos, respondem por mais de 80% do PIB e pela representatividade do consumo do governo, considerado o montante de recursos públicos alocado às compras governamentais de bens e serviços. [...]

Não obstante as razões acima transcritas, devemos lembrar que o STF na ADI nº 2.213 MC/DF assim se manifestou:

[...] UTILIZAÇÃO ABUSIVA DE MEDIDAS PROVISÓRIAS - INADMISSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES - COMPETÊNCIA EXTRAORDINÁRIA DO PRESIDENTE

REPÚBLICA. - A crescente apropriação institucional do poder de legislar, por parte dos sucessivos Presidentes da República, tem despertado graves preocupações de ordem jurídica, em razão do fato de a utilização excessiva das medidas provisórias causar profundas distorções que se projetam no plano das relações políticas entre os Poderes Executivo e Legislativo. - Nada pode justificar a utilização abusiva de medidas provisórias, sob pena de o Executivo - quando ausentes razões constitucionais de urgência, necessidade e relevância material -, investir-se, ilegitimamente, na mais relevante função institucional que pertence ao Congresso Nacional, vindo a converter-se, no âmbito da comunidade estatal, em instância hegemônica de poder, afetando, desse modo, com grave prejuízo para o regime das liberdades públicas e sérios reflexos sobre o sistema de "checks and balances", a relação de equilíbrio que necessariamente deve existir entre os Poderes da República.⁴ [...]

Com o devido respeito aos detentores do verdadeiro poder e à força da legislação em nosso ordenamento político-social-jurídico, deixamos ao caro leitor a reflexão da (im)pertinência para tratamento da matéria pela via eleita.

4 Fundamento jurídico da Medida Provisória e legislação comparada

O "eixo" no qual se apoiou a MP nº 495/10 para traçar as alterações é o desenvolvimento nacional. É importante lembrar que este constitui um dos objetivos de nossa República, conforme art. 3º, II da Carta Magna. É certo que o crescimento do país deve constituir uma das diretrizes das políticas públicas o que abarca diversas ações nos mais variados Setores de dedicação do Estado.

Percebemos ao longo dos anos a tomada de algumas medidas no ramo das licitações e dos contratos administrativos, que se harmonizam com o objetivo acima comentado. Neste sentido podemos citar, por exemplo, o art. 45, §4º da Lei nº 8.666/93, que estabelecia como regra o tipo técnica e preço para as licitações de bens e serviços de informática.

Segundo consta nos itens 8 a 12 da Nota Técnica nº 002/08, SEFTI/TCU, de 11 de setembro de 2008 a regra surgiu da necessidade de estimular o mercado interno de tecnologia da informação por meio do poder de compra do Estado. O texto da Lei nº 8.666/93, art. 45, §4º, alinhava-se, portanto, à Política Nacional de Informática (PNI) instituída pela Lei nº 7.232/1984 e ratificada pela Lei nº 8.248/1991.

Por meio da primeira regra, art. 11, dever-se-ia conceder preferência nas licitações às empresas nacionais. Pela segunda, art. 3º, a preferência seria assegurada em situações em que presentes condições equivalentes entre as propostas dos licitantes, tais como prazo de entrega, suporte de serviços, qualidade, padronização, etc. Em decorrência disto, surgiu a necessidade de se estipular que o uso do direito de preferência exigia a delimitação de fatores técnicos.

Não é este o tema central de nossa abordagem, mas devemos lembrar, entretanto, que a obrigatoriedade de se licitar bens e serviços de informática por licitação do tipo técnica e preço é algo que não mais subsiste, uma vez que, com a alteração do art. 30 da Lei nº 8.248/91 pela Lei nº 11.077/04, o pregão (licitação que, em regra, se processa pelo tipo menor preço) tornou-se obrigatório nas aquisições de bens e serviços comuns de informática.

Art. 3º, §3º *A aquisição de bens e serviços de informática e automação, considerados como bens e serviços comuns nos termos do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, poderá ser realizada na modalidade pregão, restrita às empresas que cumpram o Processo Produtivo Básico nos termos desta Lei e da Lei nº 8.387, de 30 de dezembro de 1991. (Lei n.º 8.248/91, com redação dada pela Lei nº 11.077/04)*

Voltemos, pois, ao tratamento diferenciado estabelecido em algumas regras atinentes às licitações e contratos administrativos. Não poderíamos deixar de comentar o recente Decreto Federal nº 7.174/10, que em seus artigos 5º e 8º resgata a preferência nas licitações a empresas de bens e serviços com tecnologia desenvolvida no país e às cumpridoras do PPB.

Como visto, das regras atinentes à informática acima mencionadas, a preferência era utilizada apenas nas situações de equivalência, ou seja, como critério de desempate. Este era o entendimento do TCU, tal como citação a seguir:

[...] 26. O dispositivo que restringia o uso de Pregão às empresas cumpridoras de Processo Produtivo Básico (PPB) mostrou-se inefetivo por duas razões:

Para a aquisição de serviços não existe, até a presente data, qualquer avaliação de cumprimento de PPB pelo Ministério da Ciência e Tecnologia, pois o PPB foi concebido originalmente para certificar o quantitativo mínimo de etapas de fabricação de bens de tecnologia em território nacional, para fins de isenção ou redução do Imposto sobre Produtos Industrializados, portanto não aplicável a serviços;

Para a aquisição de bens, o TCU decidiu que não é possível restringir o acesso de qualquer licitante habilitado ao certame, mesmo que no intuito de garantir o exercício do direito de preferência. *Ao contrário, o instituto do direito de preferência só pode ser utilizado para fins de desempate das melhores propostas, quando isto ocorrer (Acórdão nº 2.138/2005 - Plenário).*

27. Dessa forma, pela legislação vigente, não há qualquer óbice ao uso de Pregão para a aquisição de quaisquer bens e serviços comuns de TI.

28. Além disso, o Decreto nº 5.450/2005 eliminou a possibilidade da adoção da modalidade "técnica e preço" para a aquisição de bens e serviços comuns em geral, tornando obrigatória a utilização do Pregão nesses casos.[...] (Trecho da Nota Técnica 002/2008, TCU - os destaques são nossos)

O "empate ficto", expressão utilizada na doutrina para a situação do art. 44, §§1º e 2º da Lei Complementar nº 123/06, foi criado também no Decreto nº 7.174/10, art. 8º, II, decerto para dar concretude à interpretação da Instância de Controle e também à política nacional de informática, antes justificadas pelo objetivo fundamental da República, agora explicitamente materializado como princípio

do desenvolvimento nacional, por força da Medida Provisória nº 495/10.

E como citamos a Lei Complementar nº 123/06, é também ela medida que se alinha com o objetivo magno já mencionado, como também com os princípios fundamentais insculpidos no art. 170 da Constituição da República, notadamente o do inciso IX.

5 Consagração do princípio da isonomia: conteúdo, extensão e destinatário

As regras comentadas no tópico anterior têm como base também a realização do princípio da igualdade. Por ele, como se sabe, tratam-se os desiguais desigualmente, no intuito de reduzir o fator que os distancia e dificulta a competição justa.

E no dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello:

2. O preceito magno da igualdade, como já tem sido assinalado, é norma voltada quer para o aplicador da lei, quer para o próprio legislador. Deveras, não só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas, a própria edição dela assujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas.⁵

A medida da isonomia não pode, entretanto, ser ultrapassada. Dentre as conclusões do ilustre doutrinador na obra cuja transcrição se fez acima, está registrado que, dentre outras situações, o preceito constitucional da isonomia é maculado quando "a norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o *discrímen* estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente" e quando "a interpretação da norma extrai dela distinções, *discrimens*, *desequiparações* que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita" (*Op. cit.* p. 47-48).

Quanto ao princípio da igualdade, deve-se lembrar de que ele norteia a elaboração dos editais e veda a estipulação de privilégios entre os participantes, caso não haja motivo fundado no interesse público que o legitime. Neste sentido, importante lembrar, ainda, que o art. 37, XXI da Constituição da República, determina que as exigências para a participação em licitações devem ser as mínimas necessárias à satisfação das obrigações a serem firmadas.

Assim é que, eleger uma categoria de pessoas que possam receber tratamento diferenciado nas licitações e contratos administrativos é tarefa das mais sérias, e não pode, em hipótese alguma, afastar-se da rota a ser perseguida, nos termos registrados pelo Texto Magno.

As alterações trazidas pela MP nº 495/10 têm sua justificativa sedimentada em princípios importantes ao Estado Brasileiro. A medida da isonomia, não obstante, deve ser milimetricamente aferida, sob pena de se ofender o Texto Constitucional. Mas não é só: 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.

Por ora, voltemos ao mais importante: a medida de consagração da isonomia. Os privilégios a serem

concedidos a uma determinada categoria, ou o tratamento diferenciado a ser estabelecido à mesma, não pode tomar o caminho do excessivo, do desnecessário, pois, assim sendo, penderão para a ilegalidade.

Neste sentido, merece ser lembrado o entendimento do TCU no que tange à fixação de exigências relativas a bens e serviços de informática, que envolvem a possibilidade de se cobrar dos participantes da licitação, determinadas espécies de certificações.

Em apertada síntese, realizando as ponderações impostas pela hermenêutica jurídica, o TCU concluiu que:

- a) É possível se exijam em licitações de bens e serviços de informática determinadas certificações, mas não como condição de habilitação;
- b) A exigência alinha-se à capacidade técnico-operacional, podendo constar do termo de referência como condição para a execução do contrato;
- c) A exigência é excepcional e deve estar devidamente justificada nos autos do processo;
- d) Não se trata de exigência compulsória;
- e) O órgão licitante deve realizar prévia pesquisa de mercado para aferir a existência de competitividade;
- f) A exigência é tolerada desde que seja possível a apresentação de certificação similar.

O rol de considerações aqui realizado é fruto de estudo comparado dos Acórdãos TCU nºs 1.172/08, 2.521/08, 2.471/08 e 1.215/09, todos do plenário.

Como se vê, realizar exigências discriminatórias, que reduzem o universo de competidores não é absolutamente vedado pelo Direito. Mas tais exigências restritivas devem estar revestidas de caráter comprometido com o interesse público, devem ser meticulosamente aferidas e cuidadosamente postas, tendo por norte, sempre, a possibilidade de ampliar o rol de participantes, mas, no caso, dentro do microcosmo apto ao atendimento do interesse da Administração a ser satisfeito com o certame.

Na exposição de motivos nº 140, de 18 de junho de 2010, lê-se que a Medida Provisória nº 495/10 tem por finalidade acrescer ao procedimento a possibilidade de adoção de medidas que agreguem ao perfil de demanda do Setor Público diretrizes atinentes ao papel do Estado na promoção do desenvolvimento econômico, bem assim no fortalecimento de cadeias produtivas de bens e serviços domésticos. Daí a justificativa para tais alterações normativas, notadamente no que tange à pesquisa e à inovação, setores que promovem o aumento das potencialidades competitivas de um país.

Ali igualmente se verifica que a concessão de privilégios à indústria nacional é importante diretriz de política pública, a exemplo do Buy American Act, do American Recovery and Reinvestment Act nos Estados Unidos, além de políticas similares praticadas na China, Colômbia, Argentina e outros países.

6 Conclusão

Ao longo deste texto ilustramos a nossa abordagem para mostrar que a Medida Provisória nº 495/10,

de certo modo, em sua essência, alinha-se à realidade dos procedimentos licitatórios pátrios e à hermenêutica jurídica apresentada nas decisões do TCU, bem como às diretrizes de política pública praticadas em âmbito internacional. Alinha-se também a princípios consagrados na Constituição da República e à direção tomada pela legislação pátria (veja as citações a textos de lei e de decreto já realizadas neste trabalho).

O desenvolvimento nacional, ou, por outras palavras, o estímulo ao crescimento da indústria brasileira, à criação de novas tecnologias e o aperfeiçoamento das existentes, são, sim, valores desejados pela nossa sociedade e erigidos à categoria de princípios constitucionais.

Por outro lado, o tratamento impessoal e igualitário, e a universalização do acesso à possibilidade de se contratar com o Poder Público também o são. Cumpre-nos lembrar, por oportuno, que o próprio procedimento licitatório em si, é também medida de fomento que alcança tanto o mercado quanto a sociedade.

É preciso atentar, portanto, para a sutileza dos contornos sempre que se impuserem exigências restritivas nos procedimentos licitatórios, seja no que tange aos possíveis participantes, seja quanto ao objeto que se pretende adquirir. É que exigências tais constituem exceção, não podendo ser tomadas como regra.

O exercício da ponderação de princípios é, assim, inafastável.⁶ Não se trata de tarefa hercúlea. O caso concreto (objeto da licitação e possíveis fornecedores), os valores ou princípios jurídicos envolvidos e o interesse público a ser satisfeito pela Administração devem, todos, ser analisados, pesados, e, em cada caso, definido qual o bem jurídico que prevalecerá, justificando, assim, as exigências a serem postas para o certame.

O exercício aqui realizado faz-se imprescindível durante a vigência da Medida Provisória nº 495/10, na análise dos casos concretos por ela regidos e, caso convertida em lei, nos demais, se na norma em que esta for convertida forem justificados.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988*. 21 ed. São Paulo: NDJ, 2004.

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. *Legislação: licitações, pregão presencial e eletrônico, leis complementares*. Curitiba: Negócios Públicos, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. 15. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007.

Sítios consultados

<<http://www.tcu.gov.br>>

<<http://www.stf.jus.br>>

<<http://www.jairsantana.com.br>>

<<http://www.planalto.gov.br>>

¹ Para saber mais, visite: <www.jairsantana.com.br>.

² Constituição da República, Art. 62. (...) §3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do §7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes. §4º O prazo a que se refere o §3º contar-se-á da publicação da medida provisória, suspendendo-se durante os períodos de recesso do Congresso Nacional. (...)§7º Prorrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional.

³ Vide art. 62, §4º da CR, em NR anterior. Editada em período de recesso parlamentar, a contagem de prazo ao Congresso só se iniciou em agosto.

⁴ STF - Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI nº 2213 MC/DF - rel. Mir Celso de Mello - Tribunal Pleno - Julgamento em 04.04.2002. Fonte: <<http://www.stf.jus.br>>.

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. 15. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 9.

⁶ Sobre a ponderação de princípios em tema de licitação, 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>.

Como citar este conteúdo na versão digital:

Conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

SANTANA, Jair Eduardo; ANDRADE Fernanda. Impacto da Medida Provisória nº 495, de 19 de julho de 2010, nas licitações e nas contratações públicas. *Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 106, out. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=69915>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

Como citar este conteúdo na versão impressa:

Conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico impresso deve ser citado da seguinte forma:

SANTANA, Jair Eduardo; ANDRADE Fernanda. Impacto da Medida Provisória nº 495, de 19 de julho c 2010, nas licitações e nas contratações públicas. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 106, p. 58-65, out. 2010.