

MODERNIZAÇÃO DA LEI DE LICITAÇÕES E COMPRAS PÚBLICAS PARA UM GOVERNO DIGITAL

Brasília (DF), 12 de março de 2021

INTRODUÇÃO

A Brasscom, Associação Brasileira das Empresas de Tecnologia da Informação e Comunicação, entidade que congrega algumas das mais dinâmicas e inovadoras empresas de Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC) alinhadas com a Era Digital, que prestam serviços de TIC, desenvolvem e licenciam software, fabricam e comercializam hardware, disponibilizam redes sociais ou plataformas variadas; ou ainda prestam serviços telecomunicações, tem como Propósito trabalhar em prol de um Brasil Digital, Conectado e Inovador por meio da propositura e defesa de políticas públicas, com especial enfoque no emprego, na diversidade e a educação, bem como, na inovação, vem, respeitosamente, apresentar considerações acerca do Projeto de Lei (PL) nº 4253 de 2020, aprovado no Senado Federal, que moderniza a Lei de Licitações (Lei 8.666 de 1993) e pedir apoio ao veto parcial do art. 26 do referido projeto (§ 1º inc. III, § 2º, 3º, 6º e 7º) que estabelece margens de preferência a bens manufaturados e serviços nacionais, que atendam a normas técnicas brasileiras, instituindo uma injustificável discriminação entre os referidos bens e atividades quanto a origem, afastando a Administração Pública do acesso a inovações alijando o Estado das cadeias globais de valor de produtos tecnológicos.

O desenvolvimento tecnológico está revolucionando a forma como os serviços são prestados no setor privado e público. O uso das tecnologias da informação e comunicação é crescente em todas as áreas econômicas e sociais. O Estado, na condição de grande provedor de serviços, precisa estar habilitado e ser provedor das atividades a partir do novo paradigma de Governo Digital. Neste contexto, a legislação de compras públicas deve induzir essa transformação digital colaborando de forma ampla, profunda, segura, célere e que fomenta o uso das tecnologias da informação e comunicação, pelos entes públicos, melhorando desta forma os serviços disponibilizados à sociedade brasileira.

Entendemos que a iminente sanção do PL nº 4253/2020 faz urgir a manifestação a respeito de pontos específicos do texto que merecem ser revistos e, portanto, passíveis de serem vetados, seja porque:

(i) deixam de considerar princípios trazidos pela Constituição Federal, bem como as sucessivas jurisprudências que formaram interpretação sobre a lei 8.666/1993, hoje em vigor;

(ii) se chocam com as regras em discussão da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e na Organização Mundial do Comércio (OMC), que são de relevo para os interesses do país; ou

(iii) potencializa como consequência um maior custo à administração ou mesmo dificuldade de acesso às tecnologias de ponta e inviabilizando o atingimento de premissas elencadas no Decreto nº 10.332, de 2020, que instituiu a Estratégia de Governo Digital.

OBSERVÂNCIA A LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA

É importante notar, também, que desde a discussão do Projeto de Lei em comento, o próprio Congresso aprovou marcos legais como a Lei de Liberdade Econômica, que não foram refletidos integralmente no PL 4253/2020. A Lei de Liberdade Econômica estabelece:

- (i) Como princípio, “a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas”;
- (ii) O direito de toda pessoa física ou jurídica “receber tratamento isonômico de órgãos e de entidades da administração pública quanto ao exercício de atos de liberação da atividade econômica”;
- (iii) É dever da administração pública evitar o abuso regulatório de maneira indevida a “criar reserva de mercado ao favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes”; “redigir enunciados que impeçam a entrada de novos competidores nacionais ou estrangeiros no mercado”, e “redigir enunciados que impeçam ou retardem a inovação e a adoção de novas tecnologias, processos ou modelos de negócios”.

Diante do exposto, entendemos que o art. 26, que trata de margem de preferência, concentra pontos de grande preocupação:

1. RESTRIÇÃO AO MERCADO E PREJUÍZO A GARANTIA DO ESTADO AO ACESSO A PRODUTOS E SERVIÇOS DE TIC DE ÚLTIMA GERAÇÃO

A garantia de amplo acesso a serviços e tecnologias que reflitam o estado da arte, em especial no segmento das tecnologias da informação e comunicação, em permanente evolução, é condição *sine qua non* para a transformação digital da Administração Pública. As soluções devem ser dinâmicas, adaptativas e não devem perder de vista a colaboração com os entes privados, notadamente os fornecedores de tecnologias, sob pena de obsolescência precoce e, como decorrência, a redução do acesso aos serviços, bem como os seus níveis de qualidade, pelo cidadão.

O texto introduzido pelo art. 26, § 2º, introduz, além da ideia de bens e serviços nacionais, o conceito de “inovação tecnológica no país” - definição abrangente e passível a inúmeras interpretações que dificultam o seu atingimento. Ao invés de fomentar a inovação, o texto, restringe, potencialmente, o acesso, pela Administração Pública, ao que existe de mais avançado no mercado ao estabelecer margens adicionais em favor de um grupo de bens e serviços entendidos como pertencentes a uma “inovação tecnológica no país”. A inovação atualmente, não é um processo de desenvolvimento de uma única entidade ou local. Ao contrário, cada vez mais a inovação vai sugerir a participação de diferentes agentes, nacionais e/ou internacionais.

Seguindo a mesma lógica, no § 7º o texto determina que o Poder Executivo Federal poderá definir em ato próprio quais sistemas de tecnologia de informação e comunicação são considerados estratégicos e, que, portanto, restringirá a licitação a bens e serviços desenvolvidos no país. O dispositivo pode apresentar uma grave intervenção no mercado pelo Poder Executivo e restrição de acesso à vanguarda tecnológica, sem estabelecer quaisquer salvaguardas.

Ademais, também não endereça ou conceitua os termos “segurança” ou “interesses estratégicos nacionais”, mas apenas se restringe a assumir, erroneamente, que estes requisitos estarão garantidos pela restrição a participação no certame de empresas que desenvolvam tecnologias no Brasil. Não existe qualquer relação de causa e efeito que relacione a produção nacional de TIC com ganhos de segurança da informação, de forma que tal dispositivo pode afastar interessados que detenham a expertise e recursos de pesquisa e desenvolvimento necessários para fornecer ao mercado, aos órgãos e às entidades licitantes as soluções mais atuais e seguras. Eventual argumentação de que o dispositivo possa ser relevante para garantia de segurança ou interesses nacionais não se sustenta, já que o simples atendimento do requisito de uma solução ser desenvolvida no Brasil não garante maiores parâmetros de segurança.

Assim, mais do que parâmetros de desenvolvimento nacional, eventuais requisitos para contratação de TIC em sistemas “estratégicos” devem ser sobretudo técnicos e devidamente fundamentados, de acordo com o art. 20 do Decreto-Lei nº 4.657/1942 – LINDB, e que não podem restringir a competição entre potenciais fornecedores. A redação proposta tende a ter efeito inverso e contrário aos melhores interesses da própria Administração Pública, que pode não ter disponíveis as soluções mais atualizadas e seguras oferecidas pelos potenciais participantes. Também não é razoável se inferir que tal requisito vai fomentar o desenvolvimento de tecnologias no País, ao contrário, tem apenas o potencial de fazer reserva de mercado, limitando a participação e acesso, pela Administração Pública, a opções que são, de fato, de interesse público.

Por conseguinte, indicamos o veto aos § 2º e 7º do artigo 26, com o objetivo de garantir ao Estado e demais entes públicos o acesso amplo e seguro às inovações, diante do novo paradigma de Governo Digital.

“Art. 26:

§ 2º Para os bens manufaturados nacionais e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica no País, definidos conforme regulamento do Poder Executivo federal, a margem de preferência a que se refere o caput deste artigo poderá ser de até 20% (vinte por cento).

§ 7º Nas contratações destinadas à implantação, à 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 produzidos de acordo com o processo produtivo básico de que trata a Lei nº 10.176, de 11 de janeiro de 2001.”

2. PRÁTICAS ANTIECONÔMICAS E ANTI-ISONÔMICAS

Os modelos de contratações públicas ditarão a forma de seleção das empresas participantes nos termos do Decreto nº 7.546/2011. As referidas “medidas de compensação” visam “o fortalecimento da produção de bens, do desenvolvimento tecnológico ou da prestação de serviços, com a intenção de gerar benefícios de natureza industrial, tecnológica ou comercial”. Contudo, o texto imputado no Projeto de Lei se refere ao conceito de “medidas de compensação comercial, industrial ou tecnológica” foge absolutamente das regras de contratação e modalidades de licitação, além de ir na contramão das iniciativas governamentais que fomentam a liberdade econômica. Ademais, acaba por criar uma modalidade paralela, e dá abertura para a criação de requisitos em editais potencialmente irrazoáveis e lesivos ao interesse público, que, podem inviabilizar diversas contratações, na medida em que potenciais licitantes podem ser incapazes de cumprir tais requisitos, diminuindo consideravelmente a competitividade almejada. Neste sentido, esta condição confronta com o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, que estabelece a necessidade de garantia de igualdade de condições a todos os participantes.

Além disso, não parece razoável que todo e qualquer órgão ou ente administrativo possa dispor dessas compensações, ainda que não desenvolvam atividades de produção de bens e desenvolvimento tecnológico. Além desta hipótese, o gestor público fica com ampla discricionariedade para propor condições que acabem resultando em consequências antieconômicas ou anticompetitivas, na medida em que as compensações são tratadas de forma ampla e podem não estar relacionadas ao objeto da contratação ou às atividades do órgão licitante.

Nos parece razoável que, em licitações que envolvam claramente assuntos estratégicas e de segurança nacional, que essas contrapartidas explicitadas de maneira genérica neste marco legal possam ser usadas como instrumento de soberania nacional. Porém, o texto em análise não faz esta explicitação, deixando vago o seu uso para quaisquer objetos a serem licitados.

Diante do exposto, recomendamos o veto ao dispositivo em questão:

“Art. 26

§ 6º 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 ou tecnológica ou acesso a condições vantajosas de financiamento, cumulativamente ou não, na forma estabelecida pelo Poder Executivo federal.”

3. DESEQUILÍBRIO DAS COMPRAS GOVERNAMENTAIS DE ESTADOS E MUNICÍPIOS

É fundamental que a Administração Pública estimule a cooperação entre estados e municípios, objetivando a otimização de recursos, ampliando a sustentabilidade das compras governamentais e fomento a inovação. O dinamismo e o caráter peculiar dos serviços de TIC ultrapassam a lógica local de produção. A recém publicada Carta Brasileira de Cidades Inteligentes, pelo Ministério de Desenvolvimento Regional, corrobora com esta visão, recomendando que os entes federativos promovam formas institucionalizadas de cooperação entre os entes federativos para implantar, gerir e operar bases de dados, sistemas digitais e soluções compartilhadas de tecnologia da informação e comunicação.

A recente aprovação da PEC 186/2019, que retirou os incentivos e benefícios fiscais dos locais, iguala e balanceia as possíveis vantagens competitivas que os locais, antes incentivados, tinham em relação aos seus competidores. Dessa forma, sugerimos veto ao Art. 26, § 3º e 4º, uma vez que a proposta vai na contramão do que as melhores práticas demandarão, sobretudo no tocante a ideia de local de produção.

“Art. 26, § 3º e 4º

§ 3º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão estabelecer margem de preferência de até 10% (dez por cento) para bens manufaturados nacionais produzidos no Estado em que estejam situados ou, conforme o caso, no Distrito Federal.”

§ 4º Os Municípios com até 50.000 (cinquenta mil) habitantes poderão estabelecer margem de preferência de até 10% (dez por cento) para empresas neles sediadas.”

4. HARMONIZAÇÃO COM DEBATES INTERNACIONAIS

Para viabilizar a melhoria da prestação de serviços públicos ao cidadão, é necessário repensar as formas como tais soluções são contratadas pela Administração Pública. Igualmente, a reforma da Lei de Licitações, Lei nº 8.666/1993, precisa estar alinhada não somente com o ordenamento jurídico interno, como também guardar harmonia com os acordos e convenções internacionais, tão caros ao Brasil e seu interesse em maior inserção no cenário econômico mundial. Recomendamos o veto ao artigo 26, § 1º, inc. III, por entender que a Lei não deveria trazer margem de preferência para parceiros comerciais e, no caso de fazê-lo, não deveria limitar apenas ao Mercosul, visto que o país tem buscado estabelecer acordos com outros países e a parceria comercial com outros blocos, tornando o dispositivo ineficaz. O disposto

no artigo mencionado também se choca com as regras em discussão na Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), no qual o Brasil tem premissa para ascensão.

“Art. 26, § 1º, inc. III:

Poderá ser estendida a bens manufaturados e serviços originários de Estados Partes do Mercado Comum do Sul (Mercosul), desde que haja reciprocidade com o País prevista em acordo internacional aprovado pelo Congresso Nacional e ratificado pelo Presidente da República.”

Diante do exposto, reiteramos a solicitação de veto aos itens apresentados e nos colocamos a disposição para colaborações complementares se assim for desejado.