

Parte Geral - Doutrina

Os Diversos Direitos de Preferência em Licitações e Sua Aplicação

FLAVIA DANIEL VIANNA

Advogada Especialista e Instrutora na Área das Licitações e Contratos Administrativos, Pós-Graduada em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Coordenadora Técnica e Consultora Jurídica da Vianna & Consultores Associados Ltda. Autora de diversas obras jurídicas e dezenas de artigos sobre Licitações, Sistema de Registro de Preços, Carona e Pregão.

RICARDO RIBAS DA COSTA BERLOFFA

Advogado e Consultor, Professor de Direito Administrativo da Lex Magister Cursos, Ex-Professor de Direito Administrativo do Complexo Jurídico Damásio de Jesus, Ex-Professor da Universidade Bandeirante, Pós-Graduado em Direito Constitucional e em Direito Processual Civil, Ex-Secretário Executivo da Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo - Arsesp, Ex-Chefe de Gabinete e Assessor Jurídico da Comissão de Serviços Públicos de Energia do Estado de São Paulo - CSPE. Autor dos livros *Procedimento Sumaríssimo (Comentários à Lei nº 9.957/2000)* e *o Novo Enfoque Mundial das Relações Trabalhistas* (2001), *Manual de Licitações Públicas - Uma abordagem prática e sem mistérios* (2002), *A nova modalidade de licitação: Pregão - Breves Comentários à Lei Federal nº 10.520/02 - Lei do Pregão* (2002), *Introdução ao Curso de Teoria Geral do Estado e Ciências Políticas* (2004), *A Modalidade de Licitação Pregão - Uma Análise dos Procedimentos dos Pregões Presencial e Eletrônico* (2006). Autor de diversos artigos relacionados ao Direito Público.

Nos cursos e seminários ministrados sobre Licitações em todo Brasil, percebe-se a dificuldade na aplicação dos diversos direitos de preferência instituídos na legislação. O tema necessitaria ser melhor regulamentado, sobretudo nas licitações em que há incidência de duas ou mais espécies de tratamento diferenciado aplicável. Muito longe do objetivo de esgotar a matéria, o presente artigo pretende somente trazer um foco de luz aos compradores e fornecedores que necessitam entender os diversos benefícios e fornecer alguns caminhos para aplicação dos seguintes benefícios: a) preferência para microempresas e empresas de pequeno porte; b) preferência para bens ou serviços de informática; c) preferência ao mercado nacional.

PREFERÊNCIA PARA MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE

A preferência para Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (MEs/EPPs) tem fulcro constitucionalmente previsto, nos arts. 170, IX, e 179. A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, trazendo, em seus arts. 42 a 49, benefícios para a participação de ME/EPP em licitações, que foi regulamentado na esfera federal pelo Decreto nº 6.204, de 5 de setembro de 2007. Posteriormente, a LC 147, de 7 de agosto de 2014, alterou o diploma da LC 123/2006 com importantes inovações.

QUEM É MICROEMPRESA OU EMPRESA DE PEQUENO PORTE?

Microempresas ou Empresas de Pequeno Porte são assim consideradas pela legislação, pela receita bruta que colherem no ano-calendário (ou seja, considerado anualmente via de regra). É no art. 3º da LC 123/2006 que encontramos o limite da receita para esta definição, sendo:

Microempresa	Receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais)
Empresa de Pequeno Porte	Receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais)

A empresa de pequeno porte que, no ano-calendário, exceder o limite de receita bruta anual previsto fica excluída, no mês subsequente à ocorrência do excesso, do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta lei complementar.

Ressalva se faz apenas para os casos em que: (a) o excesso verificado em relação à receita bruta não for superior a 20% (vinte por cento) do limite, ocasião em que os efeitos da exclusão dar-se-ão no ano-calendário subsequente; e (b) a empresa de pequeno porte no decurso do ano-calendário de início de atividade ultrapassar o limite proporcional de receita bruta, ocasião em que estará excluída do tratamento jurídico diferenciado previsto na lei complementar com efeitos retroativos ao início de suas atividades.

Além da receita bruta, para enquadramento da ME/EPP, para fins de licitação, se a micro ou pequena empresa se enquadrar em qualquer uma das causas impeditivas do § 4º do art. 3º da LC 123, ainda que mantenha a condição de ME/EPP em função da receita bruta considerada, não poderá receber os benefícios previstos quando da participação em licitações. Em outras palavras, qualquer ME/EPP que insira-se em alguma das hipóteses do referido dispositivo, não poderão usufruir dos benefícios e também serão excluídas do Simples Nacional a partir do mês seguinte ao qual ocorreu a situação impeditiva ¹.

Caso a empresa qualifique-se como ME/EPP e não insira-se em nenhuma condição impeditiva, para fazer jus aos benefícios, deverá comprovar sua condição jurídica de pequena ou microempresa pela entrega de declaração própria, sob as penas da lei, afirmando que cumpre os requisitos legais para qualificar-se como pequena/microempresa, fazendo jus a usufruir dos benefícios, nos termos do art. 11 do Decreto nº 6.204/2007 ².

Importante registrar que, além das micro e pequenas empresas, os benefícios, quando da participação em licitações previstos pela LC 123/2006, também serão aplicados: a) às cooperativas (art. 34 da Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007); b) ao produtor rural pessoa física e o agricultor familiar (art. 3º-A da LC 123/2006); e c) ao MEI - microempreendedor individual (art. 18-E da LC 123/2006).

BENEFÍCIOS DA LC 123/2006

Os benefícios que iremos ver a partir de agora, no âmbito da LC 123/2006, são autoaplicáveis, estando a Administração Pública de todas as esferas governamentais (União, Estados, DF e Municípios) obrigadas a conceder às MEs/EPPs tais benefícios. Sobre este aspecto, importante lembrar que a nova redação do art. 47, em função da LC 147/2014, impôs o *dever* de todas as esferas governamentais (União, Estados, DF e Municípios) adotarem as licitações diferenciadas, prevendo, ainda, em seu parágrafo único, que, na falta de regulamento específico do ente estadual ou municipal, será aplicável a legislação federal ³.

I - Benefício da regularização fiscal tardia (artigos 42 e 43 da LC 123/2006)

A microempresa ou empresa de pequeno porte possui obrigatoriedade em apresentar todo o rol de documentos exigidos, inclusive os referentes à regularidade fiscal, na fase de habilitação (no dia da sessão!), sob pena de, em não apresentando algum documento, ser inabilitada. Caso algum documento referente à regularidade fiscal possuir algum defeito ou restrição, terá a ME ou a EPP o prazo de cinco dias úteis ⁴ (prorrogáveis por igual período a pedido da ME/EPP) para reapresentá-lo, escoimado dos vícios. Ressalte-se que o benefício para suprimento dos defeitos apenas abrange a documentação concernente à regularidade fiscal, e não os demais documentos relativos à regularidade trabalhista, habilitação jurídica, qualificação técnica e qualificação econômico-financeira.

O benefício da regularização fiscal tardia aplica-se em licitações de modalidades concorrência, tomada de preços, convite e pregão (tanto presencial quanto eletrônico). Em relação aos tipos de licitação, é aplicável nos certames de "menor preço", "melhor técnica" e "técnica e preço" ⁵.

II - Direito de preferência em caso de empate ficto (artigos 44 e 45 da LC 123/2006)

Ocorrerá o empate ficto quando o menor preço válido na licitação for de uma média ou grande empresa e, em relação a este menor preço válido, existam microempresas ou empresas de pequeno porte com propostas dentro do limite percentual de 5% na modalidade pregão e 10% nas demais modalidades. Dessa forma, é produzida uma *ficção de empate*, tendo em vista que, sob o prisma aritmético, não existe necessariamente igualdade de valores. Nessa situação, exemplificando, imagine que, em uma concorrência, uma empresa comum que denominaremos de "empresa A", que não é uma ME ou EPP, seja a proponente de melhor preço, tendo apresentado o valor de R\$ 100,00. Caso, nessa mesma licitação, exista uma ME ou EPP que tenha apresentado proposta de R\$ 110,00, esta micro ou pequena empresa terá a prerrogativa de reduzir o valor de sua proposta, a um preço inferior a R\$ 100,00, sendo que, se assim o fizer, será considerada vencedora do certame.

Existindo duas ou mais ME e/ou EPP com propostas nos limites de até 10% ou 5% (em se tratando de pregão) superiores à proposta de melhor preço apresentada por empresa normal, primeiramente, será convocada a microempresa ou empresa de pequeno porte melhor classificada, para apresentar proposta inferior à de melhor preço. Se assim o fizer, será considerada vencedora. Porém, caso se recuse, serão convocadas as MEs/EPPs remanescentes, que se encontrem no limite percentual exigido pela lei, na ordem de classificação, para exercício do mesmo direito. Ainda, caso nenhuma delas reduza seu preço a um valor inferior à proposta melhor classificada apresentada pela empresa comum, então o objeto licitado será adjudicado a esta empresa detentora da proposta originariamente vencedora.

O benefício ao desempate ficto somente é aplicável ao tipo de licitação *menor preço*. Para que a ME/EPP vença a licitação, precisará cobrir a oferta do primeiro classificado.

III - Licitações diferenciadas (artigos 47, 48 e 49 da LC 123/2006)

Existem três espécies de licitações diferenciadas. São elas:

a) Itens exclusivos para ME/EPP, até 80 mil reais (art. 48, I, LC 123). No caso da licitação não ultrapassar R\$ 80 mil ou ainda, itens da licitação que não ultrapassem R\$ 80 mil, deverão ter a participação restrita às MEs/EPPs, exceto se houver algumas das condições restritivas do art. 49 da LC 123.

b) Subcontratação obrigatória (art. 48, II, LC 123). O instrumento convocatório poderá estabelecer, se o objeto for obra ou serviço, que o vencedor do certame (ressalte-se: o vencedor, nesse caso é uma média ou grande empresa e não ME/EPP) deverá subcontratar parte do objeto para uma micro ou pequena empresa. A subcontratação neste inciso não é permitida para produtos/bens.

c) Cota reservada (art. 48, III, LC 123). Em compras de bens ou produtos de natureza divisível, o instrumento convocatório estabelecerá cota de até 25% do objeto para ME/EPP. A cota especial deste inciso só é aplicável para compras, não aplicando-se em serviços e obras. Neste caso, não existindo vencedor para a cota reservada, o edital deverá prever a possibilidade de ser adjudicado ao vencedor da cota principal; caso este se recuse, poderá ser oferecida aos remanescentes, desde que ao preço do vencedor.

Outra novidade trazida pela LC 147/2014 é a possibilidade de favorecer o mercado local ou regional pela faculdade de, em qualquer das três espécies de licitação diferenciadas, estabelecer a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido (art. 48, § 3º). Este novo benefício só pode ser aplicado após a definição do melhor preço válido. Caso seja utilizado, o instrumento convocatório deverá trazer expressamente sua aplicação e, ainda, definir o que será considerado local (qual município) ou regional (qual conjunto de municípios vizinhos formando a região).

Em algumas situações o próprio legislador previu que não serão aplicadas as licitações diferenciadas. Essas hipóteses constam do art. 49 da LC 123/2006:

a) Não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório.

b) O tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado.

c) A licitação for dispensável ou inexigível, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48 (participação exclusiva ME/EPP até R\$ 80 mil)

PREFERÊNCIA PARA BENS E SERVIÇOS DE INFORMÁTICA

Vamos analisar, agora, a margem de preferência estabelecida para licitações de bens e serviços de informática. O Decreto Federal nº 7.174/2010, com aplicação na Administração Pública federal, prevê preferência na contratação de propostas que encontrem-se até 10% superiores ao menor preço classificado, situação na qual é considerado um empate ficto, e a empresa que faz jus ao benefício poderá apresentar uma proposta igual ou menor ao 1º classificado, aos bens e serviços que atenderem à seguinte ordem:

Art. 5º Será assegurada preferência na contratação, nos termos do disposto no art. 3º da Lei nº 8.248, de 1991, para fornecedores de bens e serviços, observada a seguinte ordem:

I - bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País e produzidos de acordo com o Processo Produtivo Básico (PPB), na forma definida pelo Poder Executivo Federal;

II - bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País; e

III - bens e serviços produzidos de acordo com o PPB, na forma definida pelo Poder Executivo Federal.

A empresa deverá apresentar documentação que comprove o atendimento aos requisitos dos incisos I, II ou III para fazer jus ao benefício.

No caso de licitações para bens e serviços de informática, portanto, primeiramente deve ser aplicado o benefício previsto na LC 123/2006 para ME/EPP, no que concerne ao empate/desempate ficto (nos termos do art. 8º, I, Decreto nº 7.174/2010).

Somente no caso da ME/EPP não cobrir a oferta da primeira classificada, mantendo-se a ordem inicial, ou no caso de inexistir a ocorrência de empate ficto pela LC 123 é que então, será aplicada a preferência do Decreto nº 7.174/2010 (conforme leitura do art. 8º, III e IV, Decreto nº 7.174). O direito de preferência para bens e serviços de informática, do Decreto nº 7.174/2010, é exercido da seguinte forma: a empresa que faz jus ao benefício será convocada para dar lance igual ou menor que o 1º classificado.

É esse o entendimento do Ministro substituto do TCU Augusto Sherman Cavalcanti, ao ensinar que primeiramente deve ser concedida a preferência ao desempate ficto da LC 123/2006 e, sendo esta exercida, o objeto da licitação é adjudicado à ME ou EPP, não aplicando-se o direito de preferência da Lei de Informática: "note-se que se vier a ser oferecida, por uma das MEs ou EPPs, nova proposta inferior à mais bem classificada ela vence a licitação e encerra-se o procedimento relativo ao direito de preferência, de maneira que já não será avaliada a preferência prevista pela Lei de Informática", e complementa o entendimento no sentido de que, somente não utilizado o critério de preferência da LC 123/2006, que passa-se à aplicação do critério do Decreto nº 7.174/2010 de Informática ⁶.

Portanto, a aplicação, no caso do direito de preferência da LC 123/2006 e de Bens e Serviços de Informática do Decreto nº 7.174/2010, ficará assim:

DIREITO DE PREFERÊNCIA	FOI REALIZADO?	TRAMITAÇÃO
LC 123/2006 - Empate/Desempate Ficto (até 10% ou 5% acima)	SIM (precisa cobrir a oferta 1ª classificada)	Finda-se a aplicação de preferências
LC 123/2006 - Empate/Desempate Ficto	NÃO	Aplica-se a preferência da Lei de Informática
Preferência Bens/Serviços de Informática Decreto nº 7.174/2010 (até 10% acima)	SIM (precisa igualar ou cobrir a oferta 1ª classificada)	1º) convoca-se empresa com produto ou serviço com tecnologia desenvolvida no País + cumpra PPB (art. 5º, I, do Decreto nº 7.174) - SIM - vencedora. Caso não = 2º) convoca-se empresa com bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País (art. 5º, II, do Decreto nº 7.174) - SIM - vencedora. Caso não = 3º) convoca-se empresa cumpra PPB (art. 5º, III, do Decreto nº 7.174) - SIM - vencedora. Caso não = o 1ª classificado originalmente vence.

Ainda, para complicar mais a situação, o parágrafo único do art. 5º do Decreto nº 7.174/2010 prevê que as MEs/EPPs que se enquadrem nos incisos anteriores (incisos I, II e III do art. 5º) terão prioridade no exercício do direito de preferência em relação às médias e grandes empresas enquadradas *no mesmo inciso*.

Em vista disto, desta previsão e de acordo com o art. 8º, Decreto nº 7.174/2010, o Comprasnet divulgou orientação para aplicação do Decreto nº 7.174/2010:

A) Primeiramente aplica-se a preferência da LC 123/2006 (empate/desempate ficto)

B) Caso haja licitantes que se declarem portadores de um ou de dois certificados, aplica-se a seguinte ordem de classificação:

1º Tecnologia no País + PPB + ME/EPP

2º Tecnologia no País + PPB

3º Tecnologia no País + ME/EPP

4º Tecnologia no País

5º PPB + ME/EPP

6º PPB

A interpretação aplicada pelo Comprasnet traz uma duplicidade de direito às MEs/EPPs. Isso porque a oportunidade dos benefícios às MEs/EPPs fornecida pela LC 123 somente uma vez não pode ser repetida posteriormente. Se a ME/EPP não exerceu o direito de preferência no momento concedido, nos moldes da LC 123/2006, e, então, não usufruído, por qualquer motivo, o benefício da LC 123/2006, a administração passará a aplicar o benefício do Decreto de Informática, não há que se falar em dar nova preferência às MEs/EPPs a cada categoria de beneficiados pelo Decreto de Informática. Ou seja, uma vez iniciada a aplicação da preferência do Decreto nº 7.174 de Informática, as MEs/EPPs concorrem de igual para igual com as médias e grandes empresas. Nesse sentido:

Vê-se, então, que ocorre uma antinomia, pois os dispositivos apresentam-se contraditórios. Conforme o art. 8º, encerrada a fase inicial para o exercício do direito de preferência pelas micro e pequenas empresas sem que tenha havido contratação, permite-se o exercício do direito de preferência pelos fornecedores de bens e serviços de TI, passando as micro e pequenas empresas enquadradas em cada categoria e detentoras de propostas situadas na respectiva margem a concorrer de igual para igual com as demais empresas do ramo. Por outro lado, o art. 5º permite que, quando da aplicação do direito de preferência aos fornecedores de TI, volte-se a aplicar o direito de preferência das micro e pequenas empresas mediante a priorização destas sempre que se adentra em uma nova categoria de fornecedores.

[...]

Veja-se, contudo, que essa sistemática contraria o § 1º do art. 45 da LC 123/2006, visto restar claro que o direito de preferência fundado no porte da empresa se extingue com o encerramento do procedimento previsto nos incisos do referido art. 45. Ou seja, como o procedimento para o exercício do direito de preferência das micro e pequenas empresas realiza-se apenas uma vez dentro do certame, extinguindo-se o direito a partir desse ponto, não há como repetir tal procedimento na forma prevista no art. 5º, parágrafo único, do Decreto nº 7.174/2010. O art. 5º, parágrafo único, do Decreto nº 7.174/2006 também contraria o disposto no art. 3º da Lei nº 8.248/1991, porque a lei não autoriza efetuar diferenciações com base no porte das empresas incluídas em seus incisos. Conclui-se, então, que o parágrafo único do art. 5º do Decreto nº 7.174/2010 afigura-se ilegal. Já com relação ao art. 8º do Decreto nº 7.174/2010, verifica-se que a sistemática ali estabelecida coaduna-se com o disposto no art. 45 da LC 123/2006. Isto é, primeiro, aplicam-se as regras relativas ao direito de preferência das microempresas e empresas de pequeno porte; não ocorrendo a contratação dentro deste grupo, passa-se a aplicar as regras atinentes ao direito de preferência dos fornecedores de TI fundado nas características dos bens e serviços, sem diferenciação quanto ao porte dos licitantes; não ocorrendo contratação mais uma vez, aplicam-se as regras usuais de licitação. De todo o exposto, tem-se que o conflito existente soluciona-se com a supressão do parágrafo único do art. 5º do Decreto nº 7.174/2010, visto que tal dispositivo não se conforma com a legislação regulamentada pelo decreto.

(Acórdão nº 4.142/2012, 2ª Câmara, TCU)

E ainda no caso do pregão, violaria o § 2º do art. 44 da LC 123 que atribui o intervalo de 5%, caso fosse aplicado o parágrafo único do art. 5º do Decreto nº 7.174/2010, alcançaria as MEs/EPPs em um intervalo de 10% - sendo sua aplicação ilegal, devendo ser evitadas disposições editalícias que comportem tal entendimento, em conformidade com Augusto Sherman Cavalcanti ⁷.

Em outras palavras, não se pode cumular as duas preferências (ME/EPP + Lei de Informática). Primeiro, aplica-se a preferência da LC 123/2006 e somente no caso desta não ser utilizada por qualquer motivo que então aplica-se a preferência ao Decreto nº 7.174/2010 de Informática.

Em conta disso, o TCU considerou ilegal o parágrafo único do art. 5º do Decreto nº 7.174/2010 que estabelece uma espécie de duplicidade de preferência às MEs/EPPs (permite que, quando da aplicação do direito de preferência do Decreto nº 7.174, volte-se a aplicar a preferência da ME/EPP pela priorização destas sempre que se adentra a uma nova categoria dos fornecedores dos incisos I, II e III do art. 5º do Decreto nº 7.174/2010), em seu Acórdão nº 4.241/2012-TCU-2ª Câmara e Acórdão nº 4.056/2010-1ª Câmara e no mesmo sentido, em estudo realizado pela Consultoria Jurídica (Conjur) do TCU no TC-018.398/2010-3.

Em síntese, se a ME/EPP exercer seu direito fornecendo lance inferior ao melhor classificado, encerra-se essa etapa e não caberá a aplicação da preferência do Decreto nº 7.174/2010; não exercendo, aí passa para aplicação da preferência da Lei de Informática.

A existência de empresas que se enquadrem no primeiro critério afasta a possibilidade de se aplicarem as regras atinentes ao segundo (extraído do voto do Relator no Acórdão nº 4241/2012-TCU-2ª Câmara).

E ainda, determinou o TCU ao MPOG:

Recomendar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, bem como à Advocacia-Geral da União que adotem medidas tendentes à desconstituição do parágrafo único do art. 5º, parágrafo único, do Decreto nº 7.174, de 12 de maio de 2010, uma vez que ele contraria frontalmente o disposto no art. 45 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991. (Acórdão 4.241/12-2ª Câmara-TCU)

Insta ressaltar que o art 8º do Decreto nº 7.174/2010 determina essa ordem esposada pelo TCU, ou seja, primeiro a aplicação da preferência pela LC 123 e, no caso desta não ser usufruída, posteriormente as do art 5º do Decreto nº 7.174/2010, não retornando-se a aplicar a preferência para ME/EPP dentro dos benefícios da Lei de Informática.

Por fim, no caso de licitações para bens e serviços de informática do tipo técnica e preço, para aplicação do benefício de informática, deverá ser observado o art. 8º do Decreto nº 7.174/2010:

Art. 8º [...]

§ 2º Nas licitações do tipo técnica e preço, a nova proposta será exclusivamente em relação ao preço e deverá ser suficiente para que o licitante obtenha os pontos necessários para igualar ou superar a pontuação final obtida pela proposta mais bem classificada.

[...]

§ 5º Nas licitações do tipo técnica e preço, os licitantes cujas propostas não tenham obtido a pontuação técnica mínima exigida não poderão exercer a preferência.

PREFERÊNCIA PARA O MERCADO NACIONAL

A margem de preferência para beneficiar o mercado nacional foi inicialmente prevista na Medida Provisória nº 495, de 19 de julho de 2010, convertida na Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010, introduzida nos §§ 5º a 12 do art 3º da Lei nº 8.666 e regulamentada pelo Decreto nº 7.546, de 2 de agosto de 2011, com vistas a proteger o mercado nacional, fomentado o crescimento comercial e industrial em nosso País, o desenvolvimento tecnológico e científico no Brasil. Importante salientar que o Decreto nº 7.546/2011 que regulamenta os §§ 5º a 12 do art 3º da Lei nº 8.666 aplica-se a todas as órbitas federativas.

Entende-se por preferência para o mercado nacional, a preferência estabelecida em favor dos produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais que atendam normas técnicas brasileiras face aos estrangeiros ou face a outros nacionais que não atendam a estas normas técnicas.

O fundamento desta margem de preferência é a necessidade de desenvolvimento da indústria nacional, beneficiando objetos nacionais mesmo que com custo mais elevado quando comparado aos produtos/serviços estrangeiros.

Além da margem de preferência para produtos manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras previstas no § 5º do art. 3º da Lei nº 8.666/1993 (margem de preferência normal), o § 7º do mesmo dispositivo prevê margem adicional a esta margem os mesmos produtos/serviços que resultem de desenvolvimento e inovação tecnológicos realizados no Brasil (margem cumulativa com a margem de preferência normal), privilegiando os objetos nacionais face aos estrangeiros.

Mas o que são os produtos manufaturados nacionais ou serviços nacionais? É a própria legislação que os define como:

Lei nº 8.666/1993, art. 6º, define:

[...]

XVII - 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; (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

XVIII - serviços nacionais - serviços prestados no País, nas condições estabelecidas pelo Poder Executivo federal; (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

[...]

Decreto nº 7.546/2011, art. 2º, define:

[...]

IV - produto manufaturado nacional - produto que tenha sido submetido a qualquer operação que modifique a sua natureza, a natureza de seus insumos, a sua finalidade ou o aperfeiçoe para o consumo, produzido no território nacional de acordo com o processo produtivo básico definido nas Leis nºs 8.387, de 30 de dezembro de 1991, e 8.248, de 23 de outubro de 1991, ou com as regras de origem estabelecidas pelo Poder Executivo federal, tendo como padrão mínimo as regras de origem do Mercosul;

V - serviço nacional - serviço prestado no País, nos termos, limites e condições estabelecidos nos atos do Poder Executivo que estipulem a margem de preferência por serviço ou grupo de serviços;

VII - normas técnicas brasileiras - normas técnicas produzidas e divulgadas pelos órgãos oficiais competentes, entre eles a Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT e outras entidades designadas pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - Conmetro.

Cumpra definir, agora, o chamado "Processo Produtivo Básico (PPB)". O Decreto-Lei nº 288, de 28 de fevereiro de 1967, por meio de um conceito incluído pela Lei nº 8.387, de 30 de dezembro de 1991, definiu:

Art. 7º, § 8º, *b*, Decreto-Lei nº 288/1967:

Processo produtivo básico é o conjunto mínimo de operações, no estabelecimento fabril, que caracteriza a efetiva industrialização de determinado produto.

Ou seja, PPB nada mais é que o conjunto de operações, de etapas de fabricação, que devem ser observadas na confecção de determinados produtos, que ensejará o direito de preferência nas licitações para as empresas que cumprirem essas etapas fabris e obterem a certificação do produto junto ao Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (MCTI) ou Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (Mdic). Assim, PPB é um conjunto de etapas realizadas em fábrica, para recebimento desta certificação.

Meta da alteração é estabelecer margem de preferência para produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras - (§ 5º, art. 3º, Lei nº 8.666), permitindo o estabelecimento de margem de preferência de *até 25%* para tais produtos e serviços, que devem ser definidas pelo Poder Executivo federal por meio de decreto (§ 8º, art. 3º, Lei nº 8.666).

A preferência para mercado nacional visa incluir os bens produzidos no Brasil em situação de vantagem frente aos produzidos em outros países, fomentando, assim, a geração de empregos e recolhimento de impostos no Brasil. Aplicação da margem de preferência em favor dos produtos/serviços nacionais é discricionária, facultativa e não obrigatória nos termos do art. 3º, § 5º, Lei nº 8.666/1993. Porém, no caso da Administração Pública federal (direta e indireta) o Decreto nº 7.546/2011 incluiu como obrigatória a margem de preferência; já para Estados, DF, Municípios, como facultativa (art. 3º, Decreto nº 7.546). Caso seja aplicada, o edital deverá prever expressamente.

Entretanto, o Executivo federal detém competência exclusiva para fixar o percentual de margem de preferência para cada segmento/objeto, que terá validade nacional. Os Estados, DF, Municípios, Judiciário e Legislativo poderão optar por aplicar ou não a margem de preferência estipulada pelo Executivo federal, mas, se optarem pela sua aplicação, *não podem criar margens próprias*.

COMO FUNCIONA

A preferência para o mercado nacional funciona da seguinte forma: Só haverá sua aplicação se a proposta ofertada pelo licitante detentor do produto manufaturado nacional ou serviço nacional que atenda a normas técnicas brasileiras não for a primeira classificada, pois, se for, ela que segue para as próximas fases.

Se a melhor oferta for de um produto ou serviço não nacional e existir alguma proposta de objeto nacional dentro do intervalo de margem de preferência estabelecida no decreto federal (que não pode ser superior a 25%, isto é, pode ser de 1%, 2%, 4%, 8%, até o máximo de 25%, conforme o que o decreto que implantar a margem de determinado produto/serviço assim definir), o proponente proprietário do objeto nacional será o vencedor. É importante destacar que, nesse caso, a empresa que faz jus ao benefício não precisará cobrir a oferta daquele que apresentou o produto não nacional, será vencedor mesmo com preço maior, desde que dentro do patamar percentual disposto no decreto federal.

Exemplificando: imagine uma licitação para aquisição de televisores, cuja classificação final após etapa de lances no pregão ficou assim:

EMPRESA A - R\$ 1.000,00 (produto de origem estrangeira)

EMPRESA B - R\$ 1.099,00 (produto nacional)

EMPRESA C - R\$ 1.300,00 (produto nacional)

Vamos *supor* que exista um decreto federal estabelecendo percentual de margem de preferência em 10% para os televisores (margem de preferência para o mercado nacional).

No exemplo, a empresa B seria vencedora (e observe que ela vence com preço maior), por estar dentro da margem dos 10% estabelecido no decreto para preferência deste produto no mercado nacional.

Existem diversos decretos federais que estabeleceram margem de preferência, tais como: Decreto Federal nº 7.709, de 3 de abril de 2012 (retroescavadeiras e motoniveladoras); Decreto Federal nº 7.767, de 27 de junho de 2012 (produtos médicos); Decreto Federal nº 7.816, de 28 de setembro de 2012 (caminhões, furgões e implementos rodoviários); Decreto Federal nº 7.843, de 12 de novembro de 2012 (disco para moeda); Decreto Federal nº 7.840, de 12 de novembro de 2012 (perfuratrizes e patrulhas mecanizadas); Decreto Federal nº 8.185, de 17 de janeiro de 2014 (aeronaves executivas); Decreto Federal nº 7.903, de 4 de fevereiro de 2013 (equipamentos TI e comunicação); Decreto Federal nº 8.184, de 17 de janeiro de 2014 (equipamentos TI e comunicação); Decreto Federal nº 8.194, de 12 de fevereiro de 2014 (equipamentos TI e comunicação); Decreto Federal nº 8.186, de 17 de janeiro de 2014 (licenciamento de programas de computador e serviços correlatos); Decreto Federal nº 8.224, de 3 de abril de 2014 (máquinas e equipamentos).

Ainda, conforme Acórdão nº 1.317/2013-Plenário (e, no mesmo sentido, Acórdão nº 1.550/2013-Plenário):

56 RSDA Nº 120 - Dezembro /2015 - PARTE GERAL - DOCTRINA

A introdução do conceito de "Desenvolvimento Nacional Sustentável" no art. 3º da Lei nº 8.666/1993 não autoriza: (i) o estabelecimento de vedação a produtos e serviços estrangeiros e, (ii) a admissão de margem de preferência para contratação de bens e serviços, sem a devida regulamentação por decreto do Poder Executivo federal.

Vale notar que o edital, de pronto, não pode excluir produtos e serviços estrangeiros. O pilar do "desenvolvimento nacional sustentável" comporta a preferência dos produtos/serviços nacionais face aos estrangeiros, mas não a exclusão dos estrangeiros. Exceto se o produto/serviço nacional seja essencial para atender à necessidade da administração (p. ex.: sistemas de TI e comunicação considerados estratégicos cuja descontinuidade provoque dano significativo à Administração Pública - definição do art 6º, XIX, Lei nº 8.666 - sendo que o § 12 do art 3º admite licitação restrita a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País e de acordo com o PPB).

Como ficaria, agora, a aplicação no caso do direito de preferência da LC 123/2006, da preferência de bens e serviços de informática do Decreto nº 7.174/2010 e, também, da preferência para o mercado nacional? Vejamos, no primeiro quadro explicativo, adicionando a nova preferência estudada neste tópico:

DIREITO DE PREFERÊNCIA	FOI REALIZADO?	TRAMITAÇÃO
LC 123/2006 - Empate/Desempate Ficto (até 10% ou 5% acima)	SIM (precisa cobrir a oferta 1ª classificada)	Finda-se a aplicação de preferências
LC 123/2006 - Empate/Desempate Ficto	NÃO	Aplica-se a preferência da Lei de Informática
Preferência Bens/Serviços de Informática Decreto nº 7.174/2010 (até 10% acima)	SIM (precisa igualar ou cobrir a oferta 1ª classificada)	1º) convoca-se empresa com produto ou serviço com tecnologia desenvolvida no País + cumpra PPB (art. 5º, I, Decreto nº 7.174) - SIM - vencedora. Caso não = 2º) convoca-se empresa com bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País (art. 5º, II, Decreto nº 7.174) - SIM - vencedora. Caso não = 3º) convoca-se empresa cumpra PPB (art. 5º, III, Decreto nº 7.174)
Preferência Bens/Serviços de Informática Decreto nº 7.174/2010 (até 10% acima)	NÃO	Somente se não houver vencedor com base no Decreto nº 7.174, aplica-se a margem de preferência introduzida pela Lei nº 12.349/2010 (mercado nacional)

O entendimento anteriormente esposado, tem como base o mesmo entendimento do Ministro substituto do TCU Augusto Sherman Cavalcanti ⁸, que salienta que, como essas soluções não estão previstas expressamente na legislação, é necessário que o edital discipline sua adoção.

O edital pode disciplinar, por exemplo, seguindo a seguinte ordem:

- Primeiro deve ser concedido o direito de preferência da LC 123/2006 (ME/EPP ao empate/desempate ficto, se for o caso).
- Somente se não houver vencedora com base na preferência da ME/EPP, deve-se aplicar a preferência da Lei de Informática.
- Somente se não houver vencedor com base no Decreto nº 7.174/2010, aplica-se a margem de preferência introduzida pela Lei nº 12.349/2010 (mercado nacional).

Por fim, cumpre salientar que a fase de negociação, em se tratando de pregão, somente será aplicada após a aplicação de todas as margens de preferência.

Há, ainda, uma norma de controle na Lei nº 8.666/1993 (§ 13, art. 3º): a margem de preferência referente ao mercado nacional, previstas no art. 3º, §§ 5º a 12, conforme o § 13 do mesmo artigo, deverá ser divulgada na Internet a cada exercício financeiro a relação das empresas favorecidas com esse tratamento, com a indicação do montante de recursos recebidos por cada uma delas.

Foram essas nossas considerações acerca da aplicação dos direitos de preferência em licitações.

