



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO  
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO

DEPARTAMENTO DE COORDENAÇÃO E ORIENTAÇÃO DE ÓRGÃOS JURÍDICOS

PARECER Nº 076 /2012/DECOR/CGU/AGU

PROCESSO Nº 00441.002661/2010-61

INTERESSADO: Consultoria Jurídica da União no Estado de Minas Gerais

ASSUNTO: Legalidade das normas constantes do parágrafo único do art. 5º e dos incisos II e ss do art. 8º, do Decreto nº 7.174, de 12 de maio de 2010.

DIREITO DE PREFERÊNCIA NAS LICITAÇÕES PARA CONTRATAÇÃO DE BENS E SERVIÇOS DE INFORMÁTICA. LEGALIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 5º E DOS INCISOS II E SS. DO ART. 8º DO DECRETO 7.174/10.

I – o art. 5º do Decreto nº 7.174/2010 veio garantir a aplicação tanto da preferência prevista na Lei nº 8248/1991, quanto àquela assegurada pela Lei Complementar nº 123/2010.

II – A hipótese prevista no inciso II do art. 8º do Decreto nº 7174, de 2010, não estaria em conflito com a regra contida no § 2º da Lei nº 8248, de 1991, porquanto tal qual previsto no § 1º da LC nº 123, de 2006, embora se refira a empate, no sentido de equivalência de preços, utilizam-se do empate *facto*, para fins de melhor atendimento da norma.

Senhor Diretor,

1. Cuidam os autos de pedido formulado pelo então Núcleo de Assessoramento Jurídico em Belo Horizonte - MG, atual, Consultoria Jurídica da União no Estado de Minas Gerais, para uniformização de entendimento quanto à suposta ilegalidade das normas constantes do parágrafo único do art. 5º e dos incisos II e ss do art. 8º, do Decreto nº 7.174, de 2010.

2. Inicialmente é preciso esclarecer que para apreciação do pedido em destaque foi necessário solicitar, por mais de uma vez, manifestação da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação - SLTI/MPOG e da Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, uma vez que as respostas preliminares apresentadas não abordaram especificamente a questão dos autos. Ulimada a instrução do processo, verificou-se que referidos órgão, em síntese, se posicionaram no sentido da legalidade de tais normas.

3. É o breve relatório, manifesto-me.

4. Conforme visto o questionamento diz respeito à validade de regras contidas no Decreto nº 7.174, de 2010, que trata da regulamentação da *"contratação de bens e serviços de informática e automação pela administração pública federal, direta ou indireta, pelas fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público e pelas demais organizações sob o controle direto ou indireto da União"*.

5. Quanto à suposta ilegalidade do parágrafo único do art. 5º do Decreto nº 7.174, de 2010, sustentou a CJU/MG que *"a Lei Complementar nº 123/06 concedeu às micro empresas e empresas de pequeno porte o direito, em licitações públicas, de serem convocadas para apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do"*

23

Setor de Autarquias Sul (5A5), Quadra 3, Lotes 05 e 06, 13º andar, sala 1317, CEP 70070-030, Brasília (DF)  
Telefone: (61) 2026-8646/4606 Endereço eletrônico: [agu.decor@agu.gov.br](mailto:agu.decor@agu.gov.br)



certame, quando ofertarem lance (ou proposta) final superior até 5% (cinco por cento) da proposta vencedora”, com isso, entende que a criação de privilégios somente poderá ocorrer por lei.

6. Sobre isso enfatizou a CONJUR/MP:

“o art. 5º do Decreto nº 7.174/2010 veio garantir a aplicação tanto da preferência prevista na Lei nº 8.248/1991, quanto àquela assegurada pela Lei Complementar nº 123/2010”

7. Entendo, salvo melhor juízo, que assiste razão à CONJUR/MP. Eis o que disciplina o parágrafo único do art. 5º do Decreto nº 7.174, de 2010:

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.

Parágrafo único. As microempresas e empresas de pequeno porte que atendam ao disposto nos incisos do caput terão prioridade no exercício do direito de preferência em relação às médias e grandes empresas enquadradas no mesmo inciso.

8. De fato, há comando constitucional expresso, no sentido de que seja dado tratamento favorecido às empresas de pequeno porte. Vejamos:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação da EC 06/1995)

9. Ademais, a própria regra do art. 47 da LC nº 123, de 2006, prevê:

Art. 47. Nas contratações públicas da União, dos Estados e dos Municípios, poderá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica, desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente.

10. Com efeito, se a própria LC 123, de 2006, prevê a possibilidade de ser concedido *tratamento diferenciado e simplificado para as micro empresas e empresas de pequeno porte* em outras hipóteses, a regra contida no parágrafo único do art. 5º do Decreto nº 7.174, de 2010, portanto, não estaria a exorbitá-la, conforme aventado.

11. Sobre o assunto, convém destacar o seguinte o julgado extraído do repertório jurisprudencial do Tribunal de Contas da União, onde há referência a respeito da aplicabilidade do mencionado artigo:

\*Representação formulada em razão de possíveis irregularidades cometidas pela Companhia de Pesquisa de Recursos Minerais (CPRM) na condução do Pregão



Eletrônico 0081/Serafi-RJ/2011, cujo objeto é o registro de preços para aquisições futuras de microcomputadores e notebooks. Caso de necessária previsão de procedimentos no certame para garantir a possibilidade de exercício de preferência por parte de fornecedores de bens e serviços de informática com tecnologia desenvolvida no País e/ou produzidos de acordo com o Processo Produtivo Básico - PPB]

[ACÓRDÃO]

9.3. alertar a Companhia de Pesquisa de Recursos Minerais (CPRM), para que, em futuras licitações, não ocorra a inobservância, a exemplo da condução do Pregão Eletrônico n. 0081/Serafi-RJ/2011;

[...]

9.3.2. dos arts. 5º e 8º do Decreto 7.174/2011, em virtude da não previsão de procedimentos no certame para garantir a possibilidade de exercício de preferência por parte de fornecedores de bens e serviços de informática com tecnologia desenvolvida no País e/ou produzidos de acordo com o Processo Produtivo Básico - PPB;

[RELATÓRIO]

3.12 O teor da Impugnação administrativa apresentada à CPRM (peça 1, p. 3), assim como da representação ora analisada no âmbito do TCU (peça 1, p. 1-2), versa sobre o descumprimento do artigo 5º do Decreto 7.174/2010, uma vez que a estatal não teria feito constar do instrumento convocatório previsão para o exercício de preferência para fornecedores de bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País e/ou produzidos de acordo com o processo produtivo básico (PPB).

b.2)

3.13 Cabe, inclusive, destacar que o Decreto 7.174/2010, que regulamenta a contratação de bens e serviços de informática e automação pela administração pública federal, dispõe em seu artigo 1º que: Art. 1º As contratações de bens e serviços de informática e automação pelos órgãos e entidades da administração pública federal, direta e indireta, pelas fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público e pelas demais organizações sob o controle direto ou indireto da União, serão realizadas conforme o disciplinado neste Decreto, assegurada a atribuição das preferências previstas no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, e na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

3.14 Assim, resta evidente a sua aplicabilidade às aquisições de bens e serviços de informática promovidas pela CPRM, uma vez que se trata de estatal cujo controle é exercido diretamente pela União.

[...]

3.17 Assim, do teor do referido decreto fica claro que os instrumentos convocatórios para aquisição de bens e serviços de informática e automação devem conter cláusulas e previsões de procedimentos que garantam a observância do exercício de preferência por parte de fornecedores de produtos com tecnologia desenvolvida no País e/ou produzidos de acordo com o Processo Produtivo Básico (PPB), nos termos dos artigos 5º e 8º.

[...]

3.30 Pelo exposto, julga-se que a representação deve ser considerada procedente. Contudo, reputa-se suficiente propor, nos termos da Portaria-Segecex 13/2011, que seja dada ciência à CPRM acerca da inobservância, na condução do Pregão Eletrônico n. 0081/Serafi-RJ/2011, dos artigos 12 do Decreto 3.555/2000 e 18 do Decreto 5.450/2005, em face do não conhecimento, por intempestividade, da impugnação interposta pela empresa Primeiro Time Informática Ltda, e dos artigos 5º e 8º do Decreto 7.174/2011, em face da não previsão de procedimentos no certame para garantir a possibilidade de exercício de preferência por parte de fornecedores de bens e serviços de informática com tecnologia desenvolvida no País e/ou produzidos de acordo com o Processo Produtivo Básico (PPB). (AC-2167-34/11-P Sessão: 17/08/11 Grupo: II Classe: VII Relator: Ministro RAIMUNDO CARREIRO - Fiscalização)

12. Por fim, em relação aos incisos II e seguintes do art. 8º do Decreto nº 7.174, de 2010, sustenta a CJU/MG que "o Decreto mistura o critério de desempate previsto no art. 3º da Lei nº 8248/91 com o direito de dar o último lance concedido pela LC nº 123/06".

13. Na sequência destacou: "Observe-se que o critério de desempate previsto no Decreto somente pode ser aplicado quando houver efetivo empate, que significa, nos



termos do art. 3º, § 2º da Lei nº 8248/91, condições equivalentes de prazo de entrega, suporte de serviços, qualidade, padronização, compatibilidade e especificação de desempenho e preço". Portanto, empate é somente quando duas ou mais empresas ofertarem o mesmo preço".

14. Sobre isso, informou a SLTI/MPOG: "Considera-se que a margem de 10% (dez por cento) corresponde a condições de preço semelhante, e, portanto, caso não houvesse tal margem, e se o empate tivesse que ser rigorosamente igual, a preferência prevista restaria letra morta, sem a real efetividade de tal legislação".

15. Filio-me ao entendimento esboçado pela SLTI/MPOG. Eis o que dispõem o Decreto nº 7.174, de 2010 e a Lei nº 8248, de 1991:

Decreto nº 7.174, de 2010

Art. 8º O exercício do direito de preferência disposto neste Decreto será concedido após o encerramento da fase de apresentação das propostas ou lances, observando-se os seguintes procedimentos, sucessivamente:

I - aplicação das regras de preferência para as microempresas e empresas de pequeno porte dispostas no Capítulo V da Lei Complementar nº 123, de 2006, quando for o caso;

II - aplicação das regras de preferência previstas no art. 5º, com a classificação dos licitantes cujas propostas finais estejam situadas até dez por cento acima da melhor proposta válida, conforme o critério de julgamento, para a comprovação e o exercício do direito de preferência;

III - convocação dos licitantes classificados que estejam enquadrados no inciso I do art. 5º, na ordem de classificação, para que possam oferecer nova proposta ou novo lance para igualar ou superar a melhor proposta válida, caso em que será declarado vencedor do certame;

IV - caso a preferência não seja exercida na forma do inciso III, por qualquer motivo, serão convocadas as empresas classificadas que estejam enquadradas no inciso II do art. 5º, na ordem de classificação, para a comprovação e o exercício do direito de preferência, aplicando-se a mesma regra para o inciso III do art. 5º, caso esse direito não seja exercido; e

V - caso nenhuma empresa classificada venha a exercer o direito de preferência, observar-se-ão as regras usuais de classificação e julgamento previstas na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, e na Lei no 10.520, de 17 de julho de 2002.

§ 1º No caso de empate de preços entre licitantes que se encontrem na mesma ordem de classificação, proceder-se-á ao sorteio para escolha do que primeiro poderá ofertar nova proposta.

§ 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.

§ 3º Para o exercício do direito de preferência, os fornecedores dos bens e serviços de Informática e automação deverão apresentar, junto com a documentação necessária à habilitação, declaração, sob as penas da lei, de que atendem aos requisitos legais para a qualificação como microempresa ou empresa de pequeno porte, se for o caso, bem como a comprovação de que atendem aos requisitos estabelecidos nos incisos I, II e III do art. 5º.

§ 4º Nas licitações na modalidade de pregão, a declaração a que se refere o § 3º deverá ser apresentada no momento da apresentação da proposta.

§ 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. *my*



Lei nº 8248, de 1991

Art. 3ª Os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta ou indireta, as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público e as demais organizações sob o controle direto ou indireto da União darão preferência, nas aquisições de bens e serviços de informática e automação, observada a seguinte ordem, a: (Redação dada pela Lei nº 10.176, de 2001)

I - bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País; (Redação dada pela Lei nº 10.176, de 2001)

II - bens e serviços produzidos de acordo com processo produtivo básico, na forma a ser definida pelo Poder Executivo. (Redação dada pela Lei nº 10.176, de 2001)

§ 1º Revogado. (Redação dada pela Lei nº 10.176, de 2001)

§ 2º Para o exercício desta preferência, levar-se-ão em conta condições equivalentes de prazo de entrega, suporte de serviços, qualidade, padronização, compatibilidade e especificação de desempenho e preço. (Redação dada pela Lei nº 10.176, de 2001)

16. Do exposto, pode-se inferir o entendimento de que será utilizada a regra contida no inciso I, do art. 8º do Decreto nº 7174, de 2010, quando houver propostas de *médias e grandes empresas*.

17. Não havendo a participação de médias e grandes empresas, passa-se então aos critérios contidos nos incisos II e seguintes, de modo a escolher, de acordo com os critérios firmados, inclusive em relação ao *preço*, aquela que atenda ao disposto na Lei nº 8.248, de 1991.

18. A hipótese prevista no inciso II do art. 8º do Decreto nº 7174, de 2010, portanto, a meu ver, não estaria em conflito com a regra contida no § 2º da Lei nº 8248, de 1991, porquanto tal qual previsto no § 1º da LC nº 123, de 2006, embora se refira a empate, no sentido de equivalência de preços, utilizam-se do empate *facto*, para fins de melhor atendimento da norma, em razão da improvável existência de mais de uma proposta com o idêntico valor. Parece-me também ser esse o escopo da norma contida no inciso I, do art. 8º do Decreto nº 7174, de 2010.

19. Sobre a aplicabilidade da regra contida no art. 8º do Decreto nº 7174, de 2010, destaque-se o seguinte julgado do Tribunal de Contas da União:

"Representação. Licitação. Direito de Preferência. Direito de preferência é concedido primeiramente às ME/EPP e depois é que se aplicam as regras da Lei 8.248/91 [VOTO]

No tocante à preferência de microempresas e empresas de pequeno porte (ME/EPP), ilens 6.8 a 6.8.2 do edital, é indevido o questionamento da representante, haja vista que o edital disciplinou tal prerrogativa à luz do Capítulo V da Lei Complementar nº 123/2006.

Quanto à alegada falta de regra para o exercício do direito de preferência dos produtos nacionais no processo licitatório, assiste razão à representante. O objeto do pregão trata, de fato, de prestação de serviço correspondente à disponibilização de gerador e no-break, acrescidos das atividades necessárias para assegurar o regular funcionamento dos equipamentos, tornando obrigatória a preferência descrita no art.

<sup>1</sup> Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

§ 2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.



3ª da Lei nº 8.248/91.  
 Todavia, como bem anotado pela Unidade técnica, nos termos do art. 8º do Decreto nº 7.174/2010, o exercício do direito de preferência será concedido, em primeiro lugar, para as ME/EPP dispostas no supramencionado Capítulo V da Lei Complementar nº 123/2006 (inciso I). Apenas depois é que se aplicam as regras de preferência nos termos do disposto no art. 3º da Lei nº 8.248/91, quando existirem fornecedores de bens e serviços com tecnologia desenvolvida no país cuja proposta seja até 10% acima da melhor proposta válida (incisos II, III e IV).

[ ACÓRDÃO ]

9.3. No mérito, considerar parcialmente procedente a representação formulada por RTA - Comércio e Serviços de Assistência Técnica Ltda;  
 9.4. Alertar o Serpro - Regional São Paulo quanto às seguintes impropriedades:  
 9.4.1. falta de regras no edital do pregão eletrônico nº 964/2010 para o exercício do direito de preferência dos produtos nacionais, decorrente do descumprimento do art. 3º da Lei nº 8.248/91 e do art. 8º, Incisos II, III e IV, do Decreto nº 7.174/2010, conforme tratado nos itens 13 a 22 da instrução fls. 76/80 e no voto deste Acórdão;  
 (AC 4056-23/10-1; Sessão: 06/07/10 Grupo: II Classe: VI Relator: Ministro WALTON ALENCAR RODRIGUES – Fiscalização)

20. Ante o exposto, em consonância com o entendimento apresentado pela SLTI/MP e pela CONJUR/MP, parecem-me, salvo melhor juízo, que não padecem de ilegalidade as normas constantes do parágrafo único do art. 5º e dos incisos II e ss do art. 8º, do Decreto nº 7.174, de 2010.

21. Ultimada a aprovação da matéria, recomenda-se a cientificação da CJU/MG e da CONJUR/MP, do entendimento que vier a ser adotado.

À consideração superior.

Brasília, 19 de abril de 2012.

*Márcia Cristina Novais Labanca*  
 Márcia Cristina Novais Labanca  
 Advogada da União  
 Coordenadora-Geral de Orientação do DECOR/CGU/AGU