

O direito de preferência no pregão de bens e serviços de informática e automação

Antônio José Camilo do Nascimento
Advogado da CAIXA em Brasília

RESUMO: O texto aborda a evolução do direito de preferência nas licitações de bens e serviços de informática e automação, à vista das alterações normativas que regulam a matéria e das decisões do Tribunal de Contas da União. A abordagem se inicia com a previsão do artigo 171 da Constituição Federal de 1988, regulado pela Lei 8.248/1991. Em seguida noticia as discussões jurídico-doutrinárias sobre os efeitos da revogação do citado artigo 171 da Lei Maior pela Emenda Constitucional nº 06/1995. Prossegue pela análise das alterações da Lei 8.248/1991 pela Lei 10.176/2001 e pela Lei 11.077/2004, à vista dos entendimentos expendidos pelo TCU acerca de tais alterações.

Palavras-chave: Informática. Pregão. Direito de preferência.

1 Introdução

A proteção de setores econômicos estratégicos e, ao mesmo tempo, vulneráveis à concorrência estrangeira tem sido um traço comum na evolução da economia mundial. No Brasil, os exemplos mais marcantes são a indústria automobilística e a área industrial da chamada tecnologia da informação ou simplesmente TI, que engloba, dentre outras, a informática, a automação, a eletroeletrônica e a robótica.

Esses setores da economia sempre foram alvos de políticas protecionistas, traduzidas, no primeiro momento, num ostensivo controle governamental das importações, que resultava numa verdadeira reserva do mercado interno, já que as importações se tornavam proibitivas, quer pela alta carga tributária incidente, quer em razão das praticamente intransponíveis exigências alfandegárias ou até mesmo a proibição da importação.

2 A previsão constitucional do direito de preferência em função da origem do capital da empresa

Com o avanço da globalização da economia mundial fez-se necessário elidir barreiras, para poder participar mais intensivamente nas relações comerciais. Contudo, não se olvidou de manter algum tipo de proteção para economia nacional. Nesse sentido, a ordem constitucional inaugurada em 1988 instituiu tratamento preferencial ao que conceituou "empresa brasileira de capital nacional" (conceito fixado em função da origem do capital), estabelecendo em seu favor benefícios diretos e indiretos, dentre eles o chamado direito de preferência nas compras realizadas pelo poder público, conforme se pode ver na redação originária do Art. 171, da Constituição Federal de 1988, *ipsis*:

Art. 171. São consideradas:

I - empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País;
II - empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades.

§ 1º - A lei poderá, em relação à empresa brasileira de capital nacional:

I - conceder proteção e benefícios especiais temporários para desenvolver atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País;

II - estabelecer, sempre que considerar um setor imprescindível ao desenvolvimento tecnológico nacional, entre outras condições e requisitos:

a) a exigência de que o controle referido no inciso II do "caput" se estenda às atividades tecnológicas da empresa, assim entendido o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para desenvolver ou absorver tecnologia;

b) percentuais de participação, no capital, de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou entidades de direito público interno.

§ 2º - Na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional. (grifamos).

3 A regulamentação na legislação ordinária

No setor de informática e automação, o direito de preferência assegurado no § 2º do artigo 171, da Carta Magna de 1988, supra transcrito, foi regulado pela Lei nº. 8.248/91, que dispõe sobre a capacitação e competitividade daquele segmento da economia nacional. O artigo 3º da referida lei, em sua redação original, preceituava o seguinte:

Art. 3º 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, nos termos do § 2º do artigo 171 da Constituição Federal, aos produzidos por empresas brasileiras de capital nacional, observada a seguinte ordem:

I - bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País;

II - bens e serviços produzidos no País, com significativo valor agregado local.

§ 1º Na hipótese da empresa brasileira de capital nacional não vir a ser objeto desta preferência, dar-se-á aos bens e serviços fabricados no País preferência em relação aos importados, observado o disposto no § 2º deste artigo.

§ 2º Para o exercício desta preferência, levar-se-á em conta condições equivalentes de prazo de entrega, suporte de serviços, qualidade, padronização, compatibilidade e especificação de desempenho e preço.

4 A revogação do fundamento constitucional originário e o novo fundamento do direito de preferência

Em 15/08/1995, foi editada a Emenda Constitucional nº 06, que revogou o artigo 171 da Lei Maior. Com isso, o direito de preferência concedido em função da origem do capital da empresa perdeu seu fundamento constitucional de validade, ensejando a discussão jurisprudencial e doutrinária acerca da revogação ou não do artigo 3º da Lei nº 8.248/91, regulamentado pelo Decreto nº 1.070, de 02/03/1994.

Nos primeiros posicionamentos doutrinários a respeito, as opiniões se dividiram. Houve entendimentos no sentido de que a citada Emenda Constitucional revogou todo e qualquer dispositivo legal infraconstitucional que tratava do direito de preferência nas licitações de bens e serviços de

informática. Outros defenderam que a revogação se dera apenas daqueles dispositivos que previam direito de preferência fundado na distinção da empresa em razão da origem de seu capital, perdurando a vigência dos demais, com apoio em outros dispositivos da Constituição.

A tese da revogação foi acolhida pelo Egrégio Tribunal de Contas da União, na Decisão nº 456/2000 - Plenário, cuja ementa se transcreve:

Representação formulada por pessoa física. Possíveis irregularidades no Tribunal Superior Eleitoral. Licitação. Aquisição de urnas eletrônicas. Não inclusão no edital de critérios previstos em lei. Inaplicação do direito de preferência para aquisição de produtos de informática com tecnologia nacional. Derrogação de legislação sobre a matéria. Exigência de que os profissionais listados tenham vínculo jurídico com a licitante no momento da habilitação. Exigência referente à integralização do capital social mínimo. Conhecimento. Improcedência. Determinação. - Licitação. Direito de preferência. Emenda Constitucional 6/95. Análise da matéria.¹ (grifamos)

Tal decisão foi prolatada na sessão do dia 31/05/2000. Dias, antes, o Presidente da República editara a Medida Provisória nº 2.026, instituindo a "modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns", conforme se extrai da literalidade de sua ementa. Os artigos 1º e 2º da referida MP trouxeram, respectivamente, a definição do que se deveria entender por bens e serviços comuns e o conceito legal da nova modalidade de licitação, *verbis*:

Art. 1º - Para aquisição de bens e serviços comuns, a União poderá adotar licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Medida Provisória.

§ 1º - Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

§ 2º - O regulamento disporá sobre os bens e serviços comuns de que trata este artigo.

Art. 2º - Pregão é a modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns, promovida exclusivamente no âmbito da União, qualquer que seja o valor estimado da contratação, em que a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances em sessão pública.

§ Único. Poderá ser realizado o pregão por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, nos termos de regulamentação específica.

A citada Medida Provisória foi regulamentada pelo Decreto nº 3.555, de 08/08/2000, cuja redação originária não continha previsão expressa acerca do uso do pregão para de aquisição bens e serviços de informática ou do direito de preferência. Mas isso foi por pouco tempo. Em 20 de dezembro do mesmo ano, foi editado o Decreto nº 3.693, que acrescentou os §§ 3º a 5º ao artigo 3º do regulamento aprovado pelo Decreto nº 3.555, regulando o direito de preferência no âmbito do pregão. Eis os termos:

Art. 3º...

§ 3º - Os bens de informática adquiridos nesta modalidade, referidos no item 2.5 do Anexo II, deverão ser fabricados no País, com significativo valor agregado local, conforme disposto no artigo 3o da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, e regulamentado pelo Decreto no 1.070, de 2 de março de 1994.

§ 4º - Para efeito de comprovação do requisito referido no parágrafo anterior, o produto deverá estar habilitado a usufruir do incentivo de isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, de que trata o artigo 4º da Lei nº 8.248, de 1991, nos termos da regulamentação estabelecida pelo Ministério da Ciência e Tecnologia.

§ 5º - Alternativamente ao disposto no § 4º, o Ministério da Ciência e Tecnologia poderá reconhecer, mediante requerimento do fabricante, a conformidade do produto com o requisito referido no § 3º.

Em janeiro de 2001, ou seja, menos de um mês após a alteração do regulamento do pregão, foi promulgada a Lei nº 10.076/01, a nova Lei de Informática, que alterou o Art. 3º da Lei nº 8.248/91, dando-lhe a seguinte redação:

Art. 3º 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:

I - bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País;

II - bens e serviços produzidos de acordo com processo produtivo básico, na forma a ser definida pelo Poder Executivo.

§ 1º - Revogado.

§ 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.

De se esclarecer que o Processo Produtivo Básico - PPB "é o conjunto mínimo de operações, no estabelecimento fabril, que caracteriza a efetiva industrialização de determinado produto", a teor do que dispõe o artigo 7º, § 8º, alínea "b", do Decreto-Lei nº 288/67, com a redação dada pela Lei nº 8.387/91. O PPB é definido por espécie de produto, em portaria conjunta dos Ministros de Estado do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior e da Ciência e Tecnologia, conforme prevê o citado § 1º do Art. 1º do Decreto nº 3.800/01, *litteris*:

Art. 1º ...

§ 1º Os benefícios fiscais somente incidirão sobre os bens de informática e automação de que tratam os §§ 1º e 2º do artigo 4º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, que sejam produzidos no País e que estejam em conformidade com o Processo Produtivo Básico - PPB estabelecido em portaria conjunta dos Ministros de Estado do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior e da Ciência e Tecnologia." (grifamos)

Avaliando os efeitos que a mudança legislativa trazida pela nova Lei de Informática produziu sobre o direito de preferência no âmbito do pregão, Marçal Justen Filho pugna de forma contundente pela supressão da vigência dos §§ 3º, 4º e 5º, do artigo 3º, do Regulamento do Pregão. Para o presente trabalho, interessa mais a opinião do renomado mestre acerca do primeiro dispositivo referido, o § 3º, *litteris*:

A regra do § 3º do regulamento federal encontra fundamento na solução da redação antiga do artigo 3º da Lei nº 8.248. Ali se previu que os bens a serem adquiridos através do Pregão tinham de 'ser fabricados no País, com significativo valor agregado local, conforme disposto no artigo 3º da Lei nº 8.248'. Ora, a Lei nº 10.176/2001 deu nova redação ao artigo 3º, eliminando a fórmula explicitamente referida no regulamento federal. Ou seja, os be-

nefícios da nova Lei de Informática não se vinculam mais à solução de fabricação no Brasil com significativo valor agregado local. Não mais se alberga no ordenamento brasileiro o conceito de 'significativo valor agregado local', o que exige enfrentar-se (e superar-se) impasse complexo. A nova Lei de Informática sequer condiciona o benefício à mera fabricação no Brasil, eis que o relevante é a utilização de tecnologia desenvolvida no país. Tornou-se impossível aplicar o artigo 3º, § 3º, do regulamento federal porque isso importaria a ultravigência do dispositivo revogado. O regulamento federal restringiu-se a determinar a incidência ao campo do pregão de uma determinada regra legal. Suprimida tal regra, não há fundamento para manter-se sua aplicação em qualquer órbita jurídica. Como decorrência, o § 3º do artigo 3º do regulamento federal perdeu a vigência simultaneamente com a revogação da redação anterior do artigo 3º da Lei nº 8.248.² (Grifamos).

O Tribunal de Contas da União, entretanto, no Acórdão nº 740/2004 - Plenário, prolatado em 26/05/2004, entendeu que, com o advento da nova Lei de Informática (Lei nº 10.176/2001), "ganhou relevo a tese de que o direito de preferência foi mantido em nosso ordenamento, devendo sua aplicabilidade ser analisada em processos específicos, que tratem de casos concretos nos quais possa ser invocado, ou em processo de consulta"³.

Por fim, nova alteração legislativa foi feita no artigo 3º da Lei nº 8.248/91, pela Lei nº. 11.077, de 30/12/2004, que lhe acrescentou o § 3º, dispondo:

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 artigo 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.

A imprecisão redacional do novel dispositivo legal deu azo a entendimentos discordantes acerca de sua aplicação aos certames licitatórios. Contudo, o tema foi discutido quase que somente nos periódicos especializados em licitações, em respostas a consultas, pareceres e arti-

gos. Em relação ao fundamento de validade da inovação legal, por exemplo, as opiniões posições oscilaram entre total inconstitucionalidade e a plena conformidade com a Lei Maior. Quanto ao alcance e à eficácia, defendeu-se desde a inaplicabilidade do dispositivo por falta de regulamentação até a sua aplicabilidade imediata, com o entendimento de que a modalidade Pregão, para aquisição de bens e serviços comuns de informática, estava restrita às empresas que cumpriam o PPB (para as demais, deveria ser adotado obrigatoriamente o tipo de licitação "técnica e preço", em obediência ao § 4º do artigo 45 da Lei nº 8.666/93).

Na doutrina tradicional, esse último entendimento mereceu a acolhida do mestre Marçal Justen Filho. No estilo que lhe é peculiar, ele aborda tais questões nos seguintes termos:

Ocorre que, em dezembro de 2004, foi editada a Lei nº 11.077, que introduziu inúmeras alterações no regime da Lei nº. 10.176. Aquela que despertou maior atenção, relativamente ao tema da licitação, foi a nova redação dada ao artigo 3º, § 3º da Lei nº 8.248. Tratou-se de incluir, em nível legislativo, a regra que fora veiculada por meio do Dec. 3.693.

A questão interessa, basicamente, à disciplina do pregão. Mas cabe anotar que a inovação foi extremamente infeliz, atingindo às raias da inconstitucionalidade. A solução consagrada na Lei nº 10.176 era mais adequada: assegurar benefícios fiscais para empresas que exercitassem atividades no interesse da Nação brasileira, o que propiciaria a obtenção do menor preço para a Administração. A nova regra restringiu as contratações por meio de pregão para produtos que tivessem obtido certos benefícios fiscais. Isso significa a redução do universo de possíveis fornecedores para a Administração Pública - a qual poderá ser constrangida a adquirir produtos por preço superior aos existentes no mercado. Logo, a União instituiu uma sistemática inconstitucional, que apenas pode prejudicar a ela própria.

Com a edição do dispositivo, a Administração tem duas escolhas. Ou aplica a Lei nº 8.666 (e acabaria obrigada a promover licitação de técnica e preço, com forte tendência à aplicação do malfadado, inconstitucional e já revogado Dec. Fed. nº 1.070) ou adota o pregão. Se escolher esta última hipótese, é vedada a participação no certame de empre-

sa que pretenda ofertar produtos que não cumpram o chamado PPB (Processo Produtivo Básico).⁴ (Grifamos)

Sobre o novo dispositivo legal (§ 3º), acrescido ao artigo 3º da Lei nº 8.248/91 pela Lei nº 11.077/04, o nosso primeiro entendimento foi que ele instituiria mais um requisito de qualificação técnica, obrigatório para participantes de pregões que tinham por objeto a aquisição de bens e serviços de informática e automação, que se acrescia ao rol dos previstos no artigo 30, da Lei nº 8.666/93, nos termos do inciso IV, do mesmo artigo. Tal requisito consistia em a licitante comprovar que cumpria o Processo Produtivo Básico - PPB, conforme exigido na parte final do novel parágrafo acrescentado ao Art. 3º da Lei nº 8.248/1991. Para tanto, as empresas interessadas em participar dos pregões deveriam apresentar, juntamente com os documentos exigidos para a sua habilitação no certame, a portaria a que se refere o § 1º do Art. 1º do Decreto 3.800, de 20 de abril de 2001.

Posteriormente, manifestamo-nos no sentido de que § 3º do artigo 3º da Lei nº 8.248/1991 não restringiu a utilização da licitação na modalidade pregão apenas para a aquisição de bens de informática e automação. Vale dizer, o pregão poderia continuar sendo utilizado para todas as demais finalidades em que tal modalidade licitatória vinha sendo aplicada, ou seja, na contratação de fornecimento de bens e de prestação de serviços comuns enquadráveis na definição do § único do artigo 1º, da Lei nº 10.520/02. Na ocasião, entendemos também que a exigência de conformidade com o PPB não se aplicava aos pregões destinados à contratação da prestação de serviços de informática e automação, por ser o PPB - Processo Produtivo Básico conceito restrito a produtos industrializados, para efeitos de concessão de benefícios fiscais relacionados com o IPI - Imposto Sobre Produtos Industrializados.

Por definição legal, portanto, o PPB é atributo de produto - e somente de produto industrializado - tal como definido na legislação regente do IPI. O PPB, então, é atributo do objeto da proposta da licitante e não requisito de qualificação técnica dos interessados em participar do certame, restando superado o entendimento anterior, de que o PPB é requisito de qualificação técnica da licitante e que deve ser comprovado na sua habilitação para o certame. À vista disso, se apresenta como alternativa mais adequada que o comprovante de conformidade com o PPB em relação ao produto ofertado pela licitante seja apresentado juntamente com a proposta de preços, como requisito de classificação desta.

Para possibilitar a verificação, por parte do pregoeiro, do atendimento ao citado requisito, a licitante deverá indicar expressamente em sua proposta de preço a descrição detalhada de cada produto ofertado, abrangendo marca, modelo, versão, inclusive software(s), módulo(s) e componente(s) proprietários, quando houver, e demais características

técnicas que se mostrarem úteis à perfeita identificação do produto ofertado.

5 O PPB como fator de desempate no pregão

Em sessão realizada em 26/10/2005, o Tribunal de Contas da União, em resposta à consulta da Câmara dos Deputados quanto à possibilidade de afastamento da regra de preferência a que alude o artigo 3º da Lei nº 8.248/91, prolatou acórdão sobre a matéria, cuja ementa se transcreve:

9.1. Conhecer da consulta para respondê-la no sentido de que não é juridicamente possível afastar a aplicação da regra de preferência, de que trata o § 3º do artigo 3º da Lei 8.248/91, alterado pelas Leis nº 10.176/2001 e nº 11.077/2004, nos procedimentos licitatórios realizados sob a modalidade Pregão, cujo objeto seja o fornecimento de bens e serviços comuns de informática e automação, assim definidos pelo artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.520/2002, estando essas licitações restritas às empresas que cumpram o Processo Produtivo Básico, nos termos desta Lei e da Lei nº 8.387/1991;

9.2. nos processos licitatórios sob a modalidade Pregão que se destinem ao fornecimento de bens e serviços comuns de informática e automação, a Administração Pública Federal deverá adotar os seguintes procedimentos:

9.2.1. verificado empate entre propostas comerciais, adotar as providências a seguir:

9.2.1.1. primeiro, analisar se algum dos licitantes está ofertando bem ou serviço cuja tecnologia tenha sido desenvolvida no Brasil, a ser devidamente comprovada pelo interessado, conforme dispõe o artigo 9º da Lei nº 10.520/2002, c/c o artigo 45, § 2º, da Lei nº 8.666/93, devendo em tal hipótese ser aplicado o direito de preferência estabelecido no § 3º do artigo 3º da Lei nº 8.248/91, alterado pelas Leis nº 10.176/2001 e nº 11.077/2004;

9.2.1.2. persistindo o empate entre os licitantes, proceder ao sorteio previsto no artigo 45, § 2º, da Lei nº 8.666/93, aplicável subsidiariamente ao Pregão por força do artigo 9º da Lei nº 10.520/2002;

9.2.2. exigir dos licitantes, na etapa de habilitação do certame, a comprovação do cumprimento do Processo Produtivo Básico, conforme determina o

§ 3º do artigo 3º da Lei nº 8.248/91, alterado pelas Leis nº 10.176/2001 e nº 11.077/2004, definido nos termos da Lei 8.387/1991;

9.3. recomendar à Casa Civil da Presidência da República que harmonize o texto do § 3º do artigo 3º do Decreto nº 3.555/2000, introduzido pelo Decreto nº 3.693/2000, com o texto do § 3º do artigo 3º e seus parágrafos da Lei nº 8.248/1991, na redação dada pelas Leis nº 10.176/2001 e nº 11.077/2004.⁵

Do item 9.1 da decisão transcrita, infere-se haver sido ratificado o nosso entendimento no sentido da inafastabilidade da aplicação da regra de preferência de que trata o § 3º do Art. 3º da Lei nº 8.248/91, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.077/04. Contudo, mantendo-se fiel ao texto do referido dispositivo legal, a parte final do mesmo item sugere que bens e serviços comuns de informática e automação, que não atendam ao Processo Produtivo Básico, não poderiam ser adquiridos por intermédio da modalidade licitatória do pregão.

Em relação ao PPB, prevaleceu que o seu cumprimento era requisito de habilitação dos licitantes (subitem 9.2.2), entendimento já superado por nós, que já vínhamos pugnando a exigência de cumprimento do PPB nos editais como requisito de classificação das propostas. Na mesma decisão (item 9.2), o TCU estabeleceu um procedimento para ser adotado quando "verificado o empate entre propostas comerciais", sinalizando que o direito de preferência previsto no § 3º do Art. 3º da Lei nº 8.248/91 somente se aplicaria em tal situação.

A decisão sob comento foi objeto de embargos de declaração, apreciados pela Colenda Corte de Contas na sessão de 07/12/2005, na qual foi prolatado acórdão com a seguinte ementa (*ipsis*):

9.1 conhecer da consulta para respondê-la no sentido de que não é juridicamente possível afastar a aplicação da regra de preferência de que trata o artigo 3º da Lei nº 8.248/91, alterado pelas Leis nº 10.176/2001 e nº 11.077/2004, nos procedimentos licitatórios realizados sob a modalidade Pregão, cujo objeto seja o fornecimento de bens e serviços comuns de informática e automação, assim definidos pelo artigo 1º parágrafo único, da Lei nº 10520/2002, estando essas licitações franqueadas a todos os interessados, independentemente de desenvolverem bens e produtos com tecnologia nacional e cumprirem o Processo Produtivo Básico definido pela Lei nº 8.387, de 30 de dezembro de 2001;

9.2 esclarecer ao Consulente que é juridicamente possível a aquisição de bens e serviços comuns de informática e automação nas contratações realizadas por intermédio da modalidade Pregão, mesmo nas hipóteses em que não seja tecnicamente viável a aplicação da regra da preferência a que alude o artigo 3º da Lei nº 8.248/1991, com redação alterada pelas Leis nº 10.176/2001 e nº 11.077/2004, vale dizer, nas situações em que não haja licitantes que possam fornecer produto ou serviço com tecnologia desenvolvida no País ou não cumpram o Processo Produtivo Básico, assim definido pela Lei nº 8.387/1991;

9.3 nos processos licitatórios sob a modalidade pregão que se destinem ao fornecimento de bens e serviços comuns de informática e automação, a Administração Pública Federal deverá adotar os seguintes procedimentos:

9.3.1 verificado empate entre propostas comerciais, adotar as providências a seguir:

9.3.1.1 primeiro, analisar se algum dos licitantes está ofertando bem ou serviço que preencha simultaneamente às seguintes condições, hipótese em que deverá ser aplicado o direito de preferência estabelecido no artigo 3º da Lei nº 8.248/91 alterado pelas Leis nº 10.176/2001 e nº 11.077/2004:

a) bens e serviços com tecnologia desenvolvida no Brasil, a ser devidamente comprovada pelo interessado, conforme dispõe o artigo 9º da Lei nº 10.520/2002, c/c o artigo 45, § 2º, da Lei nº 8.666/93;

b) bens e serviço produzidos de acordo com processo produtivo básico, na forma definida pelo Poder Executivo (Lei nº 8.387/1991);

9.3.1.2 persistindo o empate entre as melhores propostas licitantes, ou comprovada a inviabilidade da aplicação da regra de preferência estabelecida pela redação atualizada do art.3º da Lei nº 8.248/1991, proceder ao sorteio da oferta que atenderá ao interesse público, observado o disposto do artigo 45, § 2º, da Lei nº 8.666/93, aplicável subsidiariamente ao pregão por força do artigo 9º da Lei nº 10.520/2002;

9.4 recomendar à Casa Civil da Presidência da República que harmonize o texto do § 3º do Decreto

nº 3.555/2000, introduzido pelo Decreto nº 3.693/2000, com o texto do § 3º do artigo 3º e seus parágrafos da Lei nº 8.248/1991, na redação dada pelas Leis nº 10.176/2001 e nº 11.077/2004;⁶

Nesse novo acórdão, o TCU manteve apenas a inafastabilidade da aplicação da regra de preferência do Art. 3º da Lei nº 8.248/91 (em sua nova redação), conforme consta na parte inicial do item 9.1. Mas esclarece que a participação nos pregões cujo objeto seja o fornecimento de serviços comuns de informática e automação é franqueada a todos os interessados, independentemente de desenvolverem bens ou produtos com tecnologia nacional ou cumprirem o Processo Produtivo Básico, conforme consta na parte final do mesmo item.

O item 9.2 da mesma decisão informa ser juridicamente possível a aquisição de bens e serviços de informática e automação nas licitações por meio de pregão, mesmo quando não se tratar de produto ou serviço com tecnologia desenvolvida no País ou que não cumpram o PPB. Em que pese o TCU não se reportar aos bens e serviços comuns que não sejam de informática ou automação, consideramos ratificado o nosso entendimento manifestado anteriormente, de que o Pregão é modalidade adequada para a licitação todo e qualquer fornecimento de bens e prestação de serviços comuns, desde que enquadráveis na definição do Parágrafo Único do artigo 1º, da Lei nº 10.520, de 17/07/2002, conforme já dito.

Por fim, no seu item 9.3, o novo acórdão trata das providências que deverão ser adotadas nos pregões que se destinem ao fornecimento de bens e serviços comuns de informática e automação, nas hipóteses em que se verificar empate entre propostas comerciais. O melhor entendimento que exsurge dessa parte da decisão, s.m.j., é que somente é necessário verificar se os bens e serviços de informática e automação ofertados pelo licitante são "bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País" ou "produzidos de acordo com o processo produtivo básico" no caso de "empate entre propostas comerciais", quando então será aplicada a regra do direito de preferência em comento.

Mas cabe destacar que o Egrégio Tribunal exige que se preencha as duas condições simultaneamente, e que a primeira condição seja devidamente comprovada pelo interessado, conforme dispõe o artigo 9º da Lei nº 10.520/2002, c/c artigo 45, § 2º, da Lei nº 8.666/93", conforme alínea "a" do subitem 9.3.1.1. O subitem seguinte dispõe que "persistindo o empate entre as melhores propostas licitantes, ou comprovada a inviabilidade da aplicação da regra de preferência estabelecida na redação atualizada do artigo 3º. da Lei nº 8.248/91, proceder-se-á ao sorteio da oferta que atenderá ao interesse público, observado o disposto no artigo 45, § 2º, da Lei nº 8.666/93, aplicável subsidiariamente ao pregão por força do artigo 9º da Lei nº 10.520/2002".

6 O direito de preferência na etapa de lances do pregão

Detalhe importante a considerar nessa decisão é que ela não cogita a hipótese de empate na etapa de lances do pregão, seja ele presencial seja por meio eletrônico. Aliás, em todo o acórdão sequer há referência a tal etapa dos procedimentos. Disso se pode inferir que, para a Colenda Corte de Contas, o direito de preferência somente seria exercitável até a etapa de classificação de propostas.

No entanto, é possível a ocorrência de empate entre lances na sessão competitiva do certame, seja no pregão presencial seja no eletrônico. Tanto é que o legislador se preocupou em dotar os dispositivos legais que regulam os dois procedimentos de sistemáticas que evitam ou resolvem a situação de empate entre lances ofertados.

No pregão presencial, o licitante só poderá apresentar lance verbal de valor inferior ao último apresentado⁷, com o que se evita que haja lances de mesmo valor. No pregão eletrônico, exige-se que o lance ofertado pelo licitante seja inferior apenas ao último ofertado por ele próprio. Em caso de dois ou mais lances iguais, prevalecerá "aquele que for recebido e registrado primeiro" pelo sistema⁸. Nesse caso, a situação se resolve dentro de um critério temporal.

Mas as duas sistemáticas têm um ponto comum: elas afastam, de pronto, a aplicação do direito de preferência na etapa de lances do pregão, seja ele presencial ou eletrônico, a despeito de ser possível se configurar a situação de empate entre lances, a ensejar ao beneficiário do direito de preferência o seu exercício.

É o caso, por exemplo, de tal beneficiário, no pregão presencial, apresentar lance de valor igual ao do último ofertado, que ele sabe referente a produto com tecnologia alienígena, o que torna possível a aplicação do direito de preferência de que trata o Art. 3º da Lei nº 8.248/91. Contudo, a hipótese é de pouca relevância nos tempos atuais, pois tal modalidade somente será utilizada nos casos de comprovada inviabilidade de se utilizar o meio eletrônico, conforme dispõe o Art. 4º, *caput* e parágrafos, do Decreto nº 5.450/2005.

Já no pregão eletrônico, o licitante poderá ofertar lance maior que o último registrado no sistema, desde que menor que o último por ele mesmo ofertado. Com isso, as chances de haver lances empatados são ampliadas, podendo ocorrer no decurso de toda etapa competitiva da sessão pública na Internet e culminar em mais de um lance final no mesmo valor, configurando-se o empate entre as melhores propostas e também entre as demais classificadas.

E aí se pergunta: o critério temporal do Decreto nº 5.450/2005 teria o condão de afastar o procedimento previsto na Lei nº 8.248/1991 (em sua redação atual), suprimindo a observância do direito de preferência previsto no artigo 3º da referida lei, nas hipóteses suscitadas? A nosso ver, não.

A uma porque, em se tratando de matéria delimitada e específica - o critério de desempate entre propostas de mesmo valor - não se mostra possível às disposições de um decreto elidirem a incidência, no mesmo caso, de um dispositivo da lei. Menos ainda quando este último tem natureza cogente.

A outra porque o simples fato de se aplicar na fase de lances o mesmo procedimento previsto na decisão do TCU em nada prejudicaria o andamento do certame licitatório ou a observância dos normativos que regem as licitações. Disso resulta a obrigatoriedade de se garantir, tanto no pregão presencial quanto no eletrônico, o exercício do direito de preferência do Art. 3º da Lei nº 8.248/91, nas duas fases de competição entre os licitantes previstas em seus procedimentos, ou seja, na classificação das propostas e na etapa de lances.

7 Conclusão

Diante do exposto, para melhor atender às disposições legais que regulam a matéria, cumpre às autoridades responsáveis pelos processos licitatórios na modalidade de pregão, que tenham por objeto o fornecimento de bens e serviços comuns de informática e automação, promover as alterações que se fizerem necessárias nos sistemas eletrônicos e nos editais, para possibilitar aos licitantes destinatários do direito de preferência previsto no artigo 3º da Lei nº 8.248/91 o exercício de tal direito, segundo o procedimento previsto no acórdão nº 2.138/2005 - Plenário, do TCU, item 9.3 e seus subitens, da decisão embargada.

Tal medida, além de prevenir questionamentos a editais de pregão, tanto na esfera judicial quanto extrajudicial, se mostra mais adequada para atender ao interesse público.

Notas

- 1 TCU, Decisão nº 456/2000 - Plenário. Relator: Min. Benjamim Zymler. D.O.U. de 13/06/2000.
- 2 JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico)**. São Paulo: Dialética, 2004, p.51.
- 3 TCU, Acórdão nº 740/2004-Plenário, Min. Ubiratan Aguiar, itens 16 e 17. Disponível em www.tcu.gov.br. Acesso em 26/06/2006.
- 4 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Dialética, 2005, p. 72.
- 5 TCU, Acórdão nº 1.707/2005 - Plenário, Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues, julgado em 26/10/2005.
- 6 TCU, Acórdão nº 2.138/2005 - Plenário, Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues, sessão de 07/12/2005.
- 7 Cf. artigo 4º, incisos VIII e IX da Lei nº 10.520/2002, e artigo 11, incisos VIII e IX do Decreto nº 3.555/00.
- 8 Cf. artigo 24, § 4º do Decreto nº 5.450/05.

Referências

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão nº 456/2000 - Plenário. Relator: Min. Benjamim Zymler, D.O.U. de 13/06/2000.

_____. Acórdão 740/2004 - Plenário. Relator: Min. Ubiratan Aguiar, D.O.U. 25/06/2004.

_____. Acórdão nº 1.707/2005. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues, 26 de Outubro de 2005. Disponível em <www.tcu.gov.br>. Acesso em 26/06/2006

_____. Acórdão nº 2.138/2005 - Plenário. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues, 07 de dezembro de 2005. Disponível em <www.tcu.gov.br>. Acesso em 26/06/2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

_____. **Pregão (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico)**. São Paulo: Dialética, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.