

Processo: 202300036002082

Nome: @nome_interessado_maiusculas@

Assunto: ANÁLISE RECURSAL

PARECER JURÍDICO GOINFRA/PR-PROSET-ANS-18760 Nº 466/2024

1. RELATÓRIO

1.1. Aportaram os autos nesta Procuradoria Setorial por intermédio do **Despacho 490 (62052143)**, tendo em vista os recursos interpostos pela sociedade empresária BECK DE SOUZA ENGENHARIA LTDA. (61849807) "considerando que a empresa DELANO CAVALCANTI CALIXTO EPP. utilizou do direito de preferência para apresentar nova proposta no caso de empate ficto envolvendo microempresa e empresa de pequeno porte (vide docs. 61052540, 61320450 e 61320486). Vale ressaltar que o Edital, especialmente em seus itens 7.16.8 e 7.16.9, admite o direito de preferência para ME/EPP nos casos de empate ficto".

1.2. É o breve relato, passa-se à análise jurídica.

2. FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

2.1. O RECURSO DA LICITANTE BECK DE SOUZA ENGENHARIA LTDA.

2.2. Em resumo, a licitante insurgiu-se em relação à Decisão da Comissão de Licitação tendo em vista que em uma licitação de técnica e preço não seria aplicável o direito de apresentar uma proposta mais favorável no caso de empate ficto, a qual fora manejada pela empresa DELANO CAVALCANTI CALIXTO EPP. Ainda, alega que o benefício não deveria ser concedido, pois não há outras empresas beneficiárias (inc. II do art. 49 da LC 123). Ademais, alega que pelo valor da licitação, segundo a nova lei de licitações (art. 4º, §1º II) não seria aplicável os arts. 42 a 49 da lei complementar n. 123.

2.3. AS CONTRARRAZÕES

2.4. Por sua vez, a empresa DELANO CAVALCANTI CALIXTO EPP apresentou contrarrrazões ao recurso alegando que não há declaração expressa da lei complementar quanto a sua aplicabilidade somente para licitação tipo menor preço, que a interpretação do art. 48, inc. II da LC 123 estaria equivocada, que a aplicação do benefício seria vantajosa a administração, e por fim que não seria aplicável as disposições da nova lei de licitações ao presente certame.

3. DA ANÁLISE DO CASO POSTO

3.1. Assim dispõe a Lei Complementar n. 123/06:

Art. 47. Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá 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. [\(Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014\) \(Vide Lei nº 14.133, de 2021\)](#)

Parágrafo único. No que diz respeito às compras públicas, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal. [\(Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014\)](#)

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública: [\(Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014\) \(Vide Lei nº 14.133, de 2021\)](#)

I - destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

I - deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais); [\(Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014\)](#)

II - em que seja exigida dos licitantes a subcontratação de microempresa ou de empresa de pequeno porte, desde que o percentual máximo do objeto a ser subcontratado não exceda a 30% (trinta por cento) do total licitado;

II - poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte; [\(Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014\)](#)

III - em que se estabeleça cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, em certames para a aquisição de bens e serviços de natureza divisível.

III - deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte. [\(Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014\)](#)

§ 1º [\(Revogado\)](#). [\(Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014\)](#)

§ 2º Na hipótese do inciso II do **caput** deste artigo, os empenhos e pagamentos do órgão ou entidade da administração pública poderão ser destinados diretamente às microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas.

§ 3º Os benefícios referidos no **caput** deste artigo poderão, justificadamente, 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. [\(Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014\)](#)

Art. 49. Não se aplica o disposto nos [arts. 47 e 48 desta Lei Complementar](#) quando: [\(Vide Lei nº 14.133, de 2021\)](#)

I - os critérios de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não forem expressamente previstos no instrumento convocatório;

I - [\(Revogado\)](#); [\(Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014\)](#). [\(Produção de efeito\)](#)

II - 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;

III - 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;

IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos [arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993](#), 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. [\(Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014\)](#)

3.2. A recorrente objetiva que seja adotado critério de valor máximo estimado para a participação das microempresas e empresas de pequeno porte com fundamento em dispositivo da nova Lei de Licitações. Entretanto, esta é expressamente inaplicável ao presente caso:

Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o [inciso II do caput do art. 193](#), a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso.

Parágrafo único. Na hipótese do **caput** deste artigo, se a Administração optar por licitar de acordo com as leis citadas no [inciso II do caput do art. 193 desta Lei](#), o contrato respectivo será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência.

3.3. Na hipótese, trata-se de licitação fundada na Lei n. 8.666/1993, razão pela qual não aplicável o dispositivo da Lei n. 14.133/2021.

3.4. Entretanto, não se ignora a necessidade de verificação da projeção do presente contrato sobre o faturamento da contratada. O Parecer Jurídico que analisou o edital da presente licitação assim orientou (**PARECER JURÍDICO GOINFRA/PR-PROSET-ANS-18760 Nº 815/2023 - evento SEI n. 53260580**):

Em relação à participação de Micro e Pequenas Empresas, consoante o Acórdão nº 2688/2019 – Processo nº 201900010008419/309-06/TCE/GO, **deve constar no edital a obrigação de ser consultado o Portal da Transparência estadual e o sistema SIOFI** para verificar se o somatório dos valores das ordens de pagamento recebidas por licitante detentor da proposta classificada em primeiro lugar que tenha usufruído do tratamento diferenciado previsto nos artigos 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/06, ultrapassam, no exercício anterior, os limites previstos no artigo 3º, incisos I II, da Lei Complementar nº 123, de 2006, ou o limite proporcional de que trata o artigo 3º, § 2º, do mesmo diploma, em caso de início de atividade no exercício considerado.

A consulta também abrangerá o exercício corrente, para verificar se o somatório dos valores das ordens bancárias por ela recebidas, até o mês anterior ao da sessão pública da licitação, extrapola os limites acima referidos, acrescidos do percentual de 20% (vinte por cento) de que trata o artigo 3º, §§ 9º-A e 12, da Lei Complementar nº 123, de 2006.

Desta forma, está correta a cláusula 11.10.3 da minuta de edital.

3.5. **Recomenda-se portanto que o setor técnico verifique o cumprimento das orientações acima dispostas, com a consulta ao Portal da Transparência estadual e ao SIOFI e verificação se o somatório dos valores das ordens de pagamento recebidas por licitante detentor da proposta classificada em primeiro lugar que tenha usufruído do tratamento diferenciado previsto nos artigos 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/06, ultrapassam, no exercício anterior, os limites previstos no artigo 3º, incisos I II, da Lei Complementar nº 123,**

de 2006, ou o limite proporcional de que trata o artigo 3º, § 2º, do mesmo diploma, em caso de início de atividade no exercício considerado. A consulta também abrangerá o exercício corrente, para verificar se o somatório dos valores das ordens bancárias por ela recebidas, até o mês anterior ao da sessão pública da licitação, extrapola os limites acima referidos, acrescidos do percentual de 20% (vinte por cento) de que trata o artigo 3º, §§ 9º-A e 12, da Lei Complementar nº 123, de 2006.

3.6. Com relação ao argumento da recorrente, que o inc. II art. 49 da Lei Complementar nº 123/06 afasta a aplicação do disposto nos seus artigos 47 e 48 quando não houver um mínimo de três fornecedores competitivos, enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte, sediados local ou regionalmente, capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório, não há provas que a licitante vencedora detenha exclusividade com ME/EPP na prestação do serviço contratado pela administração. Logo, tal premissa legal não deve ser aplicada ao caso posto.

3.7. Mas com relação à alegada inexistência do 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, a sua apreciação depende de uma análise de mercado. Trata-se portanto de questão eminentemente técnica, razão pela qual **recomenda-se que seja enfrentada de maneira fundamentada pela Diretoria de Obras Rodoviárias.**

3.8. Passa-se à análise da aplicabilidade do benefício às microempresas e empresas de pequeno porte à licitação por melhor técnica e preço. De início, apesar das construções literárias sobre o tema, inexistente vedação legal peremptória a tal benefício. Ademais, inexistente incompatibilidade lógica entre os institutos, tal qual se transcreve a seguir um recorte retirado do blog da Zênite (LICITAÇÃOOMICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - Publicado em 01 de dezembro de 2014 por Araune C. A. Duarte da Silva: Técnica e preço e o direito de preferência da ME/EPP's):

Entende-se cabível o exercício do direito de preferência em todos os tipos de licitação. O tratamento diferenciado às ME/EPPs é um direito constitucionalmente assegurado e, deste modo, não é possível vedar o exercício do direito de preferência em função do tipo da licitação escolhido pela Administração quando instaura uma licitação.

O tipo de licitação tem como função exclusiva determinar o critério de julgamento que será adotado na classificação das propostas, traduzindo a relação benefício-custo que busca a Administração Pública. Nesse sentido, o tipo de licitação adotado não pode condicionar o exercício de um direito constitucional, assim como a escolha do tipo da licitação não inviabiliza, de modo algum, o exercício do direito de preferência

Logo, é plenamente possível viabilizar o exercício do direito de preferência nas licitações realizadas sob o tipo técnica e preço. Entretanto, em que pese tal afirmação, o assunto não é unânime na doutrina, sendo que boa parte dos autores entende que não tem cabimento a aplicação do direito de preferência nas licitações de técnica e preço.

Importante destacar que viabilizar o exercício do direito de preferência em licitações que conjugam critérios técnicos e de preço parece trazer algumas dificuldades. Isso porque o critério que legitima o exercício do direito foi fixado levando em consideração o **fator** preço como parâmetro para desempate, o que conduz à errônea ideia de que somente se aplica no tipo menor preço, que utiliza apenas o **fator** preço para determinar a classificação final do certame.

Ter como possível a aplicação do direito de preferência nas licitações procedidas no tipo técnica e preço exige compreender que **o preço é apenas um parâmetro de desempate**. O preço é um dos fatores de julgamento que integram o tipo de licitação adotado, e, especificamente sobre esse **fator**, a Lei Complementar nº 123/06 estabeleceu o procedimento para o exercício do direito de preferência, o que não significa que esse direito somente poderá ser exercido no tipo de licitação menor preço, que tem como fator de julgamento preponderante o preço.

Repita-se: é preciso separar duas coisas que são distintas e não se confundem, ainda que tenham relação: tipo menor preço e fator preço.

Dito isso, resta claro que o fator de julgamento "preço" está presente também no tipo técnica e preço, motivo pelo qual o critério para exercício do direito de preferência não pode ser ignorado, mas adaptado ao procedimento.

Assim, a conclusão da autora é no sentido de que há cabimento e viabilidade do exercício do direito de preferência das ME/EPP's nas licitações cujo critério de julgamento é o tipo técnica e preço (<https://zenite.blog.br/tecnica-e-preco-e-o-direito-de-preferencia-das-meepp/>).

3.9. O Decreto Federal n. 8.538/2015 assim dispõe:

Art. 4º Art. 5º Nas licitações, será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

[...]

§ 8º Nas licitações do tipo técnica e preço, o empate será aferido levando em consideração o resultado da ponderação entre a técnica e o preço na proposta apresentada pelos licitantes, sendo facultada à microempresa ou empresa de pequeno porte melhor classificada a possibilidade de apresentar proposta de preço inferior, nos termos do regulamento.

3.10. Ademais, o próprio edital observou a regra de preferência de maneira expressa. Portanto, não tem razão a licitante impugnante.

4. CONCLUSÕES

4.1. Diante dos fatos e fundamentos apresentados, conclui-se:

4.2. a) Com relação aos aspectos jurídicos do recurso, opina-se pelo seu indeferimento;

4.3. b) Com relação aos aspectos técnicos do recurso, que podem influir a decisão, orienta-se ao setor técnico a análise apontada nos itens 3.5 e 3.7 deste Parecer Jurídico.

4.4. Repisa-se que cabe a esta Especializada prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não competindo adentrar na conveniência e oportunidade dos atos praticados no âmbito desta Agência, nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnico-administrativa. Salienta-se que a presente manifestação toma por base, exclusivamente, os elementos que constam até a presente data nos autos do processo administrativo em epígrafe.

4.5. É o parecer.

4.6. Ao consulente.

SETOR DE ANALISE DE EDITAL DO(A) AGÊNCIA GOIANA DE INFRAESTRUTURA E TRANSPORTES, aos 24 dias do mês de julho de 2024.



Documento assinado eletronicamente por **YURI MATHEUS ARAUJO PINHEIRO MATOS, Procurador (a) do Estado**, em 24/07/2024, às 10:57, conforme art. 2º, § 2º, III, "b", da Lei 17.039/2010 e art. 3ºB, I, do Decreto nº 8.808/2016.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site http://sei.go.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=1 informando o código verificador **62245589** e o código CRC **D7EDE391**.

SETOR DE ANALISE DE EDITAL

AVENIDA GOVERNADOR JOSÉ LUDOVICO DE ALMEIDA 20, S/C - Bairro CONJUNTO CAIÇARA - GOIANIA - GO - CEP 74775-013 - (62)3265-4043.



Referência: Processo nº 202300036002082



SEI 62245589