

AO ILUSTRÍSSIMO SENHOR JOSÉ VIANA ALVES FERRAZ DE AMORIM
GERENTE DE LICITAÇÃO DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DA AGÊNCIA GOIANA DE INFRAESTRUTURA E
TRANSPORTES – GOINFRA

Ref.: **CONCORRÊNCIA Nº 074/2023,**

Processo nº 202300036002082, sob o regime de execução de empreitada por preço unitário, do tipo técnica e preço, baseada nos termos da Lei Federal nº 8.666/93, na Lei Estadual nº 17.928 de 27 de dezembro de 2012, na Lei Complementar nº 123/06 e pelas disposições do Edital CO-074/2023

Objeto: *“Serviços de Engenharia para Supervisão das Obras de Terraplenagem, Pavimentação E Obras De Arte Especiais Da Rodovia Go-110, Trecho Iaciara/ Estiva, No Estado de Goiás, com Extensão de 50,18km.”*

DELANO CAVALCANTI CALIXTO-EPP, pessoa jurídica de Direito Privado, inscrita no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica sob o nº 01.061.639/0001/40, com endereço na Avenida T4, nº 1.476, sala A176, na cidade de Goiânia, Estado de Goiás, Telefone: (62) 3921-6606, e -mail: delanocalixto@gmail.com, que neste ato, é regularmente representado por seu Proprietário, Eng. Delano Cavalcanti Calixto, conforme CREA Nº 4.119/D-DF, CPF/MF Nº 152.413.781-20, vem interpor o presente **CONTRARRAZÕES AO RECURSO ADMINISTRATIVO**, interposto pela Licitante BECK DE SOUZA Engenharia Ltda., fazendo conforme as razões que passa a expor.

1. DA TEMPESTIVIDADE

Preliminarmente, salienta-se que nos termos do inciso 3º do Art. 109 da Lei 8.666/93, cabe impugnação ao recurso administrativo no prazo de 05 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de julgamento das propostas. Neste caso, a publicação do ato se deu em 28/06/2024, sendo assim, estas contrarrazões se acham tempestivas.

2. SINTESE DAS ALEGAÇÕES DA RECORRENTE

Em sua peça recursal, a Recorrente insurge contra a *decisão exarada pela Comissão Permanente de Licitação da Goinfra, que classificou a empresa Delano Cavalcanti Calixto EPP*, em primeiro lugar no Processo Licitatório nº 74/2023 alegando:

1º) que a decisão da Comissão, ao classificar em primeiro lugar a *empresa Delano Cavalcanti Calixto EPP* no mencionado certame, agiu em desconformidade com o estabelecido na Lei Federal nº 8.666/93, Lei Estadual nº 17.928/2012, Lei Complementar nº 123/2006 e disposições do Edital CO-74/2023, pela impossibilidade da aplicação do critério de desempate, na preferência de contratação para empresa de pequeno porte em licitação do tipo técnica e preço. Alegando que o referido benefício, garantido pela Lei 123/2006, somente é aplicado em licitações do tipo menor preço.

Baseia suas afirmações no art. 6º da Lei Estadual nº 17.928/2012, na Lei nº 8.666/93 e no item 7.16.7 do edital. Afirmando que houve reformulação do critério de julgamento neste certame;

2º) Alega, também, que o tratamento diferenciado, previsto no art. 47 da LC n. 123/2006, neste certame, *não deve prosperar, pois não houve um mínimo de três fornecedores competitivos enquadrados como empresa de pequeno porte, estabelecido pelo artigo 49, inciso II da mesma Lei*". Para sustentar essa argumentação, a Recorrente cita artigo 49 "caput" e inciso II, da LC 123/2006

Assevera que nesta licitação *"houve somente uma empresa de pequeno porte e que, mesmo admitindo-se a vantagem ao direito a desempate, este não traz vantagens para a administração pública, em uma proposta de valor com diferença irrisória de 1.002,90 reais."*

Não sendo vantajoso para Administração;

Declara que o fato de se ter apenas uma EPP em meio a várias outras empresas, e estas competindo em igualdade de condições de preços, a EPP *"espera" a revelação do menor preço dentre as concorrentes, sabendo que poderá igualá-lo em sua proposta e sagrar-se vencedora da concorrência*, e daí diminuir o seu preço o suficiente para se garantir como vencedora do certame.

3º) Traz que de acordo com o § 1º, 4º, da Lei 14.133/2021, as disposições constantes dos arts. 42 a 49 da LC nº 123/2006 não são aplicadas, pois no caso de contratação de obras e serviços de engenharia, às licitações cujo valor estimado for superior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte (atualmente R\$ 4.800.000,00), veda expressamente a aplicação do tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte neste certame. Alegando que a empresa ora Contrarrazoante deve ser desclassificada.

4º) Alega que a contratação com a *licitante Delano Cavalcanti Calixto-EPP não é vantajosa para a Goinfra*. Ao final requer o deferimento do seu recurso para a *não aplicação do tratamento diferenciado a ME e EPP, anulando-se o empate ficto e o direito de preferência exercido pela Recorrida, modificando, assim a decisão dessa Comissão de Licitação*.

3. DAS CONTRARRAZÕES DESTA EMPRESA RECORRIDA

3.1. DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS

"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. (art.47, caput da LC nº 123/2006)

A Lei 8.666/1993, aplicável ao presente certame licitatório, não previa originalmente nenhum tratamento especial às Microempresas-ME e Empresas de Pequeno Porte-EPP. Somente com a edição do Estatuto das ME-EPP, a Lei Complementar n. 123/2006, foram criadas normas gerais para o tratamento diferenciado e favorecido a tais empresas. Inclusive, quanto à preferência nas aquisições de bens e serviços pelos poderes públicos. Essas medidas, que constam dos arts. 42 a 49 da LC nº 123/2006, foram expressamente acolhidas pela Lei nº 14.133/2021 (art. 4º, caput).

Vale destacar aqui alguns pontos, afetos à licitação e contratação, relativos às Microempresas-ME e Empresas de Pequeno Porte-EPP, tais como: prevê a subcontratação de ME e EPP nas licitações de grande vulto, ou seja, aquelas de alto valor. Essa medida visa fortalecer as empresas de menor porte, permitindo que elas participem de projetos de maior magnitude e adquiram experiência e capacidade técnica; dispõem de prazo adicional para comprovação da regularidade fiscal e trabalhista no momento da habilitação em procedimentos licitatórios (LC 123: arts. 42 e 43) e a preferência de contratação em caso de empate de propostas (LC 123: arts. 44 e 45).

Ademais, o tratamento diferenciado e favorecido inclui as hipóteses de licitação exclusiva para microempresas e empresa de pequeno porte, de exigências no edital para que os vencedores subcontratem ME e EPP e do estabelecimento de cotas para fornecimento pelas ME-EPP de bens e serviços de natureza divisível (LC 173: arts. 47 e 48).

Vale salientar que as ME e EPP são responsáveis por mais de 25% do Produto Interno Bruto brasileiro e mais de 51% dos empregos com carteira assinada, seu papel é fundamental para o desenvolvimento econômico e social do Brasil. Assim, na contratação de ME-EPP encerra grande potencial positivo para todos: empresas, administração pública e sociedade.

3.2. DA APLICAÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006 E DO DECRETO FEDERAL Nº 8.538/2015 – NO ÂMBITO DO ESTADO DE GOIÁS - GOINFRA.

A Lei Complementar n. 123/2006, que *“estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”* (art. 1º), enquadra-se na classificação de lei nacional, por estabelecer normas gerais aplicáveis a todas as unidades e entes da federação brasileira.

Por se tratar de uma lei complementar federal, que estabelece normas gerais, os entes da federação acima citados ao legislarem sobre a aplicação do Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, somente pode fazê-lo, desde que não confrontem as regras estabelecidas na LC nº 123/2006, pois é ela que determina às normas gerais sobre a matéria em todo o país.

As disposições fixadas nos arts. 42 a 45 da Lei Complementar nº 123/06 são autoaplicáveis desde a data de sua publicação. O Tribunal de Contas da União¹ confirma a aplicação dos arts. 42 a 45 da Lei Complementar nº 123/06 pela Administração Pública, ao afirmar que: *“Tais disposições, ainda que não previstas no instrumento convocatório, devem ser seguidas, vez que previstas em lei...”*.

¹ TCU, Acórdão nº 702/2007, Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, DOU de 27.04.2007

Todavia, há disposições que não são autoaplicáveis (arts. 47, 48, e 49), tendo sido necessária a edição de lei ou decreto tratando das especificidades que norteiam a matéria em cada uma das órbitas federativas.

A fim de regulamentar a matéria, a União, inicialmente, editou o Decreto nº 6.204/2007, que foi revogado pelo Decreto nº 8.538 de 06/10/2015, atualmente vigente.

O Estado de Goiás editou o Decreto nº 7.466, de 18/10/2011, vigente, em que regulamenta o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações de bens, prestação de serviços e execução de obras no âmbito da administração pública estadual direta e indireta do estado.

O Decreto Federal nº 8.538/2015, que regulamenta o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para microempresas, empresas de pequeno porte, inovou estendendo esse tratamento aos agricultores familiares, produtores rurais pessoa física, microempreendedores individuais e sociedades cooperativas nas contratações públicas de bens, serviços e obras no âmbito da administração pública federal, tem o seu âmbito de alcance no art. 1º (...) § 1º, que estabelece: *"Subordinam-se ao disposto neste Decreto, além dos órgãos da administração pública federal direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União."*

A par dos órgãos e entidades integrantes da Administração Pública federal, o Decreto nº 8.538/2015, também, estabelece a necessidade de observância de suas disposições por órgãos e entidades dos demais entes da Federação, quando do emprego de recursos federais recebidos por meio de transferências voluntárias ou quando for utilizado o Regime Diferenciado de Contratações Públicas-RDC (art.12). Cujo regime foi revogado pela Lei 14.133/2021.

No entanto, há ainda outra situação prevista na legislação, que pode determinar o dever de Estados, Distrito Federal e Municípios aplicarem o regulamento federal. O parágrafo único do art. 47 da Lei Complementar nº 123/06, com redação dada pela Lei Complementar nº 147/2014, estabelece que *"(...) 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."*

Porquanto, nos termos do **parágrafo único do art. 47 da Lei Complementar nº 123/06**, impõe-se aos Estados, Distrito Federal e Municípios aplicarem as disposições do Decreto nº 8.538/15, **quando os eventuais regulamentos dos entes da federação, mesmo vigentes, consignarem disposições menos favoráveis às microempresas e empresas de pequeno porte do que aquelas previstas no Decreto nº 8.538/2015.**

Neste caso, o Decreto Estadual nº 7.466/2011 disciplina, em seu artigo 4º, caput e seus parágrafos e incisos, o critério de desempate, preferência de contratação das ME e EPP, estabelecendo que:

"Art. 4º. Nas licitações do tipo menor preço será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte."

Já o Decreto Federal nº 8.538/2015, que passou a vigorar no dia 06/01/2016, **trouxe a previsão expressa de que o direito de preferência das ME/EPP se aplica nas licitações do tipo técnica e preço** (art. 5º § 8º), que regulamenta o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte (...)

"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."

A controvérsia aqui, cinge-se em saber se as regras do Decreto Federal nº 8.538/2015 podem ser aplicadas no âmbito do ente federativo Estado de Goiás?

Diante das razões aqui expostas, verifica-se que a regra prevista no Decreto Estadual nº 7.466/2011 **é restritiva**, indo além da Lei Complementar nº 123/2006. A citada lei complementar é silente quanto ao tipo da licitação; muito menos, ela determina que somente se aplicará o critério de desempate, preferência para empresa de pequeno porte, somente em licitação do tipo menor preço.

Portanto, o decreto goiano é **MENOS FAVORÁVEL** às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, se comparado às regras Decreto Federal nº 8.538/2015.

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.

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)

Sendo assim, conclui-se, que a aplicação do Decreto Federal nº 8.538/2015, no âmbito desta licitação, está amparada no Parágrafo único do art. 47 da Lei Complementar nº 123/2006.

3.3 – DA IMPUGNAÇÃO DAS ALEGAÇÕES APRESENTADAS PELA RECORRENTE

Superada a questão sobre a possibilidade de aplicação do Decreto nº 8.538/2015 ao ente federativo Estado de Goiás, pois em que pese a existência do Decreto 7.466/2011 (Estado de Goiás), este possui redação **menos favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal**, conforme determina o parágrafo único do art. 47 da Lei Complementar nº 123/2006, com redação dada pela Lei Complementar nº 147/2014, estabelece.

Tem-se que os argumentos equivocados da Recorrente são desprovidos de qualquer fundamentação legal e de direito. Vejam os porquês:

Primeiro: *A Recorrente alega que o critério de desempate, preferência de contratação para empresa de pequeno porte, ser somente aplicado às licitações do tipo menor preço e, inaplicado a licitação do tipo técnica e preço, como é o presente certame. Reafirmando que alegação está fundamentada no art. 6º da Lei Estadual nº 17.928/2012, na Lei nº 8.666/93 e no item 7.16.7 do edital.*

A Lei Complementar nº 123/2006 institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, ou seja, institui privilégios às microempresas e empresas de pequeno porte em sede de licitação, estabelecendo, no que interessa às presentes contrarrazões, o chamado "*direito de preferência*". Ou seja, assegura às microempresas e às empresas de pequeno porte o exercício do direito de preferência, o qual consiste na possibilidade dessas empresas, ao final da classificação das propostas, ofertarem preço inferior àquele constante da oferta mais bem classificada.

A verificação do empate ficto e a aplicação do direito de preferência previstos na Lei Complementar nº 123/2006, é uma prerrogativa que será utilizada quando as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte forem iguais ou até 10% ou 5% (conforme a modalidade) superiores ao preço da proposta mais bem classificada.

A aplicação da preferência de contratação, no caso do empate, na licitação do tipo técnica e preço, tem natureza peculiar das disposições legais contidas nos artigos 44, *caput* e 45, inc. I da LC nº 123/2006, conduz à necessidade de tratamento hermenêutico ampliativo da disposição.

A vontade legislativa busca atender o princípio trazido pela Constituição Federal nos artigos 170, IX e 179, para impulsionar a atuação das pequenas empresas no mercado, atendendo aos princípios gerais da atividade econômica a ser dispensado pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Como se verifica na redação dos artigos 44, *caput* e §§ 1º e 2º e 45 "*caput*" da LC nº 123/2006, que há o silêncio legislativo quanto ao benefício da preferência, em caso de empate ficto, ser aplicado somente nas licitações de menor preço. Conforme se pode constatar:

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.

Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma:

I - a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado;

Como já consignado aqui anteriormente, o Decreto Federal nº 8.538/2015, art. 5º, § 8º, prevê expressamente **que o direito de preferência das ME/EPP se aplica nas licitações do tipo técnica e preço.**

Observa-se que nas licitações do tipo **técnica e preço**, o empate deve ser aferido mediante a **ponderação entre a técnica e o preço**. Ou seja, o dispositivo legal passa a admitir que depois de considerados os critérios de técnica e preço, se houver empate a microempresa (ME) ou a empresa de pequeno porte (EPP) poderá apresentar proposta de preço reduzida. Portanto, **NÃO há afronta** ao disposto no artigo 45, inc. I da LC nº 123/2006, pois o desempate ficará restrito à proposta de preço.

O critério de ponderação entre a técnica e o preço tem total equivalência com a redação dos dispositivos acima transcritos (artigos 44, caput e §§ 1º e 2º e 45 "caput" da LC nº 123/2006), pois, a vontade legislativa é o atendimento aos princípios trazidos pela Constituição Federal nos artigos 170, IX e 179.

No caso do Estado de Goiás, a **aplicação restritiva e absoluta** de que o critério de desempate de preferência de contratação para microempresas e empresas de pequeno porte somente teria cabimento nas licitações do tipo **menor preço**, nasceu do artigo 4º do Decreto nº 7.466/2012, já transcrito nesta peça.

A vista de que a regra contida no Decreto nº 8.538/2015 ser mais favorável à ME e EPP, tem-se a materialização nos termos do parágrafo único do art. 47 da Lei Complementar nº 123/06, da imposição de que o estado goiano aplique as disposições do Decreto nº 8.538/15, quando os eventuais regulamentos vigentes consignarem disposições **menos favoráveis às microempresas e empresas de pequeno porte do que aquelas previstas no Decreto nº 8.538/15.**

Neste caso concreto, o Instrumento Convocatório deste certame licitatório (Edital CO-74/2023 - modalidade **Concorrência**, do **"tipo" técnica e preço**, sob o regime de execução de empreitada por



preço unitário) traz, como base, a aplicabilidade dos dispositivos legais: Lei Federal nº 8.666/93, Lei Estadual nº 17.928/2012 e Lei Complementar nº 123/2006 e suas alterações.

Nas regras do Edital nº 74/2023 – **Concorrência do tipo Técnica e Preço** – está previsto o tratamento preferencial legal atinente à Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte, inclusive, o exercício ao direito de preferência de que trata a Lei Complementar nº 123/2006, conforme os itens editalícios: **4.8.2; 7.16.8; 7.16.8.2; 7.16.9 e 19.5.1.**

Para elucidar a questão, pede-se vênua para transcrição das regras do Edital CO nº 74/2023, que é lei neste certame (*princípio da vinculação ao edital*):

7.16.7. *Em nenhum caso, sob pena de responsabilidade, serão objeto de reformulação os critérios de julgamento previstos em Lei e neste ato convocatório;*

7.16.8. *No caso de empate entre duas ou mais propostas, fica assegurado, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte (ME/EPP). Nos demais casos de empate, que não envolvam ME/EPP, e observado o disposto no § 2º do art. 3º da Lei 8.666/93, a classificação das propostas será decidida mediante sorteio, em ato público, para o qual os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro critério.*

7.16.8.1. *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; 7.16.8. 7.16.8.1.*

7.16.8.2. *Para efeito do disposto no item 7.16.8.1, ocorrendo empate, proceder-se-á da seguinte forma:*

- a) A microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela detentora da melhor oferta, situação em que poderá ser adjudicado em seu favor o objeto licitado;*
- b) Não ocorrendo a contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte, na forma do item "a" acima, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na hipótese do item 07.06.01, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito;*
- c) No caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem nos intervalos estabelecidos no item 7.15.7.1 deste Edital, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro possa apresentar melhor oferta.*
- d) Para o exercício do direito a que se refere o item "a", fica estipulado o prazo de 2 (dois) dias úteis para apresentação de nova proposta.*

Verifica-se, portanto, o equívoco injustificável por parte da Recorrente em sua peça recursal. O que demonstra que ela nem mesmo deve ter lido o instrumento convocatório deste certame. Portanto, é cristalino o direito à EPP Delano Cavalcanti Calixto ao exercício do direito de preferência, de que trata a Lei Complementar nº 123/06, em ocorrendo o empate.

Assim, acertadamente a d. Comissão decidiu ao garantir à Contrarrazoante/Recorrida o seu direito ao empate ficto na qualidade de EPP, ao oportunizar-lhe a apresentação de proposta de preço inferior à considerada vencedora, em atenção ao disposto no artigo 45, I, da LC nº 123/06. Pois, em caso de empate em licitações, a administração pública deve dar preferência de contratação para as microempresas (MEs) e empresas de pequeno porte (EPPs).

Esse tratamento diferenciado, como é estabelecido na Lei Complementar nº 123/2006 é resultante de expressa política pública constitucional (Constituição Federal de 1988, art. 170, IX e 179).²

Verifica-se nos argumentos da Recorrente, a sua incapacidade interpretativa dos dispositivos legais acima, constatando-se o seu nítido desacerto; que apenas causa tumulto ao certame. Ela tenta induzir essa doughty Comissão a cometer erro grave ao buscar a reforma da decisão que classifica a EPP – Delano Cavalcanti Calixto, ora Contrarrazoante, como classificada em primeiro lugar neste certame, em decorrência da aplicação do critério de preferência para ME e EPP. (artigo 45, I, da LC nº 123/06).

Confirma-se, assim, que é totalmente cabível o exercício do direito de preferência nas licitações dos tipos: *menor preço e técnica e preço*.

Cita-se o aval da melhor doutrina brasileira. Para JOEL DE MENEZES NIEBUHR, o direito de preferência, em caso de empate ficto das propostas, somente pode ser invocado nas licitações dos tipos menor preço e técnica e preço, e JOSÉ ANACLETO ABDUCH SANTOS tem o mesmo entendimento, contudo, com a ressalva de que este entende pelo cabimento do exercício do direito de preferência nas licitações do tipo melhor técnica, quando a Administração adotar o entendimento de que a licitante que obtiver a melhor nota técnica tem obrigatoriamente que praticar o menor preço.

Sobre o tema, traz- entendimento da Zênite Consultoria³, de autoria da Consultora: SILVA, Araune Cordeiro de Abreu Duarte. Técnica e preço e o direito de preferência das ME/EPPs.

“Entende-se plenamente cabível o exercício do direito de preferência em todos os tipos de licitação.

Como visto, o tratamento diferenciado às MEs/EPPs é um direito constitucionalmente assegurado e, desse modo, não é possível vedar o exercício do direito de preferência em função do tipo da licitação escolhido pela Administração quando instaura uma licitação.

² **Art. 170.** A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existências dignas, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)

IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

³ Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 251, p. 10-16, jan. 2015.

*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.

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.

(...)

*Com a análise do tema proposto, foi possível concluir que o direito de preferência previsto na Lei Complementar nº 123/06 **não é incompatível com o tipo de julgamento técnica e preço**. Como visto, a conjugação de critérios técnicos e econômicos não impede o exercício do direito, apenas exige interpretação consentânea com o tipo (...).*

É preciso ter claro que na técnica e preço existem dois fatores cuja apreciação ocorre em momento apartado, ou seja, existem duas etapas sopesadas de forma individualizada, entre as quais está a de julgamento da proposta de preço. Com isso, põe-se em evidência que o fato de o critério da Lei Complementar nº 123/06 ter sido construído exclusivamente com base no preço não pode inviabilizar o exercício do direito de preferência, pois o elemento determinante (preço) é contemplado também pelo tipo de julgamento técnica e preço”.

Vale trazer, ainda, neste caso concreto, que o desempate ficou restrito à proposta de preço, já que todas as licitantes que disputavam a licitação em questão, **obtiveram notas técnicas iguais, empataram com a nota máxima (100 pontos)**. Por conseguinte, esse fato fez com que a Notas Técnicas das licitantes não mais influenciassem na ponderação. Na prática a disputa na concorrência Edital 74/2023 restou alocada à **proposta preço**, ou seja, aquela licitante que apresentou o preço reduzido foi a mais bem classificada no certame; no caso foi a Recorrente, conforme:

- Beck de Souza Engenharia Ltda.R\$ 4.727.845,58 – 99,55%;
- Ona S/A Engenharia, Comércio e IndústriaR\$ 4.748.742,91 – 99,99%;
- Delano Cavalcanti Calixto EPPR\$ 4.749.095,82 – 100,00%.

Contudo, a empresa DELANO CAVALCANTI CALIXTO EPP, ora Contrarrazoante, na qualidade de empresa de pequeno porte, fez uso de seu direito de desempate de preferência para a contratação, concedido pela art. 44 e 45, inciso I da LC nº 123/2006, e avaliado pelo Decreto nº 8.538/2015.

Ressalte-se que o objetivo da lei, ao criar o empate ficto, não foi o de assegurar que a microempresa ou empresa de pequeno porte seja sempre a vencedora, mas o de dar a oportunidade de, se assim desejar, poder ser a vencedora.

Na licitação julgada pelo critério "técnica e preço" existe uma nota técnica e uma nota de preço, que são ponderadas para a obtenção do resultado. Assim, a microempresa ou a empresa de pequeno porte podem reduzir o seu preço e, em vista disso, ainda que com a mesma técnica, passar a oferecer a proposta mais vantajosa à Administração. FOI O QUE OCORREU NESTA LICITAÇÃO.

Segundo: A recorrente inconformada, firma que neste certame "*não houve um mínimo de três fornecedores competitivos enquadrados como empresa de pequeno porte, estabelecido pelo artigo 49, inciso II da Lei Complementar 123/2006*".

A partir da entrada em vigor das alterações promovidas pela Lei Complementar nº 147/2014 na Lei Complementar nº 123/06, tornou-se obrigatória para a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios, realização de 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 (art. 48, inc. I).

Primeiramente, destaca-se que o dispositivo **artigo 49, inciso II da LC nº 2006** dispõe sobre diretriz de "**realização de processo licitatório exclusivo para ME e EPP**".

Para melhor compreensão, transcrevem os artigos 47 e 48 que determina:

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.

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:

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); (...)

No mesmo sentido, na consulta nº 00003/2018, o Tribunal de Contas dos Municípios de Goiás⁴ assentou que:

“(...) é cabível a realização de processo licitatório destinado exclusivamente à participação de MEs e EPPs nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$80.000,00. Porquanto, apurado que existem no mínimo 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como ME e EPP, sediados local ou regionalmente, poderão participar da licitação quaisquer empresas enquadradas com ME e EPP, sejam ou não sediadas local/regionalmente, em que pese haver margem de preferência a estas, até o limite de 10% do melhor preço válido, tal como regrado no § 3º do art. 48 da Lei Complementar nº 123/06”.

Cabe avaliar qual é a extensão e limites da diretriz de “**preferência**” a partir de leitura sistêmica da LC nº 123/2006. Para tanto, veja o que diz o inciso II e III do já citado **art. 49**, que afasta do âmbito de aplicação dos arts. 47 e 48 as seguintes situações:

*“**Art. 49.** Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:*

(...)

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;

O artigo 49 da LC 123/06 versa sobre as limitações à prática do tratamento diferenciado em favor das pequenas empresas, em certames exclusivos.

Especificamente no que se refere ao inciso II, tem-se que número mínimo de fornecedores: estabelece a legislação complementar que na inexistência de pelo menos 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como ME ou EPP sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas nas licitações, **não se aplicará o tratamento diferenciado. Fala-se no diz respeito às licitações exclusivas para ME e EPP, que não é o caso desta Concorrência nº 74/2023.**

Sobre a questão, Marçal JUSTEN FILHO⁵ enfatiza que:

“A redação legal certamente produzirá sérios problemas, eis que não se faz alusão à efetiva participação de um número mínimo de licitantes. O que se estabelece é a existência de pelo menos três empresas em condições de competir”,

⁴ <https://www.tcmgo.tc.br/site/wp-content/uploads/2018/08/AC-CONS-00003-2018-proc-20528-2017-CONSULTA-ACERCA-DA-LEGALIDADE-DOS-MUNICIPIOS-REALIZAREM-CADASTRO-DE-ME-E-EPPS.pdf>

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 8.666/1993. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019

(...)

Sob esse prisma, a vedação à participação de empresas de maior porte na licitação, apenas poderá ser justificada se houver uma efetiva e concreta competição entre pequenas empresas (ME e EPP). Daí a proposta de interpretação, no sentido de que será necessária a existência de três fornecedores em condições de participar do certame. Esse será um requisito de adoção da licitação diferenciada, restrita à participação de pequenas empresas. No entanto, a validade da licitação dependerá da efetiva participação de pelo menos três licitantes em condições de efetiva competição.”

Arrematando a questão, cita-se o Processo **1058903** - Consulta. Rel. Cons. José Alves Viana. Deliberado em 14.4.2021. Vídeo da sessão de julgamento: **TCE-MG**

(...) Concluída a votação, o Tribunal Pleno, por unanimidade, fixou prejulgamento de tese, com caráter normativo, no sentido de que:

- 1. É na fase interna do certame que a Administração Pública deve buscar informações sobre o mercado para conferir se há possibilidade de instaurar o procedimento licitatório com exclusividade para as MEs e EPPs e, em não havendo o número mínimo de três fornecedores competitivos enquadrados nesta categoria, poderá o Órgão Promotor da licitação promovê-la com ampla concorrência.*
- 2. Não existindo o número suficiente de MEs e EPPs para que haja competição entre elas, a Administração Pública não precisa dar o tratamento diferenciado e deve observar a ampla concorrência na licitação, justificando no processo licitatório a impossibilidade de competição exclusivamente com as MEs e EPPs.*
- 3. Na licitação exclusiva para MEs e EPPs, caso não compareçam à licitação três interessados sob essa condição, o certame deve prosseguir com os licitantes presentes, observando-se os requisitos de aceitabilidade das propostas.*

Diante do exposto, verifica-se que houve, por parte da Recorrente, equívoco na interpretação do dispositivo legal – artigo 49, II da LC nº 123/2006, o qual não se aplica neste certame.

Terceiro:

Não procede a alegação da Recorrente de que a contratação com a *licitante Delano Cavalcanti Calixto-EPP* não é vantajosa para a *Goinfra*.

A vantajosidade para a Administração Pública é cristalina neste caso, a empresa Delano Cavalcanti Calixto-EPP é possuidora de atestação que demonstra a sua experiencia na especialidade do objeto desta licitação. Não restando dúvidas quanto à expertise da empresa e de sua equipe técnica, uma vez que ela foi avaliada, com base nos critérios do edital, e obteve 100 (cem) pontos em sua Proposta Técnica.

Além do que, a sua proposta de preço se acha fincada em preços praticados no mercado. E, mesmo que a diferença de preço não tenha sido significativa (quando do desempate), trata-se há um

desconto e do menor preço a ser contratado pela Administração Pública – Goinfra, portanto, há economicidade.

Convém reproduzir as lições de Marçal Justen Filho⁶, quando o Mestre e Doutrinador ensina que:

“Deve-se entender que não se admitirá que a Administração Pública desembolse valores incompatíveis com os preços disponíveis no mercado. Se o resultado da licitação diferenciada conduzir a preços superiores aos usuais de mercado, caberá à Administração Pública promover a revogação da licitação (...) “a vantajosidade abrange a economicidade, que é uma manifestação do dever de eficiência. (...) A economicidade impõe a adoção da solução mais conveniente e eficiente sob o ponto de vista da gestão dos recursos públicos. Toda atividade administrativa comporta um enfoque sob o prisma do custo-benefício.”

De pronto, conclui-se que não há como se falar em proposta mais vantajosa, que não esteja em consonância com as normas do edital e os princípios que regem a licitação. Assim, a decisão que classificou a empresa Delano Cavalcanti Calixto – EPP deve ser mantida por essa d. Comissão de Licitação.

Quarto:

Não procede a alegação da Recorrente de aplicabilidade do artigo 4º, § 1º, inciso II da Lei 14.133/2021, na presente licitação, pretendendo a vedação da aplicação do tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte na licitação em curso, por consideração que o valor estimado do objeto ora licitado é superior a R\$4.800.000,00, por entender, assim, que os artigos 42 a 49 da Lei Complementar não devem ser aplicados.

Este certame está fundamentado e regido está regido pela Lei nº 8.666/1993, Lei nº 17.928/2012 e Lei Complementar nº 123 e pelas disposições editalícias.

As normas jurídicas limitam-se no tempo, isto é, aplicam-se a um determinado período temporal. No nosso ordenamento jurídico a aplicação da lei processual no tempo é regulada na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei no 4.657/1942 e suas alterações) e no Código de Processo Civil.

O Sistema Jurídico Brasileiro adota o chamado “sistema de isolamento dos atos processuais”, o qual se traduz na ideia de que apesar do processo ser uma unidade, os atos praticados devem ser vistos de forma independente, isolada, para efeito da aplicação da nova lei.

A regra é “*tempus regit actum*” (o tempo rege o ato), que se traduz na ideia de que os atos processuais são regidos pela lei em vigor quando são praticados, ou seja, os atos realizados de acordo com a norma anterior conservam a sua eficácia, até o termo final do processo.

Humberto Theodoro⁷ ao tratar da regra, resume a aplicação da lei processual no tempo como:

⁶ Obra cit. Extraído de: <https://primaveradoleste.mt.gov.br/pastaarquivos/1601Preg039-16Esclarecimento2.pdf>

⁷ JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curso de direito processual civil. 59 ed. Rio de Janeiro: Gen, 2018

"Mesmo quando a lei nova atinge um processo em andamento, nenhum efeito tem sobre os fatos ou atos ocorridos sob o império da lei revogada. Alcança o processo no estado em que se achava no momento de sua entrada em vigor, mas respeita os efeitos dos atos já praticados, que continuam regulados pela lei do tempo em que foram consumados".

Deste modo, o Processo Licitatório – Edital CO nº 74/2023 está pautado nas normas legais supracitadas, isto é, naquelas que foram autorizadas pela legislação a serem adotadas e praticadas na época da publicação do instrumento licitatório e, ainda, foram eleitas como base no presente certame, conforme constam do referido edital.

Assim, não deve prosperar a pretensão absurda e ilegal da Recorrente de aplicar as regras da Lei 14.133/2021 a esse certame. Há que garantir aqui, o princípio da segurança jurídica, uma vez que as consequências jurídicas que emergem de um ajuste ou um ato são regidas pela legislação que se achava em vigor no momento da celebração do contrato ou da prática do ato (*"tempus regit actum"*):

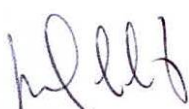
4. DOS PEDIDOS

Por todo o exposto, a empresa DELANO CAVALCANTI CALIXTO-EPP requer que sejam recebidas, conhecidas e dado PROVIMENTO às Contrarrazões ora ofertadas, no sentido de que seja julgado como IMPROCEDENTE o Recurso Administrativo da licitante Beck de Souza Engenharia Ltda. e, por consequência, seja **mantida a Decisão** dessa douta Comissão de Licitação, que classificou a empresa DELANO CAVALCANTI CALIXTO-EPP, em primeiro lugar, na Concorrência – Edital CO nº 74/2023.

Nestes Termos

Pede-se Deferimento.

Goiânia - GO, 01 de julho de 2024.



Delano Cavalcanti Calixto
Representante legal

RECEBEMOS
EM 02 / 07 / 2024
José Bacerich 10:20 Hs.
PROTOCOLO / GOINFRA