ACÓRDÃO - AC00 - 1781/2022

PROCESSO TC/MS	: TC/5293/2019
PROTOCOLO	: 1977956
TIPO DE PROCESSO	: DENÚNCIA
ÓRGÃO	: PREFEITURA MUNICIPAL DE CAMAPUÃ
JURISDICIONADO	: DELANO DE OLIVEIRA HUBER
DENUNCIANTE	: ODONTOMED CANAÃ LTDA
ADVOGADOS	: JULIANNA LOLLI GHETTI – OAB/MS 18.988 E MARCIO LOLLI GHETTI – OAB/MS 5.450.
RELATOR	: CONS. WALDIR NEVES BARBOSA

EMENTA: DENÚNCIA – PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – PREGÃO PRESENCIAL – FORNECIMENTO DE MATERIAL ODONTOLÓGICO – SUPOSTA INABILITAÇÃO IRREGULAR – LICITAÇÃO EXCLUSIVA PARA MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE DE ÂMBITO LOCAL E/OU REGIONAL – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE ILÍCITO – IMPROCEDÊNCIA – ARQUIVAMENTO – RECOMENDAÇÃO.

1. Não procede a denúncia visando afastar a inabilitação da denunciante na maioria dos itens da licitação diante da verificação de que foi legítima e está amparada pelos artigos 47 a 49 da Lei Complementar nº 123/2006.

2. A possibilidade de tratamento mais benéfico em favor de micro e pequenas empresas (ME e EPP) está previsto expressamente na LC nº 123/2006. Pode-se até dar a vantagem limitada a 10% do melhor preço em favor das empresas locais ou regionais, como prevê expressamente o § 3º do art. 48 da LC nº 123/2006 e é acolhido por alguns tribunais de contas, como na Consulta nº 932701 do TCE/MG e no Prejulgado Processo nº 465761/17 do TCE/PR, Plenário, mas devem ser evitadas soluções que possam restringir a competitividade, a fim de que decorra do certame a economicidade.

3. Não restando comprovado qualquer ilícito no fato denunciado acerca do procedimento licitatório, julga-se improcedente a denúncia, com a recomendação ao responsável pelo Município para que, em homenagem ao Princípio da Competitividade, evite excluir da disputa as micro e pequenas empresas (ME e EPP) situadas fora do município ou do Estado, nos próximos editais de licitação deste tipo.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 3ª Sessão Virtual Reservada do Tribunal Pleno, realizada de 15 a 18 de agosto de 2022, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade, e nos termos do voto do Relator, pela **improcedência** da **Denúncia** formulada pela empresa **Odontomed Canaã Ltda – ME**, com apontamento de supostas irregularidades no Pregão Presencial nº 8/2019,

instaurado pelo Município de Camapuã/MSem razão de não terem sido comprovadas as irregularidades apontadas; pela **recomendação** ao responsável pelo Município de Camapuã para que, em homenagem ao Princípio da Competitividade, evite excluir da disputa as micro e pequenas empresas (ME e EPP) que sejam de fora do município ou do Estado de Mato Grosso do Sul nos próximos editais de licitação deste tipo; pelo **arquivamento** destes autos, nos termos do artigo 129, I, “b”, c/c os artigos 186, V, do Regimento Interno; e pela **retirada do sigilo (peça 82)**.

Campo Grande, 18 de agosto de 2022.

Conselheiro **Waldir Neves Barbosa** – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa – Relator

Vistos, etc.

Trata-se de **Denúncia**, com pedido de liminar, formulada pela empresa **Odontomed Canaã Ltda – ME**, com apontamento de supostas irregularidades no **Pregão Presencial nº 8/2019**, exclusivo para ME e EPP, instaurado pelo **Município de Camapuã/MS**, tendo como objeto o fornecimento de material odontológico, com valor estimado de **R$ 77.104,07** (setenta e sete mil, cento e quatro reais e sete centavos).

O referido pregão aconteceu em 17/04/2019, tendo sido homologada o resultado em favor de cinco empresas vencedoras dos itens da licitação, pelo valor total de **R$ 67.668,78** (fl. 1192).

Também é importante apontar que quando estes autos chegaram conclusos, o Relator indeferiu a medida liminar pleiteada (peça 4).

Após a intimação e resposta do jurisdicionado (peças 24-79), o *Parquet* se manifestou contra as irregularidades suscitadas pela denunciante, pugnando pela improcedência desta Denúncia e seu arquivamento (peça 80).

Eis o breve relatório. Passo ao Voto.

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa – Relator

A empresa Odontomed Canaã Ltda – ME apresentou denúncia a esta Corte, com pedido de liminar, visando cancelar sua inabilitação para a maioria dos itens da licitação em razão de não ser micro ou pequena empresa sediada local ou regionalmente. Argumentou que essa decisão ofendeu a legislação que norteia as licitações públicas, como as Leis nº 8.666/63, nº 10.520/02 e nº 123/2006, bem como o Decreto Municipal nº 4.016/2018.

Ponderou, ainda, que o enquadramento de empresa como local ou regional não é condição para participação em licitação, mas para obtenção do benefício previsto no art. 48, § 3º, da Lei Complementar nº 123/2006, salientando que ao desclassificá-la na sessão do pregão, a municipalidade abriu mão de adquirir os bens por menor preço. **Não anexou, porém, a Ata da Sessão que pudesse comprovar sua alegação.**

Este Relator negou a liminar pretendida, entendendo que não havia justificativa suficiente para que fosse concedida medida cautelar para suspender o trâmite processual, por já ter ocorrido a abertura das propostas, inclusive com a

homologação da ata de registro de preço (peça 4).

Em sua manifestação, o jurisdicionado alegou que as exigências contidas na Lei Complementar n.º 123/2006 encontravam-se preenchidas, não sendo, ainda, verdadeira a afirmação de que o Município teria deixado de adquirir os produtos por menores preços. Asseverou, ainda, que a denunciante participou efetivamente do certame e, tendo se sagrado vencedora de dois itens (44 e 62), se recusou a assinar a Ata de Registro de Preços nº 011/2019, resultando em procedimento visando penalização da Odontomed Canaã.

Instado a emitir seu parecer, após a oitiva do jurisdicionado, o Ministério Púbico de Contas considerou inexistentes as irregularidades apontadas pela empresa denunciante, pugnando pela improcedência da denúncia e seu arquivamento.

Em síntese, após expor os parâmetros da Lei Complementar nº 123/2006 (arts. 47 a 49), o parecer ministerial apresentou a seguinte conclusão (grifos nossos):

> *"Pois bem, de fato, aparentemente, a licitação realizada pelo Município de Camapuã/MS desenvolveu-se na esteira da legislação e das premissas acima expostas,* ***não se identificando, icto iculi, quaisquer irregularidades e, portanto, a ocorrência de ilícito capaz de justificar a procedência da denúncia****.*
>
> *Assim, tendo em vista que o procedimento licitatório ainda será objeto de análise verticalizada em fiscalização a posteriori, e que a decisão a ser proferida nestes autos não a prejudica e nem a condiciona, o* ***arquivamento*** *da denúncia é medida que se impõe."*

Quanto ao mérito da Denúncia, portanto, a manifestação expressa no Parecer do Ministério Público de Contas exclui qualquer irregularidade que pudesse anular o procedimento licitatório, posto que a inabilitação da empresa denunciante foi legítima e amparada pelos artigos 47 a 49 da Lei Complementar nº 123/2006.

O aspecto fundamental desta Denúncia é o acréscimo dos itens 3.1.1 a 3.1.3 no Edital, ocorrido após a impugnação de uma das empresas participantes. Vejamos os dispositivos acrescentados, conforme constante das fls. 39 e 562 (grifos nossos):

> *3.1. Somente poderão participar desta Licitação as Empresas MEI, ME e EPP (pessoas jurídicas), legalmente constituídas e estabelecidas anteriormente à data de abertura do presente certame, com o objeto social pertinente e compatível com o certame, e que atenderem às exigências deste Edital e seus Anexos, não sendo permitida a participação de consórcios.*
>
> ***3.1.1 Quando não houver um minimo de 03 (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 Pregoeira convocará as demais licitante(s) para participar(em) do certame, conforme art. 49, inciso II, da Lei Complementar 123/06.***

> ***3.1.2 Entende-se como empresa sediada no local, aquela que possua registro na Cidade de Camapuã-MS,***
>
> ***3.1.3 Entende-se como empresa sediada regionalmente, aquela sediada dentro dos limites geográficos do Estado de Mato Grosso do Sul, conforme definido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.***

Esses novos dispositivos editalícios é que albergaram a decisão da pregoeira de impedir oferta de lances por empresas de fora de Mato Grosso do Sul nos itens com três ou mais ME e EPP "sediadas local ou regionalmente" (peça 75).

Pelo que consta dos autos, não houve impugnação da empresa ora denunciante em relação a esses noveis itens do Edital. Agora, em sede de Denúncia, a Odontomed Canaã Ltda alega ofensa à LC 123/2016 e aos decretos municipais, pois só poderia ocorrer o benefício de prioridade de contratação para as empresas de Camapuã e do Estado de MS com limite de até 10% do melhor preço válido, previsto no § 3º do art. 48 da norma federal. Sustentou ainda que (grifo nosso):

> *"Basta verificar em ata da sessão e em nossa proposta apresentada, que nenhuma das empresas consideradas locais ou regionais obteriam o beneficio de 10% (dez por cento), e neste caso todas teriam o mesmo tratamento diante da Lei 123/2006, ou seja, quem ofertar o melhor lance venceria,* ***a diferença de valores em determinados itens é superior a 100% diante de nosso preço, exemplo item 01: Adesivo Fotopolimerizável, frasco com 6ml, apresentamos o valor de R$ 37,50 (trinta e sete reais e cinquenta centavos), com a exclusão ilegal de nossa proposta o Município comprou da empresa DECOM-COM DE EQUIP. E PROD. ODONTOL.MED.EHOSPITALAR por R$ 102,80 (cento e dois reais e oitenta centavos), observe, MAIS DE 174% (CENTO E SETENTA E QUATRO POR CENTO) A MAIS QUE NOSSO PREÇO OFERTADO. Onde tem respaldo na Lei para que o município que é o mais interessado em menor preço, onerar o mesmo comprando mais caro, quando se tem preço menor? Detalhe, só demostramos um exemplo, porém em TODOS os itens esse fato é recorrente."***

A possibilidade de tratamento mais benéfico em favor das ME e EPP está previsto expressamente na LC nº 123/2006, como se vê a seguir (grifo nosso):

> *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).*

Assim, em vista do parágrafo único do art. 47 e do § 3º do art. 48 da LC nº 123/2006, não é possível apontar qualquer ilegalidade em disciplinamento que o Município de Camapuã fez em relação aos itens 3.1.1 a 3.1.3 no Edital.

Essencialmente corroboro o entendimento do Ministério Público de Contas, mas considero necessário **recomendar** ao jurisdicionado, em homenagem ao **Princípio da Competitividade**, que evite nos próximos editais de licitação excluir da disputa as micro e pequenas empresas (ME e EPP) que sejam de fora do município ou do Estado de Mato Grosso do Sul.

Pode-se até dar a vantagem limitada a 10% do melhor preço em favor das empresas locais ou regionais, como prevê expressamente o § 3º do art. 48 da LC nº 123/2006 e é acolhido por alguns tribunais de contas, como na Consulta nº 932701 do TCE/MG e no Prejulgado Processo nº 465761/17 do TCE/PR, Plenário, mas **deve-se evitar soluções que possam restringir a competitividade, a fim de que decorra do certame a economicidade**.

Até mesmo por uma questão de lógica, se os licitantes locais se vêm pressionados pela disputa com preços de outros concorrentes, acabam apresentando preços mais baixos. Com isso, se reduziria o risco de a administração fazer contratação desvantajosa e ocorrer algo semelhante ao alegado pela denunciante (diferença de mais de 174% entre sua proposta e o preço ofertado pela licitante local).

Nesse sentido, a seguinte decisão do Tribunal de Contas da União (destaque nosso).

> *9.2.1.* ***Nos editais de licitação em que for conferido o tratamento diferenciado previsto no inciso I do artigo 48 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, e no art. 6º do Decreto nº 6.204, de 5 de setembro de 2007, não se deve restringir o universo de participantes às empresas sediadas no estado em que estiver localizado o órgão ou a entidade licitante*** *(Acórdão nº 2.957/2012, Plenário. Relator: Ministro Andre Luis de Carvalho. Processo nº 017.752/2012-6. Ata 49/2012 – Plenário. Brasília, Sessão 09/11/2012).*

Em sede de Denúncia, este Tribunal de Contas atua de forma preventiva na fiscalização das atividades públicas, a fim de evitar irregularidades e promover a responsabilização, caso necessário. Não sendo constatada irregularidade, o caminho natural deste processo é a improcedência e o arquivamento, conforme previsto no art. 129, I, “a”, “b” e “c”, do RITCE/MS.

É o caso destes autos, posto que **não houve a comprovação de qualquer irregularidade** que pudesse gerar a nulidade do procedimento licitatório sob exame,

embora seja necessária a **recomendação** para que o jurisdicionado evite soluções que possam restringir a competitividade.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, acolhendo parcialmente o parecer do Ministério Público de Contas, tendo em vista o exaurimento deste feito, **VOTO**:

I – pela **IMPROCEDÊNCIA** da Denúncia formulada pela empresa **Odontomed Canaã Ltda – ME**, CNJP nº 07.947.536/0001-68, em razão de não terem sido comprovadas as irregularidades apontadas;

II – pela **RECOMENDAÇÃO** ao responsável pelo Município de Camapuã para que, em homenagem ao **Princípio da Competitividade**, evite excluir da disputa as micro e pequenas empresas (ME e EPP) que sejam de fora do município ou do Estado de Mato Grosso do Sul nos próximos editais de licitação deste tipo;

III – pelo **ARQUIVAMENTO** destes autos, nos termos do artigo 129, I, "b", c/c os artigos 186, V, do Regimento Interno;

IV – pela **INTIMAÇÃO** do resultado deste julgamento aos responsáveis e interessados, nos termos do art. 50, I e II, da Lei Complementar nº 160/2012.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi unânime, firmada nos termos do voto do relator, pela improcedência da Denúncia, com recomendação ao responsável pelo município e arquivamento dos autos.

Presidência do Exmo. Sr. Conselheiro Iran Coelho das Neves.

Relatoria do Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros Ronaldo Chadid, Osmar Domingues Jeronymo, Jerson Domingos, Marcio Campos Monteiro e Flávio Kayatt.

Presente o Exmo. Sr. Procurador-Geral do Ministério Público de Contas, João Antônio de Oliveira Martins Júnior.

Campo Grande, 18 de agosto de 2022.

Conselheiro **WALDIR NEVES BARBOSA**

Relator