



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DENÚNCIA N. 932567

DENUNCIANTE: Tecnologia Global Ltda.

DENUNCIADA: Prefeitura Municipal de Itabirito, 2014

PARTE(S): Alexander Silva Salvador de Oliveira, Valdir José de Moraes e Josiane Braga Ribeiro Barbosa

PROCURADORA: Adriana de Mello Castro Giroletti - OAB/MG 087006

MPTC: Marcílio Barenco Corrêa de Mello

RELATOR: Conselheiro Substituto Hamilton Coelho

EMENTA

DENÚNCIA – PREFEITURA – IMPROCEDÊNCIA – ARQUIVAMENTO.

1 - A comprovação da condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, para os fins da LC n. 123/06, dar-se-á por meio de declaração, sob as penas da lei.

2 - O benefício de preferência como critério de desempate em licitações independe de previsão no edital do certame.

3 - Desde que observados os limites legais, a escolha da melhor forma de contratação cabe ao administrador, utilizando-se de critérios de conveniência e oportunidade, resguardando-se a vantajosidade para a Administração Pública.

4 - As Leis n. 8.666/93 e 10.520/02 não trazem disposições específicas sobre a forma recursal e, sobretudo, não impõem aos órgãos licitantes ampla permissividade quanto à admissibilidade dos recursos.

PRIMEIRA CÂMARA

10ª SESSÃO ORDINÁRIA – 26/05/2015

CONSELHEIRO HAMILTON COELHO:

I – RELATÓRIO

Tratam os presentes autos de denúncia, com pedido de liminar, realizada pela empresa Tecnologia Global Ltda. em face do Processo Licitatório n.º 309/2014 - Pregão Presencial n.º 204/2014, da Prefeitura Municipal de Itabirito, cujo objeto, descrito à fl. 46, é:

“contratação de pessoa jurídica para prestação de serviços de licença de uso e locação de Sistema Integrado de Gestão Pública, Sistema de Imposto Sobre Serviços (ISSWeb), Portal do Cidadão e Sistema de Gestão

Municipal baseado em software BI, bem como implantação, instalação, configuração, migração dos dados existentes nos atuais sistemas, treinamento dos servidores públicos, suporte técnico *in loco* e por meio remoto e manutenção contínua que garantam as alterações legais, corretivas, evolutivas e/ou normativas e atualizações de versão do sistema adquirido para atender a Secretaria Municipal e Administração”.

Argumenta a denunciante que, no edital, reproduzido às fls. 45/337, não havia previsão para que empresas não detentoras de tecnologia participassem da licitação. Apontou, ainda, que a empresa classificada em primeiro lugar, ASI Sistema de Informações EIRELI-EPP, não poderia usufruir dos benefícios previstos na Lei Complementar n.º 123/06 porque seria representante comercial da empresa Betha Sistemas Ltda. Alegou que a referida empresa não era proprietária da solução ofertada e que não poderia ceder ou locar mão-de-obra, em razão das vedações constantes ao ingresso no Sistema Integrado de Imposto e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES e da exigência de assistência técnica *in loco* prevista no item 12.59.4, editalício, o que restringiria a concorrência, a isonomia do certame e o atendimento ao interesse público. Requereu a desclassificação da empresa ASI Sistema de Informações EIRELI-EPP, ou a nulidade do julgamento das propostas, pleiteando, liminarmente, a suspensão do procedimento.

Recebida, a denúncia foi distribuída à minha relatoria, fl. 348.

Cumpre destacar que esta denúncia deu entrada em meu gabinete, pela primeira vez, no dia 11/9/14, às 17:37 horas, e a sessão do pregão realizada no dia 21/08/14. Por cautela, determinei a oitiva prévia do Prefeito Municipal e do pregoeiro no prazo de até 48 (quarenta e oito) horas, fl. 349.

Após a intimação, foram acostados ao processo a defesa e os documentos de fls. 356/983, contendo informações sobre a fase em que se encontrava o certame, qual seja, apresentação e avaliação do software, conforme item 12.58.1 do edital, e a alegação de que foram cumpridas, pela pregoeira, as determinações constantes na Lei Complementar n.º 123/06 com relação aos benefícios concedidos às microempresas e empresas de pequeno porte. Afirma-se, também, que ainda não havia sido declarado o vencedor do certame, razão pela qual foi julgado extemporâneo o recurso administrativo apresentado pela denunciante.

Em despacho de fls. 985/991, indeferi o pedido liminar de suspensão do Pregão Presencial n.º 204/2014, por não vislumbrar disposições editalícias ou práticas restritivas à competitividade e prejudiciais aos interesses da Administração e dos particulares capazes de ensejar a suspensão do certame.

Em análise preliminar, fls. 998/1002, o órgão técnico manifestou-se pela inocorrência da irregularidade apontada pela denunciante. Assim, entendeu que a denúncia poderia ser julgada improcedente, com o consequente arquivamento dos autos.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, em manifestação preliminar, fls. 1004/1012, apresentou apontamentos complementares à denúncia e opinou pela citação dos responsáveis para o exercício do direito de defesa.

Em síntese, é o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Passo a apreciar as irregularidades apontadas na denúncia, a seguir elencadas, cotejando-as com os documentos anexados aos autos e o estudo técnico promovido pela diretoria competente.

1.1. Aplicação indevida dos benefícios decorrentes da Lei Complementar n.º 123/06 – empresa classificada em primeiro lugar no certame não caracterizada como microempresa ou empresa de pequeno porte.

1.2. Ausência de previsão no edital para que empresas não detentoras de tecnologia participassem da licitação.

1.3. Ausência de propriedade da solução ofertada pela ASI Sistema de Informação EIRELLI-EPP.

1.4. A primeira classificada na licitação estaria impossibilitada de ceder ou locar mão-de-obra, em razão das vedações constantes ao ingresso no Sistema Integrado de Imposto e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES e da exigência de assistência técnica *in loco* prevista no item 12.59.4, editalício.

Argumenta a denunciante que a concorrente classificada em primeiro lugar, ASI Sistema de Informações EIRELI-EPP, não poderia usufruir dos benefícios previstos na Lei Complementar n.º 123/06 porque seria representante comercial da empresa Betha Sistemas Ltda.

O denunciado alegou que o benefício constante no art. 45 da LC n.º 123/06 foi concedido à empresa ASI Sistemas de Informação EIRELLI-EPP diante da apresentação de declaração de que faria jus a este, fl. 740.

A unidade técnica, fls. 998/1003, após exame da documentação alusiva ao Pregão n.º 204/2014, entendeu que descabia razão à denunciante, uma vez que a empresa declarada vencedora é beneficiária das prerrogativas contidas na Lei Complementar n.º 123/06, atendendo, assim, ao interesse público e à economicidade.

Reiterando o entendimento esposado no despacho de fl. 985, no qual apreciei o pedido de liminar para suspensão do certame, entendo que a comprovação da condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, para os fins da LC n.º 123/06, dar-se-á por meio de declaração, sob as penas da lei.

Compulsando os autos, verifica-se que a ASI Sistemas de Informação EIRELLI-EPP apresentou declaração de enquadramento, fl. 740, bem como certidão simplificada da Junta Comercial, fl. 748.

Portanto, afasta-se a arguição de ilegalidade: a concorrente enquadra-se como microempresa ou empresa de pequeno porte, sendo que as diferenças entre as propostas estavam dentro da margem de 5%, o que assegura o exercício do direito de preferência para fins de desempate.

Com relação aos demais itens arguidos na denúncia, ratifico a decisão de fls. 985/991, afastando, portanto, as irregularidades apontadas.

Na ocasião, mencionei que seria necessário que a impugnação ao enquadramento da empresa ASI Sistemas de Informação EIRELLI-EPP, nos termos da LC n.º 123/06, fosse acompanhada de provas.

In casu, a Tecnologia Global Ltda. limitou-se a juntar aos autos *print screen* do sítio eletrônico da empresa Betha Sistemas Ltda., no qual haveria menção à ASI Sistemas de Informação EIRELLI-EPP, fls. 12/14, sem demonstrar, contudo, que a empresa classificada em primeiro lugar seria “filial, sucursal, agência ou representação, no País, de pessoa jurídica com sede no exterior”, como disposto no inciso II do §4º do art. 3º da LC n.º 123/06.

Também ponderei que a alegação da denunciante de que a ASI Sistemas de Informação EIRELLI-EPP não seria proprietária da solução ofertada não foi devidamente comprovada.

No que diz respeito à argumentação de que a ASI Sistema não poderia ceder ou locar mão-de-obra, em razão das proibições constantes ao ingresso no SIMPLES, e da exigência de assistência técnica *in loco* prevista no item 12.59.4, editalício, demonstrei, no despacho de fls. 985/991, que, no art. 17 da LC n.º 123/06, invocado pela denunciante, dispõe-se sobre as vedações ao ingresso no SIMPLES Nacional e não sobre hipóteses de não concessão do benefício de preferência, concedido às microempresas e empresas de pequeno porte, como critério de desempate nas licitações, previsto nos arts. 44 e 45 do referido diploma legal.

Esclareci, inclusive, que o benefício de preferência, como critério de desempate, em licitações, independe de previsão no edital do certame, entendimento ilustrado no Acórdão n.º 2144/2007, do Plenário do Tribunal de Contas da União, no Processo n.º 020.253/2007-0, de relatoria do Ministro Aroldo Cedraz:

“Os privilégios concedidos as microempresas e empresas de pequeno porte pelos arts. 44 e 45 da Lei Complementar no 123/2006 independem da existência de previsão editalícia.”

Assim, após detida análise das alegações descritas de 1.1 a 1.4, concluo, quanto a estas, que não há disposições editalícias e práticas restritivas aos interesses da Administração, ou contrárias ao ordenamento jurídico pátrio.

Passo, a seguir, a apreciar os apontamentos do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas em seu parecer de fls. 1004/1012:

2.1. Ausência de justificativa técnica para a vedação da participação de empresas em consórcio.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas aponta como irregular a ausência de justificativa para a vedação à participação de empresas em consórcio no certame em exame.

Razão não assiste ao *Parquet*, uma vez que não se encontra em seu parecer informação quanto à existência de normativo por meio do qual se obrigue os órgãos licitantes a

documentar sua conclusão pela inoportunidade da autorização à participação de empresas em consórcio.

Do texto da Lei n.º 8.666/93, aliás, extrai-se ilação precisamente oposta ao apontamento ministerial, a conferir:

“Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:”

O emprego, pelo legislador, da locução “quando permitida” evidencia que se trata de permissão excepcional e específica, a depender do juízo de oportunidade e conveniência da Administração.

É dizer: se a participação de consórcios é excepcional, algum sentido faria em exigir justificativas para sua permissão, mas jamais quanto à sua restrição.

Não bastasse a inequívoca letra da lei, decorre do próprio senso comum que a formação de consórcios de empresas só tem sentido para a possível execução de objetos extraordinários, vultosos, altamente complexos ou inauditos. Exatamente nesse sentido leciona o administrativista Marçal Justen Filho:

“É usual que a Administração Pública apenas autorize a participação de empresas em consórcio quando as dimensões e a complexidade do objeto ou as circunstâncias concretas exijam a associação entre os particulares.” (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 13ª ed., p. 476)

Obviamente, o caso em análise, que trata de pregão presencial, não envolve contratação extraordinária, haja vista que, nos termos do art. 1º da Lei n.º 10.520/02, tal modalidade destina-se precisamente à “aquisição de bens e serviços comuns”.

Considerando que o objeto da licitação envolve ramo único de atividade, qual seja, a prestação de serviços comuns de tecnologia da informação, que dificilmente demandaria a associação de duas ou mais empresas, conclui-se que a vedação em questão não implicou restrição à competitividade do certame.

A propósito, os consideráveis riscos da banalização dos consórcios, que não passaram despercebidos pelo legislador, são também descritos em pormenor pelo referido autor:

“Em regra, o consórcio não é favorecido ou incentivado pelo nosso Direito. Como instrumento de atuação empresarial, o consórcio pode conduzir a resultados indesejáveis. A formação de consórcios acarreta risco da dominação do mercado, através de pactos de eliminação de competição entre os empresários. No campo de licitações, a formação de consórcios poderia reduzir o universo da disputa. O consórcio poderia retratar uma composição entre eventuais interessados: em vez de estabelecerem disputa entre si, formalizariam acordo para eliminar a competição. Aliás, a composição entre os potenciais interessados para participar de licitação pode alcançar a dimensão da criminalidade.” (Idem)

Andou bem o denunciado, portanto, ao restringir a participação de empresas consorciadas, prática potencialmente anticompetitiva e lesiva ao erário, incompatível com a aquisição de

produtos e serviços comuns por meio de pregão e desestimulada na Lei Nacional de Licitações e Contratos.

Além disso, desde que observados os limites legais, a escolha da melhor forma de contratação cabe ao administrador, utilizando-se de critérios de conveniência e oportunidade, resguardando-se a vantajosidade para a Administração Pública.

Conforme exposto, não havendo sido indicada grave infração a norma legal ou regulamentar, afasto o apontamento de irregularidade.

2.2. Não houve previsão de entrega de impugnações do edital e de recursos via fac-símile ou e-mail – itens 3.2.1 e 11.9 do edital.

O *Parquet* destacou que, nos itens 3.2.1 e 11.9 do edital, não havia previsão para interposição de eventual recurso via fac-símile ou e-mail.

Também quanto a este ponto, não foi indicado o dispositivo normativo supostamente descumprido.

Ressalto que as Leis n.ºs 8.666/93 e 10.520/02 não trazem disposições específicas sobre a forma recursal e, sobretudo, não impõem aos órgãos licitantes ampla permissividade quanto à admissibilidade dos recursos.

Considerando-se que, para participação no pregão presencial em questão tiveram os proponentes que apresentar propostas em meio físico e fazer-se representar presencialmente na sessão de recebimento das propostas (art. 4º, VI, da Lei n.º 10.520/02), não é desarrazoado, nem causa embaraço ao direito de petição, que a manifestação de irresignação se dê por via análoga, qual seja, mediante protocolo físico.

Compulsando os autos, constatei que a empresa Tecnologia Global Ltda. manifestou intenção de interpor recurso pessoalmente, conforme se verifica na ata de abertura do certame, fls. 28/30 e 946/948.

Verifiquei também que a denunciante interpôs, com sucesso, recurso perante a pregoeira, apreciado fundamentadamente às fls. 617/619, evidenciando ausência de prejuízo aos interessados.

Assim, afasto a imputação de irregularidade.

III – CONCLUSÃO

Por todo o exposto, considerando que não foram confirmadas as irregularidades apontadas pela denunciante, manifesto-me, acorde com o órgão técnico, pela improcedência da denúncia, tendo em vista ainda a constatação de que as demais questões suscitadas pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas não comprometeram a legalidade ou a competitividade do certame.

Intime-se a denunciante do inteiro teor desta decisão.

Findos os procedimentos pertinentes à espécie, archive-se o processo, a teor do previsto no inciso I do art. 176, regimental.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Primeira Câmara do Tribunal de Contas, por unanimidade, na conformidade da ata de julgamento, nos termos da proposta de voto do Relator, considerando que não foram confirmadas as irregularidades apontadas pela denunciante, em declarar, acorde com o órgão técnico, a improcedência da denúncia, tendo em vista a constatação de que as demais questões suscitadas pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas não comprometeram a legalidade ou a competitividade do certame. Intime-se a denunciante do inteiro teor desta decisão. Findos os procedimentos pertinentes à espécie, archive-se o processo, a teor do previsto no inciso I do art. 176, regimental.

Votaram o Conselheiro em substituição Licurgo Mourão e a Conselheira Presidente Adriene Andrade.

Presente à Sessão a Procuradora Sara Meinberg.

Plenário Governador Milton Campos, 26 de maio de 2015.

ADRIENE ANDRADE
Presidente

HAMILTON COELHO
Relator

(assinado eletronicamente)

RRMA/Di

CERTIDÃO

Certifico que o Diário Oficial de Contas de ____/____/____ publicou a Súmula do Acórdão supra para ciência das partes.

Tribunal de Contas, ____/____/____.

Coordenadoria de Taquigrafia e Acórdão