

Processo: 1095355
Natureza: DENÚNCIA
Denunciante: Renato Zica Pimentel, representante legal da empresa Pro-Ambiental Tecnologia Ltda.
Denunciados: Marcos Afonso Ribeiro Nobre, Gerente de Redes, Materiais e Serviços, e Dulce Pimenta Gonçalves, Secretária municipal de Saúde de Montes Claros, ambos subscritores do termo de referência
Órgão: Prefeitura Municipal de Montes Claros
Interessado: Humberto Guimarães Souto
Procuradores: Daniel Alexandre Portilho Jardim, OAB/MG 116.339; Rafael de Oliveira Lage, OAB/MG 112.452; Melissa de Carvalho Santana, OAB/MG 167.526; Lucas Oliveira Brum, OAB/MG 183.983; Thiago Pereira Costa, OAB/MG 154.026; Leonel Moraes Barros, OAB/MG 188.940; Lara Abelha de Assis Cruz, OAB/MG 192.889; Thales Estevam Ramalho Marques, OAB/MG 192.644, e Otávio Batista Rocha Machado, Procurador-Geral do Município, OAB/MG 89.836
MPTC: Cristina Andrade Melo
RELATOR: CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA

PRIMEIRA CÂMARA – 2/8/2022

DENÚNCIA. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. SERVIÇOS DE COLETA, TRANSPORTE E TRATAMENTO DE RESÍDUOS. UNIDADE DE TRATAMENTO LICENCIADA NO MUNICÍPIO. IRREGULARIDADE. CLÁUSULA RESTRITIVA. ERRO GROSSEIRO. PROCEDÊNCIA. APLICAÇÃO DE MULTA. ARQUIVAMENTO.

1. Segundo o art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei n. 8.666/93, é vedado “admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, (...) ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato (...)”.
2. Erro grosseiro é o que poderia ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal, ou seja, que seria evitado por pessoa com nível de atenção aquém do ordinário, consideradas as circunstâncias do negócio. É aquele que decorre de uma grave inobservância de um dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Primeira Câmara, por unanimidade, e diante das razões expendidas no voto do Relator, em:

- I) julgar procedente a Denúncia em razão da irregularidade contida no item 8.1.4 do termo de referência anexo ao edital, de que a unidade de tratamento de resíduos licenciada fosse localizada no Município de Montes Claros;
- II) aplicar multa individual no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), com fulcro no art. 85, inciso II, da Lei Complementar n. 102/2008, ao Sr. Marcos Afonso Ribeiro Nobre, Gerente de Redes, Materiais e Serviços, e à Sra. Dulce Pimenta Gonçalves, Secretária Municipal de Saúde de Montes Claros;

- III) determinar a intimação do denunciante e dos denunciados acerca do teor desta decisão;
- IV) determinar, cumpridas as disposições regimentais, o arquivamento dos autos.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Substituto Hamilton Coelho e o Conselheiro Durval Ângelo.

Presente à sessão o Subprocurador-Geral Daniel de Carvalho Guimarães.

Plenário Governador Milton Campos, 2 de agosto de 2022.

JOSÉ ALVES VIANA
Presidente, em exercício, e Relator

(assinado digitalmente)

PRIMEIRA CÂMARA – 2/8/2022

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

I – RELATÓRIO

Trata-se de denúncia oferecida pela empresa Pró-Ambiental Tecnologia Ltda., na qual é apontada suposta irregularidade no Processo Licitatório n. 377/2020, Pregão Eletrônico n. 151/2020, deflagrado pelo Município de Montes Claros, cujo objeto é a “contratação de sociedade empresária ou unipessoal especializada na prestação de serviços de coleta, transporte e tratamento por destruição térmica (incineração) e destinação final de resíduos contaminantes químicos e biológicos para atender a demanda da Secretaria de Saúde do Município de Montes Claros – MG”.

De acordo com a Denúncia, em resumo, o item 8.1.4 do termo de referência anexo ao edital seria irregular por restringir indevidamente a competitividade no certame, na medida em que apenas a licitante Serquip Tratamento de Resíduos MG Ltda. teria condições de apresentar o referido comprovante.

Alega ainda a denunciante que apresentou a melhor proposta no certame, mas, após apresentação de recurso pela empresa Serquip contra a habilitação da denunciante, o município considerou que o plano operativo apresentado não atendia às exigências do edital, especificamente o mencionado item 8.1.4, uma vez que a disposição final dos resíduos coletados seria realizada em sua unidade localizada no município de Lavras.

Em decisão monocrática juntada na peça n. 5 do SGAP, indeferi o pedido liminar de suspensão do certame e determinei o envio dos autos ao Ministério Público junto ao Tribunal para “emissão de parecer”, sem remeter os autos anteriormente à unidade técnica.

Os autos foram redistribuídos ao Conselheiro Mauri Torres, por força do disposto no art. 115 do Regimento Interno.

Ato contínuo, o Ministério Público junto ao Tribunal ofereceu manifestação preliminar, peça n. 10 do SGAP, na qual apontou ser irregular a exigência contida no item 8.1.4 do edital, qual seja a exigência de comprovante de unidade de tratamento licenciada no Município de Montes Claros, por restringir indevidamente a competitividade no certame e, ainda, direcionar o resultado do certame para contratação da empresa Serquip Tratamento de Resíduos MG Ltda., única empresa que possui unidade de tratamento licenciada no Município de Montes Claros.

O novo relator, contudo, deferiu apenas parte dos requerimentos ministeriais e determinou a intimação do atual Prefeito do Município de Montes Claros, Sr. Humberto Guimarães Souto, a fim de que, no prazo de 5 (cinco) dias, fosse encaminhada cópia das fases interna e externa do processo licitatório n. 377/2020 e eventual contrato dele decorrente, além de outros esclarecimentos que entender pertinentes, conforme peça n. 12 do SGAP.

O Município de Montes Claros apresentou manifestação e os documentos foram juntados na peça n. 16 do SGAP.

Segundo o exame da Unidade Técnica, peça n. 21 do SGAP, entendeu-se indevidamente restritivo da competitividade o item 8.1.4 do termo de referência anexo ao edital do Pregão n. 151/2020, fato que teria resultado na desclassificação indevida da empresa Pró-Ambiental Tecnologia Ltda., que apresentou o menor preço para execução dos serviços.

Apontou ainda, a Unidade Técnica, que a contratação com preço a maior oneraria os cofres públicos em R\$ 0,07/kg de resíduos e a apuração do potencial superfaturamento foi estimada

em cerca de R\$5.760,93 (cinco mil, setecentos e sessenta reais e noventa e três centavos) durante a vigência de um ano do contrato.

O *Parquet* de Contas, em manifestação preliminar, requereu a citação das autoridades que subscreveram o termo de referência (peça n. 23 do SGAP).

Por meio do despacho constante da peça n. 24 do SGAP, o então relator determinou a citação dos responsáveis.

Em 4/8/2021, os autos foram novamente redistribuídos à minha relatoria, por aplicação do disposto no art. 115 regimental.

Em 4/10/2021 foram juntados às peças n. 32 e 33 do SGAP as defesas da Sra. Dulce Pimenta Gonçalves e do Sr. Marcos Afonso Ribeiro Nobre, subscritas pelo Procurador-Geral do Município de Montes Claros, Dr. Otávio Batista Rocha Machado.

Em reexame, a Unidade Técnica, peça n. 35 do SGAP, conclui que a denunciante poderia ter apresentado preliminarmente recurso questionando o item 8.1.4 do edital e alegando a restrição à competitividade, visto não possuir unidade de tratamento de resíduos licenciada em Montes Claros.

Afirmou ainda a Unidade Técnica que não foi possível verificar a existência do possível dano ao erário correspondente à diferença entre o valor de R\$6,00/kg do lance ofertado pela empresa Pró Ambiental e o valor de R\$6,07/kg contratado com a empresa Serquip.

Os autos foram encaminhados ao Ministério Público junto ao Tribunal que emitiu parecer conclusivo constante da peça n. 37 do SGAP.

É o relatório no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

II.1) Da irregularidade do item 8.1.4 do termo de referência anexo ao edital

Primeiramente, é importante destacar que não interfere no julgamento o fato da denunciante ter firmado declaração de pleno atendimento às exigências contidas no edital, pois o objeto de análise na presente denúncia é a restrição da competitividade no certame decorrente da exigência contida no item 8.1.4 do termo de referência anexo ao edital e não sua desclassificação, sendo essa mera consequência da irregularidade apontada.

Acorde com a manifestação do *Parquet* de Contas, entendo que nem a Lei Orgânica nem o Regimento Interno do Tribunal de Contas de Minas Gerais exigem como requisito de admissibilidade de denúncias ter o interessado previamente impugnado administrativamente o edital para atacar item editalício que entenda irregular.

Passando à análise da irregularidade constante do edital, verifica-se que o item 8.1.4 do termo de referência anexo ao edital do pregão ora examinado expressamente dispõe:

8.1. No momento da assinatura do CONTRATO, o Licitante vencedor deverá apresentar os seguintes documentos:

[...]

8.1.4. Comprovante de unidade de tratamento licenciada no Município de Montes Claros;

Segundo a denunciante, a única empresa que possuiria unidade de tratamento licenciada no Município de Montes Claros seria a Serquip Tratamento de Resíduos MG Ltda.

Em que pese ter o edital estabelecido que a comprovação de que a licitante vencedora tenha unidade de tratamento no município de Montes Claros se fará no “momento da assinatura do

contrato”, ou seja, posteriormente ao encerramento da licitação, verifica-se que tal regra acaba por se figurar como restritiva de participação.

Isso porque a instalação e o funcionamento de uma unidade de tratamento de resíduos somente poderão ocorrer após o empreendimento passar por todas as etapas exigidas pela legislação ambiental, com a obtenção de diversas licenças, que demandam enorme tempo para serem obtidas.

Nesse sentido, o Ministério Público junto ao Tribunal destaca que os arts. 16 e seguintes da Lei estadual n. 21.972, de 21/1/2016, estabelecem que a construção, a instalação, a ampliação e o funcionamento de atividades e empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento ambiental. E o processo administrativo de licenciamento compreende diversas fases, a saber: licença prévia, licença de instalação e licença de operação.

Portanto, a exigência contida no item 8.1.4 do termo de referência anexo ao edital alija do certame todas as empresas que não possuem previamente no município de Montes Claros unidade de tratamento licenciada, pois ainda que fosse verificada a existência de outra empresa possuidora de unidade de tratamento licenciada no município, a exigência em comento ainda assim seria irregular se não comprovada sua indispensabilidade para a fiel execução do contrato.

Nem mesmo o Termo de Referência apresenta qualquer justificativa para a exigência de que a unidade de tratamento dos resíduos coletados seja localizada no próprio município.

Em oposição, os defendentes alegam que a referida exigência seria imprescindível para resguardar a isenção de responsabilidade do município por eventuais danos ambientais causados pela empresa licitante no transporte, tratamento e destinação final de resíduos de serviço de saúde, diante da previsão contida na Resolução n. 358 do CONAMA. Afirmaram, ainda, que eventual autorização no sentido de que a empresa vencedora não necessitasse ter unidade de tratamento licenciada em Montes Claros atrairia para o município a responsabilidade e o ônus da fiscalização do transporte e destinação final dos resíduos em locais distantes.

Entendo, todavia, que tais argumentos defensivos, contudo, não podem prosperar. Em primeiro lugar porque a Resolução CONAMA n. 358, de 29 de abril de 2005, que “dispõe sobre o tratamento e a disposição final dos resíduos dos serviços de saúde e dá outras providências”, em seu art. 2º, inciso III, tratou de conceituar a estação de transferência de resíduos de serviços de saúde como “uma unidade com instalações exclusivas, com licença ambiental expedida pelo órgão competente, para executar transferência de resíduos gerados nos serviços de saúde, garantindo as características originais de acondicionamento, sem abrir ou transferir conteúdo de uma embalagem para a outra”.

Desse modo, a conceituação, de acordo com o ato normativo expedido pelo próprio CONAMA, de estações de transbordo e a inexistência de vedação de sua utilização demonstra a irregularidade da exigência de que a unidade de tratamento licenciada seja localizada no próprio município.

Como bem destacado pelo *Parquet* de Contas, “a própria empresa atualmente contratada pelo Município de Montes Claros para execução do serviço licitado, Serquip Tratamento de Resíduos MG Ltda., informa em seu *site* que “possui unidade de transbordo em Governador Valadares. Os resíduos que ali chegam são encaminhados para tratamento nas demais unidades da Serquip”.

As informações trazidas nos autos demonstram que a empresa Serquip também presta serviço em diversos municípios mineiros, não possuindo unidade de tratamento de resíduos sólidos em todos eles; ou seja, a utilização de unidades de transbordo é prática adotada também pela

empresa contratada pelo Município de Montes Claros, Serquip, na prestação de serviços para outros municípios do Estado de Minas Gerais nos quais não há unidade de tratamento localizada em seu território, daí porque entendo que a cláusula editalícia (item 8.1.4 do termo de referência) é desarrazoada e irregular.

II.2) Do apontamento da Unidade Técnica sobre a existência de sobrepreço no contrato

Após o exame da documentação encaminhada pela Prefeitura de Montes Claros, a Unidade Técnica apresentou estudo (peça n. 21 do SGAP) no qual ratificou a irregularidade da exigência contida no item 8.1.4 do edital e, ainda, apontou indícios de dano ao erário na execução do contrato decorrente do certame examinado.

Assim, foi apontado um possível superfaturamento total de R\$5.760,93 anual na execução do contrato celebrado com a empresa Serquip Tratamento de Resíduos MG Ltda. em decorrência do certame examinado. Já o dano foi estimado considerando-se a diferença entre o lance apresentado na licitação pela empresa Pró-Ambiental (no valor total anual de R\$494.000,00 ou R\$6,00 por Kg) e o valor contratado com a Serquip (no montante total anual de R\$499.554,93 ou R\$6,07 por KG).

Para que seja possível apurar o valor efetivamente medido e pago até o momento, seria necessário que fossem disponibilizadas as medições realizadas com os respectivos controles de pesagem de RSS, os correspondentes documentos referentes aos pagamentos (Notas de Empenho, Notas Fiscais, cheques ou transferências bancárias), além dos reajustamentos e termos aditivos realizados com suas respectivas justificativas técnicas.

Porém, em sede de manifestação preliminar, entendeu o Ministério Público junto ao Tribunal não ser recomendável, no presente caso concreto, a realização de nova diligência à época para instrução dos autos com as informações e os documentos apontados como necessários para exata quantificação do dano, pois o contrato supostamente causador do dano ao erário já se encontrava em vigor e produzindo seus efeitos. Ainda ressaltou este que o dano eventualmente quantificado seria inferior àquele existente no momento do julgamento da denúncia, uma vez que o contrato com a empresa Serquip continuava em execução.

Posteriormente, a Unidade Técnica, no reexame constante da peça n. 35 afirmou não ter sido possível apurar a ocorrência do suposto dano.

Entendo, nesse caso, que o dano não pode ser presumido e deve ser comprovado nos autos. Nesse sentido, colaciono o seguinte julgado:

REPRESENTAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. FORNECIMENTO DE MATERIAIS PEDAGÓGICOS. FRAUDE EM LICITAÇÃO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO TRIBUNAL. RECONHECIMENTO. PRETENSÃO RESSARCITÓRIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DANO. 1.Reconhece-se a prescrição da pretensão punitiva deste Tribunal, com fundamento em dispositivos da Lei Complementar nº 102, de 2008, em razão do transcurso de prazo superior a cinco anos entre a homologação do pregão presencial e a data da primeira causa interruptiva da prescrição. 2.Em razão da ausência de elementos probatórios de efetivo prejuízo aos cofres municipais, afastam-se a alegação de dano presumido, decorrente de aduzida fraude em pregão presencial, e, por conseguinte, o pedido de ressarcimento ao erário. (Processo n. 1071471, Rel. Cons. Gilberto Diniz, s. 29/10/2020)

Diante do exposto, em face da ausência de comprovação do dano afasto o apontamento feito pela Unidade Técnica.

II.3) Da responsabilidade pela irregularidade constatada

Sobre a responsabilidade dos agentes públicos, entende o Ministério Público junto ao Tribunal ser necessário destacar que a Lei Federal n. 13.655/2018 incluiu disposições na Lei de Introdução às Normas Brasileiras do Direito Brasileiro (LINDB) e passou a dispor sobre a responsabilidade dos agentes públicos nos seguintes termos:

Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

Defende, portanto, que diante do uso do conceito jurídico indeterminado pelo legislador (“erro grosseiro”), compete à doutrina aquilatar o significado e a extensão da expressão para adequada aferição da responsabilidade subjetiva do agente e às instâncias judicial e controladora aplicá-lo conforme as circunstâncias do caso concreto.

Para o Ministério Público junto ao Tribunal, pode ser caracterizada como “erro grosseiro” a que alude o art. 28 da LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) a irregularidade contida no item 8.1.4 do termo de referência, que se reveste de significativa gravidade, pois direcionou a licitação para a contratação de empresa previamente determinada, dada a nuance do caso concreto.

Compulsando os autos do processo licitatório em análise também entendo que o termo de referência, no qual consta a irregular exigência de que a unidade de tratamento de resíduos licenciada seja localizada no Município de Montes Claros, foi subscrito pelo Sr. Marcos Afonso Ribeiro Nobre, Gerente de Redes, Materiais e Serviços, e pela Sra. Dulce Pimenta Gonçalves, Secretária Municipal de Saúde de Montes Claros, e estes agiram com culpa grave seja por não apresentarem qualquer justificativa para a referida exigência, seja porque tal previsão teve o condão de direcionar a licitação à empresa Serquip Tratamento de Resíduos MG Ltda., excluindo-se do certame a empresa ora denunciante mesmo tendo esta apresentado preço menor na licitação.

Considerando as consequências advindas da regra estabelecida no edital, e não havendo a comprovação da ocorrência de dano ao erário, entendo que, *in casu*, deve ser aplicada sanção pecuniária aos responsáveis.

III – CONCLUSÃO

Por todo o exposto, voto pela procedência da Denúncia em razão da irregularidade contida no item 8.1.4 do termo de referência anexo ao edital, de que a unidade de tratamento de resíduos licenciada fosse localizada no Município de Montes Claros, e aplico multa individual no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), com fulcro no art. 85, inciso II, da Lei Complementar n. 102/2008, ao Sr. Marcos Afonso Ribeiro Nobre, Gerente de Redes, Materiais e Serviços, e à Sra. Dulce Pimenta Gonçalves, Secretária Municipal de Saúde de Montes Claros.

Intimem-se o denunciante e os denunciados do teor desta decisão.

Cumpridas as disposições regimentais, arquivem-se os autos.

* * * * *