

Processo: 1066598
Natureza: DENÚNCIA
Denunciante: RSC Indústria de Flocculantes Ltda.
Denunciado: Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Lagoa Formosa (SAAE)
Partes: Júnia Cássia de Sousa Oliveira e Silvestre Nunes de Jesus Silva
Procurador: Paulo Henrique Rabelo da Silveira, OAB/MG 119.560
MPTC: Glaydson Santo Soprani Massaria
RELATOR: CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO

SEGUNDA CÂMARA – 29/9/2022

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. REGISTRO DE PREÇOS. PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS PERTENCENTES AO MESMO GRUPO ECONÔMICO E COM O MESMO REPRESENTANTE LEGAL. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DA PARTICIPAÇÃO EXCLUSIVA DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. NUMERAÇÃO DE FOLHAS. AUSÊNCIA DE TERMO DE REFERÊNCIA. PESQUISA DE PREÇOS INCOMPLETA. APLICAÇÃO DE MULTA. PROCEDÊNCIA PARCIAL. RECOMENDAÇÕES.

1. O credenciamento de empresas que contam com o mesmo representante legal, em conjunto com o fato de serem controladas, coligadas ou subsidiárias entre si, não viola nem as determinações legais nem os termos contidos no edital, de modo que sua ocorrência por si só não é suficiente para configurar irregularidade. O prejuízo à isonomia e à competitividade do certame ocorre quando empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico disputam um mesmo item, o que não ocorreu na licitação em tela.
2. A demonstração de fraude à licitação exige a comprovação de má-fé e a evidenciação do nexo causal entre a conduta das empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico e a frustração dos princípios e objetivos da licitação.
3. A ausência de previsão da participação exclusiva de microempresas (ME) e de empresas de pequeno porte (EPP), nos itens de contratação de valor até R\$ 80.000,000 (oitenta mil reais), configura irregularidade, por contrariar o disposto inciso I do art. 48 da Lei Complementar n. 123/06. Entretanto, se tal ausência não frustrou o aparecimento de empresas do gênero na disputa, nem foi determinante para o resultado do certame, vez que tais empresas figuraram entre as vencedoras, não há que se falar em anulação do certame nem em aplicação de multa pela irregularidade cometida.
4. A numeração das folhas constantes dos autos objetiva assegurar a lisura e a transparência do procedimento licitatório, e sua ausência viola o *caput* do art. 38 da Lei n. 8.666/93. Entretanto, com fulcro nos princípios do formalismo moderado e da razoabilidade, a jurisprudência deste Tribunal comumente considera a ausência de numeração das folhas de determinado processo como falha meramente formal, passível de ser sanada pela Administração.
5. O termo de referência é o documento que substitui o projeto básico nas licitações realizadas sob a modalidade pregão, constituindo elemento de suma importância que descreve minuciosamente todos os elementos necessários para a formalização da contratação.

6. O objetivo da pesquisa de mercado é garantir que o Poder Público não pagará preço superior ao usualmente praticado e, para tanto, não pode prescindir de elementos essenciais como a consulta a mais de um fornecedor e a cotação de todos os itens da planilha. Diante da impossibilidade de comparação de preços por diferentes fornecedores, a pesquisa de preço que considera o valor de apenas uma empresa não pode ser considerada como um indicador válido de preço de mercado.

ACÓRDÃO

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

- I) julgar parcialmente procedente a denúncia formulada pela empresa RSC Indústria de Floculantes Ltda. em face do Pregão Presencial – Registro de Preços n. 003/2019, deflagrado pelo Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Lagoa Formosa, em razão da ausência de previsão de participação exclusiva de ME e EPP, da inexistência de Termo de Referência anexo ao ato convocatório e da falta de numeração das folhas do processo licitatório, bem como da realização de pesquisa de preços de forma incompleta;
- II) aplicar multa de R\$ 1.000,00 (mil reais) à Senhora Júnia Cássia de Sousa Oliveira, superintendente do SAAE, nos termos do art. 85, II, da Lei Orgânica, em razão da pesquisa de preços realizada de forma incompleta;
- III) recomendar aos responsáveis que, na elaboração dos próximos atos convocatórios, observem a regra insculpida no inciso I do art. 48 da Lei Complementar n. 123/06, relativa à participação exclusiva de microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP) nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);
- IV) recomendar, ainda, que, na elaboração dos próximos atos convocatórios, promovam a adequada numeração das páginas do processo licitatório, nos termos do art. 38 da Lei n. 8.666/93;
- V) recomendar, por fim, que, na elaboração dos próximos atos convocatórios, atentem-se à necessidade de elaboração do Termo de Referência;
- VI) determinar a intimação das partes acerca do teor desta decisão;
- VII) determinar o arquivamento dos autos, promovidas as medidas cabíveis à espécie.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro em exercício Adonias Monteiro e o Conselheiro Presidente Wanderley Ávila.

Presente à sessão a Procuradora Maria Cecília Borges.

Plenário Governador Milton Campos, 29 de setembro de 2022.

WANDERLEY ÁVILA
Presidente

CLÁUDIO COUTO TERRÃO
Relator

(assinado digitalmente)

SEGUNDA CÂMARA – 29/9/2022

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

I – RELATÓRIO

Trata-se de denúncia formulada pela empresa RSC Indústria de Floculantes Ltda. em face do Pregão Presencial – Registro de Preços nº 003/2019, deflagrado pelo Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Lagoa Formosa (SAAE), cujo objeto consiste na aquisição de sulfato de alumínio líquido, peróxido de hidrogênio, ortopolifosfato de sódio, hipoclorito de cálcio, cloreto de polialumínio (PAC – hidroxícloreto de alumínio), fluossilicato de sódio e agente químico precipitador de sulfeto.

Alegou a denunciante que o instrumento convocatório não observou a regra insculpida no inciso I do art. 48 da Lei Complementar (LC) nº 123/06, relativa à participação exclusiva de microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP) nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$80.000,00 (oitenta mil reais). Relatou, ainda, que a pregoeira teria descumprido o instrumento convocatório ao credenciar empresas que teriam o mesmo representante legal e que foi surpreendido com a decisão de rejeição de seu recurso, já que teria apresentado suas razões logo após encerrada a sessão de credenciamento, lances verbais e habilitação. Ao final requereu a suspensão do certame.

A denúncia foi recebida em 09/04/19 (fl. 52 da peça nº 14), sendo que a abertura dos envelopes havia ocorrido em 14/03/19.

Às fls. 54/55 da peça nº 14, antes de apreciar o pedido de suspensão liminar, determinei a intimação do presidente do SAAE e da pregoeira, para que informassem a situação atualizada da licitação e apresentassem os esclarecimentos pertinentes, bem como encaminhassem a documentação relativa às fases interna e externa do certame.

Em resposta, o SAAE, às fls. 59/61 da peça nº 14, apresentou esclarecimentos, afirmando, em suma, que não existiam fornecedores competitivos enquadrados como ME ou EPP (no mínimo de três) sediados no município ou regionalmente, capazes de cumprir as exigências estabelecidas edital, e que a utilização do critério da exclusividade levaria ao fracasso do procedimento licitatório. Informou ainda que processo licitatório encontrava-se encerrado, já tendo sido formalizados os contratos para aquisição dos produtos licitados.

Diante disso, superada a fase de abertura dos envelopes, do julgamento das propostas, estando assinados os contratos e iniciado o fornecimento, entendi ultrapassado o momento adequado para a adoção de medida acautelatória, a teor do disposto no art. 60 da Lei Orgânica do Tribunal, motivo pelo qual julguei prejudicado o pedido liminar de suspensão (fls. 927/928 da peça nº 19).

Às fls. 935/941v da peça nº 19, a Unidade Técnica manifestou-se pela procedência parcial da denúncia, acrescentando ainda outras irregularidades identificadas durante a análise, a saber: (a) ausência de numeração das folhas do procedimento licitatório, (b) ausência de Termo de Referência e (c) pesquisa de preços realizada de forma incompleta, propondo ao final a citação dos responsáveis para apresentação de defesa.

O Ministério Público junto ao Tribunal (MPC), por entender ser desnecessária a formulação de aditamentos no presente momento processual, limitou-se a requerer a citação das Senhoras Júnia Cássia de Sousa Oliveira, superintendente do SAAE, e Silvestre Nunes de Jesus Silva, pregoeira, a fim de que se defendessem dos apontamentos do denunciante e do Órgão Técnico (fls. 943/944 da peça nº 19).

À fl. 945 da peça n° 19, determinei a citação das responsáveis, as quais apresentaram defesa conjunta, alegando a regularidade do processo licitatório e ausência de qualquer prejuízo ao erário (fls. 949/950v da peça n° 19).

A Unidade Técnica, em sede de reexame, rejeitou as alegações da defesa e propôs a aplicação das sanções previstas no art. 83 da Lei Orgânica (peça n° 21).

O MPC emitiu parecer conclusivo, em consonância com o Órgão Técnico, entendendo procedentes as irregularidades apontadas, pleiteando a aplicação de multa individual pelas irregularidades, nos termos dos art. 83 a 85, I, da Lei Orgânica (peça n° 23).

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

A) Credenciamento de empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico e com o mesmo representante legal

Segundo a denunciante, a pregoeira, no dia da abertura dos envelopes de proposta e habilitação, credenciou duas empresas, Bauminas Química Ltda. e Nheel Química Ltda., com o mesmo representante, ferindo a cláusula 2.2 do edital do Pregão Presencial n° 003/2019 cujo teor reproduz-se a seguir (fl. 21 da peça n° 14):

2.2 - Não poderão participar os interessados que se encontrarem sob falência, concurso de credores, dissolução, liquidação, empresas estrangeiras que não funcionam no país, nem aqueles que tenham sido declarados inidôneos para licitar ao contratar coma Administração Pública, ou punidos com suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração Pública Municipal; Que estejam reunidas em consórcio e sejam controladas, coligadas ou subsidiárias entre si, qualquer que seja a sua forma de constituição.

Conforme alega ambas as empresas possuem o mesmo representante legal, Ronieris José Sbarai, o que macularia a lisura do certame e prejudicaria a concorrência, além de ocasionar o descumprimento do estipulado no instrumento convocatório e ofensa aos arts. 3° e 41 da Lei n° 8.666/93:

Art. 3° A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

[...]

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada. Por todo o exposto, entendo improcedente a irregularidade apontada.

Em sua defesa, as responsáveis limitaram-se a afirmar que “apesar do fato de mais de uma empresa estar representada pela mesma pessoa, elas não concorreram para o mesmo item, não ocorrendo infração às regras edilícias” (fls. 949/950v da peça n° 19).

Tal informação foi também confirmada pela Unidade Técnica que, em análise inicial (peça n° 4), apurou que as empresas NHEEL Química Ltda. e BAUMINAS Química Ltda. são controladas indiretamente pelo grupo BAUMINAS (fls. 936v/938 da peça n° 19), *in verbis*:

Observa-se que ambas empresas são “controladas, coligadas ou subsidiárias entre si”, e possuem o mesmo representante legal no processo licitatório, Ronieris José Sbarai, o que

macula a lisura do certame e prejudica a concorrência, além de ocasionar o descumprimento do instrumento convocatório e ofensa aos artigos 3º e 41º da Lei 8.666/93:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Art. 41º A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

Portanto, em sede de reexame, para além do descumprimento ao item 2.2 do edital, essa Unidade Técnica entende que o fato de ambas as empresas contarem com o mesmo representante legal, em conjunto com o fato de serem controladas, coligadas ou subsidiárias entre si, é capaz de gerar dúvidas sobre a atuação independente e imparcial das participantes. Opina-se, assim, pela rejeição das razões de defesa e pela procedência do apontamento.

Em consonância com o entendimento acima exposto, o *Parquet* de Contas acrescentou ainda que o credenciamento de empresas cujo representante legal é o mesmo fere um dos mais importantes princípios da Lei de Licitações, qual seja o sigilo das propostas.

Em que pese os argumentos acima, entendo de forma diversa. Primeiramente, vislumbro que não há no edital vedação explícita à participação de empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico e com o mesmo representante legal:

2.2 - Não poderão participar os interessados [...] Que estejam reunidas em consórcio e sejam controladas, coligadas ou subsidiárias entre si, qualquer que seja a sua forma de constituição.

Uma vez que o dispositivo supracitado utiliza a conjunção aditiva “e”, entende-se que as vedações a empresas controladas, coligadas ou subsidiárias aplicam-se somente caso atuem em forma de consórcio, o que não reflete a situação descrita na denúncia.

Da mesma forma, também não há na legislação pátria qualquer vedação do gênero, sendo este entendimento pacífico na jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU), conforme se extrai da ementa do Acórdão nº 2803/2016, abaixo transcrito:

Não existe vedação legal à participação, no mesmo certame licitatório, de empresas do mesmo grupo econômico ou com sócios em relação de parentesco, embora tal situação possa acarretar quebra de isonomia entre as licitantes. A demonstração de fraude à licitação exige a evidenciação do nexo causal entre a conduta das empresas com sócios em comum ou em relação de parentesco e a frustração dos princípios e dos objetivos da licitação.¹

Complementando o entendimento expresso pelo TCU, colacionamos o entendimento apresentado na Denúncia nº 1.031.770, de relatoria do conselheiro José Alves Viana, julgada em 09/02/21:

Não há qualquer dispositivo na Lei 8.666/93 – Lei de Licitações que proíba a participação concomitante de empresas com sócios em comum ou do mesmo grupo empresarial ou familiar em licitações, o que, a princípio, faz crer que essa participação é permitida.

Ainda, segundo a jurisprudência majoritária dos tribunais de contas, o simples fato de empresas com sócios em comum participarem da mesma licitação não permite que a

¹ Tribunal de Contas da União. Acórdão 2803/2016. Representação. Plenário. Relator Ministro-Substituto André de Carvalho.

Administração conclua que essa atuação se dará de forma fraudulenta ou com o objetivo de frustrar os objetivos da licitação. A situação deve despertar a atenção da Administração para eventual prática de conduta irregular, mas não autoriza a inibir, por si só, a participação dessas empresas.

Nesse sentido, tem decidido reiteradamente o Plenário do Tribunal de Contas da União. A título de exemplo, vejamos trecho do voto do Relator Marcos Vinícios Vilaça ao proferir decisão no Processo n. 010.468/2008-8, Acórdão n. 297/2009, julgado em sessão de 4 de março de 2009:

Hoje, diante do texto legal, tal como se encontra redigido há mais de vinte anos, uma mesma empresa não pode apresentar duas propostas, mas nada impede que empresas distintas, embora vinculadas a um mesmo grupo econômico, apresentem diferentes propostas.

À luz do quanto foi acima exposto, pode-se afirmar, com segurança, que a simples participação, nos mesmos procedimentos licitatórios, de duas empresas cujas ações ou cotas pertencem ao mesmo grupo de pessoas, não configura violação ao sigilo da licitação nem fraude comprometedora da competitividade do certame.

Nada obstante, o TCU entende de modo diverso quando a modalidade utilizada for convite ou se tratar de dispensa de licitação, casos em que não há ampla divulgação, de modo que a participação de empresas do mesmo grupo compromete a isonomia e a competitividade inerente às aquisições e contratações públicas.

Por fim resume assim a jurisprudência do TCU:

‘3.5. Do exposto, temos que a legislação que regula a realização de procedimentos licitatórios não veda explicitamente a participação de empresas com sócios em comum. Todavia, este Tribunal já considerou irregular a participação de empresas com sócios comuns em licitações nos seguintes casos:

- a) quando da realização de convites;
- b) quando da contratação por dispensa de licitação;
- c) quando existe relação entre as licitantes e a empresa responsável pela elaboração do projeto executivo;
- d) quando uma empresa é contratada para fiscalizar o serviço prestado por outra, cujos sócios sejam os mesmos. (TCU. Processo n. 010.468/2008-8, Acórdão n. 297/2009. Plenário. Sessão de 04.03.2009.)

O TCU entende, portanto, que há certas exceções no que se refere à possibilidade de participação concomitante de empresas do mesmo grupo familiar ou econômico em procedimentos licitatórios, sendo essa considerada ilegal nas hipóteses de: i) convite; ii) contratação por dispensa de licitação; iii) existência de relação entre as licitantes e a empresa responsável pela elaboração do projeto executivo; e iv) contratação de uma das empresas para fiscalizar serviço prestado por outra.

Como visto, fica claro que a simples participação, nos mesmos procedimentos licitatórios, de duas empresas cujas ações ou cotas pertencem ao mesmo grupo econômico não configura por si só violação ao sigilo da licitação nem fraude comprometedora da competitividade do certame. Ademais, como ressaltado pelas responsáveis, as duas empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico sequer competiram pelo mesmo item na licitação. Dessa forma, entende-se que a participação no certame por meio de diferentes empresas teve finalidade meramente organizativa do complexo grupo empresarial acusado, sem qualquer motivação fraudulenta.

Sobre este ponto, o Tribunal assim se pronunciou na Denúncia nº 1.054.050, de relatoria do conselheiro José Alves Viana, julgada em 22/10/22:

Por meio do Acórdão n. 1.219/2016 – Plenário, o Ministro-Substituto do Tribunal de Contas da União – TCU André Luís de Carvalho afastou a ocorrência de irregularidades em relação à participação de licitantes que pertenciam ao mesmo grupo econômico e tinham sócios com relação de parentesco. Para o Ministro, o fato, isoladamente, não era suficiente para configurar irregularidade, sendo necessária a comprovação de má-fé. O Acórdão sinalizou que não existe vedação legal à participação, no mesmo certame licitatório, de empresas do mesmo grupo econômico ou com sócios em relação de parentesco, embora tal situação possa acarretar quebra de isonomia entre as licitantes. Assim consta da Decisão: “A demonstração de fraude à licitação exige a evidenciação do nexos causal entre a conduta das empresas com sócios em comum ou em relação de parentesco e a frustração dos princípios e dos objetivos da licitação”.

Não obstante, a Administração deve atentar-se a esse cenário, porquanto pode criar suspeita de que as empresas violariam o sigilo da proposta, além da prática de conluio, prejudicando a busca do preço mais vantajoso. Ademais, esta situação pode afrontar os princípios da moralidade, impessoalidade e isonomia, interferindo diretamente na competitividade do certame. A Administração, portanto, deve agir com cautela.

O TCU, em outro julgado, AC-1793-27/11-P, na Sessão de 6/7/2011, de relatoria do Min. Valmir Campelo, decidiu in verbis:

[...]

3.2. Empresas com sócios em comum que apresentam propostas para o mesmo item de determinada licitação

A partir dos procedimentos efetuados, foram identificadas empresas com sócios em comum e que apresentaram propostas para o mesmo item de determinada licitação na modalidade pregão, o que poderia caracterizar, na opinião da unidade técnica, indício de conluio, com o propósito de fraudar o certame. Para ela, “se houver a existência de sócios em comum de empresas que disputam o mesmo item de um mesmo certame, há evidente prejuízo à isonomia e à competitividade da licitação”. Como consequência, ainda para unidade técnica, “é possível que existam empresas atuando como ‘coelho’, ou seja, reduzindo os preços a fim de desestimular a participação de outros licitantes na etapa de lances, desistindo posteriormente do certame para beneficiar a outra empresa que esteja participando do conluio, que, por sua vez, acaba sendo contratada sem ter apresentado a melhor proposta, provocando, assim, prejuízo para a Administração”. Para minimizar a possibilidade da ocorrência desses conluios, seria recomendável, então, que os pregoeiros e demais servidores responsáveis pela condução dos procedimentos licitatórios, tomassem ciência da composição societária das empresas participantes dos certames, mediante alerta por intermédio do Comprasnet, a partir de modificações no sistema a serem feitas pela SLTI, o que foi sugerido pela unidade técnica ao relator, que acolheu a proposta, a qual foi referendada pelo Plenário.

Assim, as decisões do TCU envolvem questões semelhantes àquela sob análise nestes autos. A simples participação de empresas com sócios em comum ou do mesmo grupo empresarial no processo licitatório, desprovida de documentação comprobatória do suposto conluio, não são suficientes para se concluir pela existência de fraude e dano ao erário. Neste caso, sequer ficou caracterizado sobrepreço, hipótese que, eventualmente, resultaria em prejuízo ao erário no caso de efetivação da contratação.

Como visto acima, o prejuízo a isonomia e a competitividade do certame ocorre quando participação de empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico disputam um mesmo item, o que não ocorreu na licitação em tela.

Pelo exposto, entendo que o credenciamento de empresas que contam com o mesmo representante legal, em conjunto com o fato de serem controladas, coligadas ou subsidiárias entre si, não viola nem as determinações legais nem os termos contidos no edital, de modo que

sua ocorrência por si só não é suficiente para configurar irregularidade. Dessa forma, a demonstração de fraude à licitação exige a comprovação de má-fé e evidenciação do nexo causal entre a conduta das empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico e a frustração dos princípios e objetivos da licitação, o que não ocorreu nos autos, motivo pelo qual reputo improcedente a irregularidade apontada pela denunciante.

B) Ausência da participação exclusiva de microempresas (ME) e de empresas de pequeno porte (EPP), nos itens de contratação de valor até R\$ 80.000,000 (oitenta mil reais)

Afirmou a denunciante que o SAAE de Lagoa Formosa não atendeu aos preceitos previstos da LC nº 123/06 que, em seu art. 48, inciso I, torna obrigatória para a União, os Estados e os Municípios a realização de processos licitatórios destinados exclusivamente à participação de ME e EPP nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais). Alertou que na sessão de abertura dos envelopes de proposta e habilitação a pregoeira fora por ela advertida do dever de reservar os itens que atingissem tal valor, mas ainda assim continuou o certame alegando que, segundo consulta ao assessor jurídico, a lei era facultativa, conforme consta da ata (fls. 41/42 da peça nº 14). Por fim, a denunciante ressaltou que a lei não é facultativa e que o edital deveria ser anulado, retificado para contemplar os benefícios de tratamento diferenciado e republicado na forma da lei.

As responsáveis, por sua vez, afirmaram que não havia no município ou na região, nenhuma empresa que comercializasse produtos químicos objetos da licitação, dado que a venda de tais produtos é dominada por grandes fabricantes, sendo raro encontrar pequenas empresas que fabriquem ou vendam produtos químicos. Diante deste cenário, e com base no art. 24 da Lei Complementar 03/10, resolveram “não se aplicar ao procedimento licitatório a exclusividade questionada”. Complementando sua defesa, assim afirmaram as responsáveis (fls. 949/950v da peça nº 19):

O intuito da Lei Municipal Complementar 02/2010 é, especialmente no âmbito das licitações, fomentar o comércio local e regional.

Na licitação sob análise, o objeto era aquisição de produtos químicos específicos para tratamento de água destinada ao consumo humano.

A experiência em procedimentos licitatórios anteriores ajudou o SAAE a traçar os perfis das empresas que comercializam estes produtos químicos.

Primeiramente, se verificou que não há nem no Município e nem na Região nenhuma empresa que comercialize tais produtos químicos, o que é verificável através dos endereços das empresas que participaram do certame.

Além disso, notou-se também, que a venda destes produtos químicos é dominada por grandes fabricantes, sendo raro encontrar pequenas empresas que fabriquem ou vendam produtos químicos.

Diante deste cenário e, resguardado pelo art. 24 da Lei Complementar 03/2010, resolveu não se aplicar ao procedimento licitatório a exclusividade questionada. A decisão, a se ver pelas empresas que participaram do certame, foi acertada.

Em relação à participação exclusiva de ME e EPP em procedimentos licitatórios, a Lei nº 123/06 assim prevê:

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);

II - poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte;

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

§ 1º (Revogado).

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

§ 3º Os benefícios referidos no caput deste artigo poderão, justificadamente, estabelecer a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido.

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

I - (Revogado);

II - não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

III - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado.

IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48.

Em sede de reexame, a Unidade Técnica entendeu que as razões de defesa não mereciam prosperar, pelos argumentos que se seguem (fls. 935v/936v da peça nº 19):

No presente caso, o SAAE, autarquia municipal, teria a obrigação de realizar o certame licitatório destinado exclusivamente à ME e EPP nos itens de contratação cujo valor fosse de até R\$ 80.000,00, conforme previsto no art. 48, inciso I, acima referenciado, o que não ocorreu.

Conforme mencionado na análise inicial, as hipóteses para que o SAAE fosse dispensado da obrigação de efetuar o procedimento licitatório destinado exclusivamente à participação de ME e EPP estão previstas nos art. 49, incisos II e III, da LC nº 123/2006. Entretanto, compulsando os autos, “verifica-se a ausência de comprovação da falta de fornecedores competitivos enquadrados como ME ou EPP (no mínimo de três) sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas edital, bem como que o tratamento diferenciado e simplificado para as ME e EPP não fosse vantajoso para a Administração Pública”.

Dessa forma, esta Unidade Técnica, em sede de reexame, entende que as defendentes não trouxeram qualquer fato ou informação nova que tenha o condão de alterar o entendimento da análise inicial, uma vez que o SAAE não realizou o certame licitatório destinado

exclusivamente à ME e EPP nos itens de contratação cujo valor fosse de até R\$ 80.000,00, infringindo o artigo 48 da LC nº 123/2006, incisos I e III.

Pelo exposto, opina-se pela rejeição das razões de defesa e pela manutenção do apontamento, e se entende que essa ocorrência é uma irregularidade capaz de ensejar a aplicação de sanção às responsáveis, Sra. Júnia Cássia de Sousa Oliveira e Sra. Silvestre Nunes de Jesus Silva, ambas signatárias do edital eivado de irregularidade.

O Órgão Ministerial, por sua vez, afirmou que, de acordo com o art. 48 da LC nº 123/06, modificado pela LC nº 147/14, a reserva de alguns itens de contratação para ME e EPP passou a ser cogente, e não meramente facultativa. Sob esse panorama, assim concluiu o *Parquet* em relação ao caso em tela:

45. Dito isso, cumpre destacar que o caso dos autos amolda-se perfeitamente à hipótese prevista no inciso I acima transcrito.

46. De acordo com informações constantes do edital, o objeto do Pregão Presencial n. 003/2019 era o registro de preços para futura aquisição de produtos químicos destinados a tratamento de água para consumo, sendo possível que grande parte deles possuam valor de contratação inferior a R\$80.000,00 (oitenta mil reais). Portanto, todo o certame deveria ser destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte.

47. A alegação da defesa no sentido de que não havia, nem no Município e nem na Região, nenhuma empresa que comercializasse tais produtos químicos, não justifica o descumprimento do art. 48, I, da Lei Complementar n. 123/2006.

48. Por conseguinte, o Ministério Público de Contas entende que houve inobservância do tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte previsto no art. 48, I, da Lei Complementar n. 123/2006 (com redação dada pela LC n. 147/2014). Vale ressaltar que tal irregularidade gerou efeitos materiais, tendo em vista que, em virtude dela, houve registro de preços apenas de empresas que não preenchiam os requisitos legais.

Dessa maneira, o Ministério Público de Contas conclui deve ser aplicada multa à Sra. Júnia Cássia de Sousa Oliveira (Superintendente do SAAE) e ao Sr. Silvestre Nunes de Jesus Silva (Pregoeira oficial), no valor de R\$ 50.000,00 para cada, nos termos dos art. 83 a 85, I, da Lei Complementar n. 102/08.

De fato, entendo que, não apenas houve ausência de comprovação da falta de fornecedores competitivos enquadrados como ME ou EPP (no mínimo de três) sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas edital, como o próprio processo licitatório comprova o oposto. Das oito empresas que enviaram documentação na fase de credenciamento e habilitação, quatro delas, entre as quais a própria denunciante, enquadram-se como ME ou EPP (Ambiquim Indústria Química Ltda. – EPP, localizada em Mauá/SP, conforme fls. 280/290; Caldas Química Indústria e Comércio Ltda. – EPP, localizada em Caldas/MG, conforme fls. 291/306; A. P. da Silva Produtos Químicos EI/Cheim Produtos Químicos – ME, localizada em Olímpia/SP, conforme fls. 349/356v).

Também não houve, por parte das responsáveis qualquer comprovação de que o tratamento diferenciado e simplificado para as ME e EPP não fosse vantajoso para a Administração Pública. Pelo contrário, nota-se da análise do Termo de Adjudicação (fl. 817 da peça nº 19) que, das cinco empresas vencedoras do certame, três delas são exatamente as empresas acima listadas, demonstrando de forma oposta ao alegado, que as ME e EPP que trabalham com os objetos licitados são plenamente capazes de serem competitivas diante das grandes empresas, mesmo sem contarem com os benefícios estipulados na legislação.

Da análise das propostas apresentadas e lances realizados em relação somente ao item disputado pela denunciante (sulfato de alumínio), a mesma constatação se confirma. Participaram da disputa em conjunto com a denunciante as empresas Caldas Química Indústria e Comércio

Ltda., igualmente uma empresa de pequeno porte, e a Bauminas Química Ltda., apontada no item anterior como um grande conglomerado de empresas do setor químico. As propostas iniciais foram respectivamente de R\$ 0,98, R\$ 1,20 e R\$ 0,97 por kg de produto, e após o início dos lances, a denunciante fez sua proposta final em R\$ 0,89, seguido de uma ferrenha disputa entre as demais até o lance vencedor de R\$ 0,47 por parte da Caldas Química Indústria e Comércio Ltda. (fls. 824/825 da peça nº 19).

Em decorrência, percebe-se que a ausência de previsão da participação exclusiva de ME e EPP, nos itens de contratação de valor até R\$ 80.000,000 (oitenta mil reais) não frustrou o aparecimento de empresas do gênero na disputa, nem foi determinante para o resultado do certame, vez que tais empresas foram maioria entre as vencedoras, e responderam por cerca de dois terços do valor total das contratações. Além disso, considerando o item disputado pela denunciante também foi vencido por uma empresa de pequeno porte, a um lance de praticamente metade do valor, também não há que se falar nem em prejuízo para empresas do gênero, nem para o erário.

Por tudo acima exposto, reconheço a ocorrência da irregularidade apontada, mas em decorrência da ausência de prejuízo a competitividade para ME e EPP, e também ao erário, entendo ser suficiente a expedição de recomendação às responsáveis para que, em futuras licitações, incorporem as determinações legais referentes.

C) Rejeição indevida do recurso interposto pela denunciante

De acordo com a denunciante, o recurso por ela interposto foi indevidamente rejeitado, pois embora tenha apresentado suas razões após o encerramento da sessão de credenciamento, lances verbais e habilitação, em conformidade com o que determina a legislação, fora surpreendida com o resultado da análise do recurso apresentado, pois a Assessoria Jurídica argumentou que a recorrente não manifestou interesse em recorrer durante a sessão, opinando pela rejeição do recurso sem análise do mérito. Ao fim, reafirmou que as razões do recurso estão nitidamente dispostas em ata e alegou que a pregoeira deveria analisar o recurso, rever seus atos até então praticados, retificar o edital e republicá-lo na forma da lei.

A interposição de recurso é regulada pelos seguintes incisos do art. 4º da Lei nº 10.520/02:

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

[...]

XVIII - declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contra-razões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos.

XIX - o acolhimento de recurso importará a invalidação apenas dos atos insuscetíveis de aproveitamento;

XX - a falta de manifestação imediata e motivada do licitante importará a decadência do direito de recurso e a adjudicação do objeto da licitação pelo pregoeiro ao vencedor;

XXI - decididos os recursos, a autoridade competente fará a adjudicação do objeto da licitação ao licitante vencedor;

No mesmo sentido, assim dispunha o edital:

8.1 — Declarada a vencedora, qualquer licitante poderá manifestar, imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será dado o prazo de 03 (três) dias para

apresentação das razões do recurso, ficando as demais licitantes, desde logo, intimadas para apresentar contra-razões em igual número de dias, que começarão a correr no término do prazo da recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos.

8.2 — A falta de manifestação imediata e motivada da licitante importará em decadência do direito de recurso e adjudicação do objeto pela pregoeira à vencedora.

A Unidade Técnica, em análise inicial sobre o apontamento, assim entendeu:

Consta da Ata de Abertura das Propostas, fl. 41, que o representante da empresa denunciante apontou uma desconformidade com a Lei Federal nº 123/06 (obrigação do SAAE de realizar o certame licitatório destinado exclusivamente à ME e EPP, nos itens de contratação cujo valor fosse de até R\$ 80.000,00) e outra com o instrumento convocatório (credenciamento de empresas participantes da licitação que tinham o mesmo representante legal).

No entanto, em que pese tenha sido o apontamento da irregularidade registrado em ata, não consta nos autos comprovação de que o denunciante tenha manifestado a intenção de recorrer, como exigido pela legislação acima referenciada. Ele apenas apontou as desconformidades, mas não solicitou para constar em ata a sua intenção de interpor recurso.

Diante do exposto, esta Unidade Técnica considera improcedente o fato denunciado.

Conforme se extrai do edital e da legislação atinente, a interposição de recurso deve ser precedida de imediata e motivada manifestação da intenção de recorrer, decaindo o direito caso permaneça inerte a parte interessada.

Ante o exposto, considero improcedente o apontamento.

D) Ausência de numeração das folhas constantes dos autos

Durante a análise inicial, a Unidade Técnica apontou a ausência de numeração das folhas do procedimento licitatório, o que constituiria uma irregularidade formal do processo licitatório, nos termos a seguir (fls. 938v/939v da peça nº 19):

Considerando a legislação que rege matéria, entende este Órgão Técnico ser necessário analisar tal questão a luz do que dispõe o caput do art. 38 da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa e ao qual serão juntados oportunamente (grifo nosso)

Da análise dos autos verifica-se que não consta a numeração de nenhuma das folhas do processo licitatório, tanto da fase interna, quanto da fase externa. Tal situação, apesar de se mostrar como um vício formal, pode vir a ser prejudicial ao certame.

Segundo o acórdão da representação nº 987927 deste Tribunal de Contas de Minas Gerais, proferido pela Primeira Câmara durante 24ª Sessão Ordinária, em 28/08/2018:

A inobservância de tal formalidade pode proporcionar terreno fértil para fraudes, inserções intempestivas e adulterações. Consoante ensinamento do administrativista Carlos Motta,

“A autuação, o protocolo e a numeração destinam-se a assegurar a seriedade e a confiabilidade da atividade administrativa. A documentação por escrito e a organização dos documentos em um único volume asseguram a fiscalização e controle da legalidade do procedimento.” (In Eficácia nas Licitações e Contratos, 10ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 235)

A autuação, o protocolo e a numeração do processo conferem lisura e transparência ao procedimento licitatório, que caracteriza ato administrativo formal, nos termos do art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93.

Diante do exposto, é de se constatar esta ocorrência como uma irregularidade formal do processo licitatório.

Em relação ao apontamento, as responsáveis assim afirmaram (fls. 949/950v da peça nº 19):

Em relação a numeração de folhas, trata-se de falha meramente formal, que não traz prejuízo a análise do processo, o que se evidencia através dos documentos apresentados na sequência lógica dos atos exigidos pela legislação, não tendo ocorrido inserção ou supressão de documentos que pudessem beneficiar qualquer um dos licitantes, cumprindo assim o princípio da isonomia, previsto no caput do art. 37 da Constituição Federal.

Em sede de reanálise, a Unidade Técnica opinou pela rejeição das razões de defesa e pela manutenção do apontamento, entendendo que essa ocorrência é uma irregularidade formal capaz de ensejar a aplicação de sanção ao responsável.

No mesmo sentido, o MPC entendeu que a autuação, o protocolo e a numeração do processo conferem lisura e transparência ao procedimento licitatório e caracterizam o ato administrativo formal, nos termos do art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, irregularidade essa que, apesar de meramente formal, enseja a aplicação de sanção ao responsável, no caso a Senhora Silvestre Nunes de Jesus Silva, no valor de R\$ 10.000,00, nos termos dos art. 83 a 85, I, da Lei Orgânica desta Corte.

Apesar das razões acima expostas, entendo que, embora a numeração das folhas constantes dos autos confira lisura e transparência ao procedimento licitatório, e sua ausência viole o caput do art. 38 da Lei nº 8.666/93, a aplicação de multa depende da comprovação da ocorrência de efetivo prejuízo ao certame. Esse é o entendimento que expressei nos autos da Representação nº 1.101.645, de minha relatoria, julgada na sessão de 07/07/22, conforme trecho a seguir:

De fato, com fulcro nos princípios do formalismo moderado e da razoabilidade que norteiam os atos processuais praticados pela Corte de Contas, a jurisprudência deste Tribunal comumente considera a ausência de numeração das folhas de determinado processo como falha formal passível de ser sanada pela Administração mediante diligência, não justificando, em regra, a aplicação de sanção ao responsável.

Entretanto, considerando que, no presente caso, a inobservância da numeração das folhas do processo licitatório soma-se aos demais indícios de montagem e simulação de competição, alinho-me ao MPC e julgo procedente o apontamento.²

Considerando que a licitação em tela, embora contenha diversas irregularidades, não apresenta indícios de fraude ou simulação de competição por parte dos licitantes, entendo que a aplicação de multa às responsáveis mostra-se providência desmedida, sendo suficiente a expedição de recomendação para que a falha não se repita em licitações futuras. Nesse sentido, decidi nos autos do Processo Administrativo nº 708.765, consoante fragmento transcrito abaixo:

A responsabilidade pela ausência de numeração das folhas do processo pode ser atribuída aos componentes da Comissão de Licitação. Considerando, porém, que não há nos autos elementos que indiquem a ocorrência de efetivo prejuízo à lisura do certame, entendo suficiente a recomendação ao atual Prefeito para que instrua os Presidentes das Comissões de Licitação do Município a observarem o disposto no art. 38 da Lei nº 8.666/93.³

² Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Representação 1.101.645. Relator Cláudio Couto Terrão. Segunda Câmara - Sessão do dia 07/07/22.

³ Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Processo Administrativo 708.765. Relator Cláudio Couto Terrão. Segunda Câmara - Sessão do dia 25/06/13.

Ante o exposto, considero procedente a irregularidade apontada pela Unidade Técnica, entendendo, todavia, suficiente a mera expedição de recomendação às responsáveis.

E) Ausência de Termo de Referência

Outra irregularidade identificada pela Unidade Técnica foi a ausência de Termo de Referência, apontada nos seguintes termos (939v/940 da peça nº 19):

Ao analisar o processo licitatório do Pregão Presencial/Registro de Preços nº 003/2019 (fls. 16-40) constata-se a ausência do Termo de Referência, instrumento necessário e suficiente à avaliação do custo da Administração.

Sobre o assunto, institui o Decreto Municipal nº 08, de 23 de março de 2005 em seu artigo 8º (fl.933):

Art. 8º A fase preparatória do pregão observará as seguintes regras:

[...]

II – o termo de necessidade é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, diante de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos, a estratégia de suprimento e o prazo de execução do contrato;

[...]

O "termo de necessidade" equivale, nesse caso, ao "termo de referência" previsto no Decreto nº 3.555/2000, que regulamenta o Pregão no âmbito federal. As descrições são semelhantes. Veja-se:

Art. 8º A fase preparatória do pregão observará as seguintes regras:

[...]

II - o termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, diante de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos, a estratégia de suprimento e o prazo de execução do contrato;

Cabe registrar a decisão prolatada por de este Tribunal Contas – TCEMG, em Acórdão da Segunda Câmara da Denúncia nº 849.760, de relatoria do Conselheiro Cláudio Couto Terrão:

O Termo de Referência, específico para a modalidade de pregão, ainda que pelo Sistema de Registro de Preços, é um instrumento de gestão estratégica, sendo, portanto, indispensável. Representa uma projeção detalhada da futura contratação, onde são abordadas questões como: a definição do objeto de forma detalhada, clara e precisa; as etapas; os prazos; o valor estimado da contratação quanto ao custo unitário e global; a modalidade da licitação; a metodologia a ser observada (envolve tanto o tipo de insumos utilizados quanto o manuseio destes insumos); os critérios de avaliação de qualidade do produto; forma de apresentação do produto; critérios para avaliação da habilitação dos proponentes, além de outras questões. Em razão disto, o Termo de Referência é utilizado como um anexo ao edital de licitação.

Diante disso, infere-se que é essencial que os editais de processos licitatórios na modalidade Pregão seja acompanhado do Termo de Referência, de forma a atender aos princípios da publicidade e da isonomia, bem como o inciso I do § 2º do art. 40 da Lei Nacional n. 8.666/1993, o que não ocorreu no caso em comento.

As responsáveis, em sua defesa, apresentaram os seguintes argumentos:

No processo licitatório em questão, encontra-se anexo autorização para abertura de compra onde há o documento “Pedido de aquisição de bens ou de contratação de serviços”, que traz todas as especificações quanto aos itens a serem licitados: descrição detalhada, especificação técnica, forma de fornecimento, local de entrega e validade.

Consta ainda do processo para autorização para abertura de compra, mapa de apuração de preços permitindo avaliar o orçamento detalhado de cada um dos itens licitados, bem como sua aderência do valor de custo à especificação de cada produto.

Neste sentido as informações constantes do processo para autorização para abertura de compra, atende aos termos exigidos no item II do art. 8º do Decreto 3.555 de 8 de agosto de 2.000.

Em sede de reanálise, a Unidade Técnica, entendeu que as razões de defesa não mereciam prosperar, uma vez que tais documentos não suprem a necessidade do Termo de Referência. Afirmou ainda que sua existência decorre de imposição legal inafastável que não foi observada neste processo licitatório, razão pela qual opinou pela manutenção do apontamento, pelos motivos já expostos.

No mesmo sentido, o *Parquet* de Contas considerou que, tendo em vista que não foi apresentado pela defesa nenhum argumento capaz de justificar a ausência de apresentação do Termo de Referência, deveria ser aplicada multa à Senhora Júnia Cássia de Sousa Oliveira, superintendente do SAAE, no valor de R\$ 10.000,00, nos termos dos art. 83 a 85, I, da Lei Orgânica.

Sobre o tema, cumpre reproduzir entendimento por mim expressado na Denúncia nº 911.916, de minha relatoria, julgada em 20/09/16:

Analisando o Anexo I do edital (fl. 209), tido pela defesa como termo de referência do Pregão nº 02/2014, constata-se que o documento não contempla todas as características necessárias para delinear, de forma pormenorizada, o objeto da licitação. Isso porque o Anexo I é o modelo de proposta comercial e conta, tão somente, com a descrição e a quantidade do material pretendido pela Administração.

O termo de referência é o documento que substitui o projeto básico nas licitações realizadas sob a modalidade pregão, constituindo elemento de suma importância que descreve minuciosamente todos os elementos necessários para a formalização da contratação. A esse respeito, ensina Marçal Justen Filho:

O dito “termo de referência” consiste na formalização documental das avaliações da Administração acerca disso tudo. Nele se evidenciarão as projeções administrativas acerca da futura contratação, de molde a assegurar que a Administração disponha de todas as informações necessárias a determinar a necessidade, a viabilidade e a conveniência da contratação.⁴

O termo de referência deve conter, nos termos da legislação mineira aplicável à matéria (Decreto nº 44.786/08 – art. 4º, XX), todos os elementos necessários e suficientes (i) à verificação da compatibilidade da despesa com a disponibilidade orçamentária, (ii) ao julgamento e classificação das propostas, (iii) à definição da estratégia de suprimento, (iv) à definição dos métodos de fornecimento ou de execução do serviço e (v) à definição do prazo de execução do contrato. A necessidade de fazer constar o termo de referência como um anexo dos editais de licitação deflagrados com vistas à aquisição de pneus está consolidada no âmbito desta Corte, encontrando-se essa orientação expressa na cartilha intitulada “Principais irregularidades encontradas em editais de licitação – PNEUS”:

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico*. 3ed. São Paulo: Dialética.2004. p. 70.

O Termo de Referência, específico para a modalidade de pregão, ainda que pelo Sistema de Registro de Preços, é um instrumento de gestão estratégica, sendo, portanto, indispensável. Representa uma projeção detalhada da futura contratação, onde são abordadas questões como: a definição do objeto de forma detalhada, clara e precisa; as etapas; os prazos; o valor estimado da contratação quanto ao custo unitário e global; a modalidade da licitação; a metodologia a ser observada (envolve tanto o tipo de insumos utilizados quanto o manuseio destes insumos); os critérios de avaliação de qualidade do produto; forma de apresentação do produto; critérios para avaliação da habilitação dos proponentes, além de outras questões. Em razão disto, o Termo de Referência é utilizado como um anexo ao edital de licitação.

A ausência de termo de referência anexo ao edital constitui, portanto, irregularidade, que afronta o disposto no inciso II do art. 8º do Decreto Federal nº 3.555/00 e o inciso I do § 10º do art. 7º do Decreto Estadual nº 44.786/08, que estabelecem o termo de referência como anexo necessário do ato convocatório do pregão.

Considero, assim, irregular o item em análise, o que enseja a imputação de multa aos responsáveis.

No presente caso, todavia, apesar de ausente o Termo de Referência, entendo que os anexos do edital contêm informações que deveriam compor o referido documento e que foram capazes de, em boa medida, suprir a finalidade a que ele se propõe. O objeto licitado foi especificado de forma clara e precisa, com descrição da composição e características químicas, conforme normas reguladoras da ABNT, além do modo de fornecimento, descarga e parcelamento das entregas. Não por acaso, não houve por parte de nenhuma empresa interessada dúvidas quanto ao fornecimento dos itens licitados.

Dessa forma, embora considere procedente a irregularidade apontada pela Unidade Técnica, entendo que, uma vez que os documentos anexos foram capazes de suprir com relativo sucesso a ausência do Termo de Referência, a aplicação de multa não seria razoável, sendo suficiente a expedição de recomendação à Senhora Júnia Cássia de Sousa Oliveira, superintendente do SAAE, para que elabora adequadamente o referido documento em futuras licitações.

F) Pesquisa de preços realizada de forma incompleta

Por fim, a última irregularidade identificada pela Unidade Técnica refere-se à pesquisa de preços realizada de forma incompleta pela licitante. Isso porque constatou-se que na fase interna do Pregão nº 003/2019 foi efetuada pesquisa de mercado (fls. 111/140 da peça nº 14) de forma restrita, uma vez que, apesar de contar com um número razoável de empresas, conforme fl. 123, a maioria dos produtos possuía somente preço dado por uma empresa, ou seja, não foi possível realizar uma contraposição de valores de modo a se chegar a um valor médio.

Essa situação poderia ser comprovada no “mapa de apuração das cotações de pesquisas de mercado” (fls. 124/139 da peça nº 14), no qual é possível observar que, para a maioria dos itens, existe somente uma empresa que apresentou proposta. Ao final, é apresentado um histograma de cotações do processo de compra (fl. 140 da peça nº 14), em que os valores de cotação mínima e máxima são iguais, exceto para os itens:

“Ortopolifosfato de Sódio em base seca, contido em solução aquosa [...]” e “Sulfato de Alumínio Líquido Standart com baixo teor de ferro, solução incolor [...]”, demonstrando a diversificação de propostas somente para estes produtos.

Em decorrência, afirmou que a licitação está em desacordo com o inciso IV do art. 43 da Lei nº 8.666/93.

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

[...]

IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;

Acerca do tema, a Unidade Técnica ressaltou ainda o julgamento dos Recursos Ordinários nº 1.040.714 e 1.040.780, pelo Tribunal Pleno em 24/10/18:

A pesquisa de preço, na forma prevista no inciso IV do art. 43 da Lei 8.666/93, é instrumento necessário para demonstrar a lisura dos atos administrativos na fase interna do procedimento licitatório. É, ainda, por meio dela que se dará o embasamento da estimativa da contratação, principalmente para o julgamento da viabilidade dos valores ofertados pelos licitantes, em respeito aos princípios da economicidade e eficiência.

Salientou também que, apesar de constar dos autos a cotação de preços com 6 (seis) empresas, a falta de diferentes propostas para cada item individualmente configuraria irregularidade, conforme jurisprudência a seguir:

Por fim, ainda que a IN – SLTI/MPOG 5/2014 permita consulta a apenas um tipo de fonte de consulta (art. 2º) e excepcionalmente pesquisa de mercado com menos de três propostas de fornecedores, a jurisprudência do TCU orienta que o orçamento estimado das licitações seja elaborado com o uso de fontes diversificadas a fim de dar maior segurança no que diz respeito aos valores a serem adjudicados (ACÓRDÃO Nº 1445/2015 – TCU – Plenário).

Portanto, segundo o Órgão Técnico, é recomendável que sejam pesquisadas outras fontes alternativas, tais como:

- (i) pesquisas de valores adjudicados em licitações de órgãos públicos;
- (ii) valores registrados em atas de SRP;
- (iii) compras/contratações feitas por corporações privadas em condições análogas àquelas da Administração Pública;
- (iv) pesquisas em sítios eletrônicos de compras governamentais de outros entes federados;
- (v) extratos de publicações contratuais;
- (vi) vendas efetuadas por fornecedores a entes privados ou públicos;
- (vii) consultas a revistas especializadas;
- (viii) questionários, se a pesquisa for feita diretamente no estabelecimento comercial;
- (ix) ligação telefônica, adotando-se o cuidado de registrar o contato telefônico, dia e hora da ligação e nome do atendente;
- (x) internet, entre outros.

Ao final, a Unidade Técnica concluiu pela irregularidade formal do procedimento licitatório, uma vez que a pesquisa de preços foi realizada de forma incompleta

Em sua defesa, as responsáveis se limitaram a afirmar que o restrito mercado de fabricantes de produtos químicos dificulta a cotação de preço, mas que apesar disso não houve qualquer prejuízo ao erário e os valores contratados estavam dentro do praticado no mercado.

Em sede de reexame, essa Unidade Técnica reitera a conclusão exarada na análise inicial, uma vez que as responsáveis não trouxeram qualquer fato ou informação nova que tivesse o condão de alterar o entendimento inicialmente exarado.

Por sua vez, Órgão Ministerial ressaltou que a existência de falhas e/ou a falta de pesquisa adequada de preços resultam em risco de aquisição de produtos e serviços por valores que não representam aqueles de mercado, concluindo pela aplicação de multa à Senhora Júnia Cássia de Sousa Oliveira, superintendente do SAAE e responsável pela pesquisa de preços, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), conforme os termos dos art. 83 a 85, I, da Lei Orgânica.

Em relação à pesquisa de preços realizada de forma incompleta, assim me pronunciei no acórdão da Denúncia nº 911.916, de minha relatoria, julgada em 20/09/16:

Conforme previsto no art. 43, IV, da Lei nº 8.666/93, é indispensável que se faça, na fase interna da licitação, cotação ampla e detalhada de preços do objeto a ser contratado, visando aferir a compatibilidade dos preços orçados com aqueles praticados no mercado.

[...]

Ressalta-se que a norma legal não define como deve ser realizada a cotação de preços do objeto a ser contratado, cabendo à doutrina e à jurisprudência a indicação das formas pelas quais será feita a pesquisa desses valores.

A forma amplamente conhecida e tradicional na doutrina para a pesquisa de preços sempre consistiu na cotação de três orçamentos perante os fornecedores, realizada na fase interna da licitação.

Nesse cenário, verifica-se que na documentação constante na fase interna do certame, intitulada “mapa de apuração das cotações de pesquisa de mercado”, acostada às fls. 160/163, a Administração realizou pesquisa com três empresas. Contudo, os itens 1, 2, 3, 8, 12, 13, 14 e 15 foram cotados com apenas uma empresa e os itens 7, 9, 10 e 11 foram cotados com duas. Apenas os itens 4 e 6 tiveram os preços apurados junto às três empresas. Constata-se, assim, que de 15 itens licitados, 8 deles (mais da metade) foram cotados com apenas uma empresa.

O objetivo da pesquisa de mercado é garantir que o Poder Público não pague preço superior ao usualmente praticado e, para tanto, não pode prescindir de elementos essenciais como a consulta a mais de um fornecedor e a cotação de todos os itens da planilha. Diante da impossibilidade de comparação de preços por diferentes fornecedores, a pesquisa de preço que considera o valor de apenas uma empresa não pode ser considerada como um indicador válido de preço de mercado. Nesse sentido são as lições de Joel de Menezes Niebuhr, *in verbis*:

O orçamento daquilo que se está licitando é ato fundamental para a condução de todo processo, especialmente para proceder ao controle dos preços propostos à Administração, se excessivos ou inexequíveis. Sem o orçamento, sem saber o quanto custa o que se está licitando, a Administração não dispõe de elementos para realizar tais controles, e, por consequência, passa a aceitar quaisquer tipos de valores, em detrimento ao interesse público.⁵

Desse modo, uma vez que não restou demonstrada a ampla cotação do preço unitário dos produtos licitados na fase interna do procedimento licitatório, [...], considero irregular o item, o que enseja a imputação de multa aos responsáveis.

Compulsando os autos, verifica-se que a irregularidade identificada pela Unidade Técnica é pertinente, uma vez que a pesquisa de preços, ao ser realizada junto a apenas uma empresa proponente, é incapaz de apresentar uma contraposição de valores de modo a se chegar a um valor médio, não servindo ao objetivo a que se propõe a prática.

Além disso, dentre os seis produtos licitados, três foram vencidos pelo próprio ofertante na pesquisa inicial de preços, sendo que em dois desses não houve disputa entre empresas. Apesar

⁵ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão Presencial e Eletrônico*. 3. ed. rev. e atual. Curitiba: Zênite, 2005. Pág.: 130.

disso, apenas o produto Fluossilicato de Sódio teve preço obtido em valor idêntico ao inicialmente orçado, tendo todos os demais itens sido arrematados em valores inferiores aos constantes na pesquisa de preço.

Diante disso, embora potencialmente grave a irregularidade, tendo em vista que a ausência de pesquisa adequada de preços resulta em risco de aquisição de produtos e serviços por valores que não representam aqueles de mercado, é possível vislumbrar que a exceção de um item adjudicado pelo mesmo valor, todos os demais foram arrematados por valores inferiores aos orçados.

Saliente-se que com a inclusão do art. 28 à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, o legislador passou a qualificar e restringir as ações que são aptas a gerar a responsabilidade pessoal do agente, afastando a possibilidade de responsabilização objetiva, e preconizando que o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas somente em caso de dolo ou erro grosseiro.

Válido frisar que o erro grosseiro foi definido, em âmbito federal, pelo art. 12, § 1º, do Decreto nº 9.830/19, que regulamentou os arts. 20 a 30 da LINDB, sendo compreendido como “aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia”. O aludido decreto aproximou, assim, o conceito de erro grosseiro ao de culpa grave.

Logo, admite-se inferir que o agente só poderá ser responsabilizado pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas, se sua conduta antijurídica for praticada com dolo ou culpa grave, o que deverá ser apurado no caso concreto.

No caso dos autos, embora não haja comprovação de dolo, entendo que está caracterizada culpa grave por parte da superintendente da SAAE, haja vista ser notório que uma pesquisa de mercado adequada exige a orçamentação com diferentes fornecedores para uma correta comparação de preços.

Nesse cenário, entendo procedente a irregularidade apontada pela Unidade Técnica, a qual enseja a imputação de multa à Senhora Júnia Cássia de Sousa Oliveira, superintendente do SAAE e responsável pela pesquisa de preços.

III – CONCLUSÃO

Em face do exposto, julgo parcialmente procedente a denúncia formulada pela empresa RSC Indústria de Floculantes Ltda., em face do Pregão Presencial – Registro de Preços nº 003/2019, deflagrado pelo Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Lagoa Formosa, em razão da ausência de previsão de participação exclusiva de ME e EPP, da inexistência de Termo de Referência anexo ao ato convocatório e da falta de numeração das folhas do processo licitatório, bem como da realização de pesquisa de preços de forma incompleta.

Aplico multa de R\$1.000,00 (mil reais) à Senhora Júnia Cássia de Sousa Oliveira, superintendente do SAAE, nos termos do art. 85, II, da Lei Orgânica, em razão da pesquisa de preços realizada de forma incompleta.

Recomendo aos responsáveis que, na elaboração dos próximos atos convocatórios, observem a regra insculpida no inciso I do art. 48 da Lei Complementar nº 123/06, relativa à participação exclusiva de microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP) nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$80.000,00 (oitenta mil reais).

Recomendo, ainda, que, na elaboração dos próximos atos convocatórios, promovam a adequada numeração das páginas do processo licitatório, nos termos do art. 38 da Lei nº 8.666/93.

Recomendo, por fim, que, na elaboração dos próximos atos convocatórios, atente-se a necessidade de elaboração do Termo de Referência.

Intimem-se as partes acerca do teor desta decisão.

Promovidas as medidas legais cabíveis à espécie, arquivem-se os autos.

* * * * *

ms/kl