

Processo nº: 1.114.766**Natureza: Denúncia****Denunciante: Futura Comércio de Materiais Educacionais Ltda.****Jurisdicionado: Associação de Municípios da Microrregião do Médio Sapucaí**

Trata-se de denúncia, com pedido de medida cautelar, formulada pela sociedade empresária Futura Comércio de Materiais Educacionais Ltda., em face do edital do Pregão Presencial nº 06/22, tipo menor preço global, deflagrado pela Associação de Municípios da Microrregião do Médio Sapucaí (AMESP) para o registro de preços na forma de licitação compartilhada para a contratação de empresa especializada no fornecimento de brinquedos pedagógicos e *playground*.

Protocolizada em 30/03/22, sob o nº 9000219200/2022, a denúncia veio instruída com cópia do instrumento convocatório e seus anexos (peças nºs 2/4), tendo sido recebida por despacho do conselheiro-presidente (peça nº 12) e distribuída à minha relatoria no mesmo dia, às 14h51min (peça nº 13).

Consoante preâmbulo do instrumento convocatório, a sessão para abertura do pregão presencial estava prevista para ocorrer no dia 29/03/22, às 09h00min.

A denunciante afirma que a adoção pela AMESP do tipo menor preço global como critério de julgamento do Pregão Presencial nº 06/22 impossibilitou sua participação no certame.

Nessa linha, argumenta que não há fundamento para deixar de desmembrar o objeto do pregão, permitindo a realização de lances por itens, pois os bens licitados seriam os mais diversos (*playgrounds*, camas infantis e kits de peças de montar).

Informa que as fabricantes de alguns desses itens licitados, como Freso, Mundo Azul, Catavento Brinquedos, Brink Mobil, etc., fornecem preços mais vantajosos a certos revendedores, o que prejudicaria a competitividade da proposta global dos outros licitantes.

Sustenta, ainda, que as vantagens concedidas por essas fabricantes, além de restringir a competitividade do certame, pode viabilizar o superfaturamento de certos itens dentro da proposta global dos revendedores privilegiados.

Destaca que a opção por esse critério de julgamento contraria o disposto no art. 15, IV, da Lei nº 8.666/93 e a orientação da Súmula nº 247 do Tribunal de Contas da União.

Ao final, requer, liminarmente, a suspensão do certame.

À vista das considerações apresentadas pela denunciante em sua exordial e da documentação juntada, encaminhei os autos à Secretaria da Segunda Câmara a fim de que intimasse, com urgência, o Senhor Wagner do Couto, pregoeiro, para que apresentasse esclarecimentos acerca dos fatos apontados.

Regularmente intimado (peças nºs 15/18), o gestor apresentou os seguintes esclarecimentos (peça nº 19):

1 - DO NÃO FRACIONAMENTO DO OBJETO (MENOR PREÇO GLOBAL)

Com relação ao objeto da denúncia, qual seja, à adoção da licitação do tipo menor preço global, de acordo com o que dispõe o artigo 23, §§ 1º e 7º, da Lei 8666/93, tem-se que:

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

(...)

§ 1º As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.

(...)

§ 7º Na compra de bens de natureza divisível e desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo, é permitida a cotação de quantidade inferior à demandada na licitação, com vistas a ampliação da competitividade, podendo o edital fixar quantitativo mínimo para preservar a economia de escala.

À vista de mencionados dispositivos foram editadas as Súmulas 247, do Tribunal de Contas da União e 114, do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, respectivamente, com seguintes redações:

Súmula nº 247 - TCU:

"É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade".

Súmula 114 – TCE/MG

É obrigatória a realização de licitação por itens ou por lotes, com exigências de habilitação proporcionais à dimensão de cada parcela, quando o objeto da contratação for divisível e a medida propiciar melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e a ampla participação de licitantes, sem perda da economia de escala, adotando-se, em cada certame, a modalidade licitatória compatível com o valor global das contratações.

Uma leitura apressada poderia levar o

conclusão de que a adoção do tipo de julgamento “menor preço global” seria, a princípio, uma irregularidade.

No entanto, é de se observar que ambas as Súmulas em questão possuem condições no sentido de que a licitação por itens somente deve ser adotada quando:

- a) tal medida propiciar melhor aproveitamento das condições de mercado;
- b) não acarretar perda da economia de escala; e
- c) não acarretar prejuízo para o conjunto ou complexo a ser contratado.

As disposições acima expostas, evidenciam de forma clara e incontestável o caráter excepcional do regramento que compele a Administração Pública a licitar o objeto em diversos itens, posto que,

são claras ao condicionar tal obrigação à comprovação da viabilidade técnica e econômica de tal fracionamento, assim como, à inexistência da perda da economia de escala. Na mesma linha condicional, o parágrafo sétimo do artigo 23 ressalta necessidade de inexistência de prejuízo ao conjunto do objeto que se pretende adquirir.

Não se discute que, em determinadas situações, o fracionamento do objeto licitado em vários itens permitirá a participação de um maior número de licitantes e que tal fato democratiza o acesso às contratações públicas.

Quanto a tal fato, não resta a menor dúvida, todavia, apesar da competição e acirrada disputa entre os particulares serem objetivos traçados na norma regulatória em comento, tal não permite prejuízos ao erário com o único fim de possibilitar maior acesso aos particulares. O que se pretende com o processo licitatório, além da democratização da participação, é a maior vantajosidade para a Administração.

E esta é a situação na qual se encontra a AMESP, de forma que o objeto foi reunido em LOTE Único.

Dada a peculiaridade do objeto, seu desmembramento em vários itens, geraria, além de dificuldades na gestão contratual, maior preço e ainda, o que inviabilizaria a implementação da solução.

Destaque-se ainda que a adoção do julgamento por menor preço global está devidamente justificada no Termo de Referência cujo teor transcrevemos:

13. DA JUSTIFICATIVA.

Considerando a necessidade de obter regular andamento de trabalho desenvolvido em toda Administração Pública, através das atividades das Secretarias Municipais envolvidas nas mais diversas modalidades, especialmente na realização das atividades pedagógicas atribuídas a essas brincadeiras, pois, esses brinquedos são capazes de motivar as crianças a agir socialmente, ajudando umas as outras na diversão e aprendizado, nesse sentido, o significado de brincar vai além da diversão em si, significa aprender a resolver problemas, tomar decisões, explorar, negociar e conseguir se expressar de forma legítima através de situações que são relevantes e muito significativas. Assim brincadeiras e jogos podem e devem ser utilizados como forma de ferramenta importante de educação para o educado através da orientação e observação, o mesmo pode avaliar e compreender como acontece o desenvolvimento social, cultural, emocional, físico-motor de cada indivíduo.

O agrupamento dos itens em um único lote também visou tornar mais eficiente o processo de aquisição do registro de preços, para evitar emissão de empenhos com valores ínfimos, e assim, proporcionar um processo mais eficaz e econômico. Cabe lembrar que o agrupamento de itens torna o preço mais atraente e compensatório em termos logísticos ao fornecedor, fomenta a disputa e amplia o número de interessados na licitação; e, finalmente,

considerando que este procedimento atende aos princípios que norteiam as aquisições públicas de bens e serviços e esta prática visa adquirir o melhor pelo menor preço, dentro de uma possível e maior aproximação da padronização fica plenamente justificado o agrupamento de itens específicos.

Assim sendo, o presente Termo de Referência tem por objetivo definir o conjunto de elementos que nortearão o procedimento licitatório para a contratação de empresa no ramo pertinente.

(...)

Quanto ao Preço Global:

O objeto foi reunido em LOTE Único por se tratar de uma solução composta, ou seja, não há como funcionar sem estarem integrados os diversos itens, pelas características de soluções desta natureza.

Dada a peculiaridade dos objetos, seu desmembramento em vários itens, geraria, além de dificuldades na gestão contratual, maior preço e ainda, o risco de um item ou mais restarem fracassados, o que inviabilizaria a implementação da solução.

Se cada item do grupo for considerado e precificado separadamente, o seu valor de fornecimento aumentará sensivelmente, elevando o seu valor estimado.

Assim, considerando-se a inviabilidade técnica e econômica para o parcelamento da solução em sua amplitude da presente contratação, bem como consideradas as suas respectivas peculiaridades, interdependência e natureza acessória entre os itens que compõem a solução, a contratação pretendida deverá ser realizada de forma global.

Justifica-se, portanto, a adoção do tipo menor preço global. É sabido da prevalência da licitação por itens ou lotes de itens para cada parcela do objeto quando este é divisível. Todavia, consoante se retira da Súmula 247 do Tribunal de Contas da União esta medida só se dá quando não se verifica prejuízo para o conjunto ou complexo ou implique em perda de economia de escala. No mesmo sentido caminha a jurisprudência do Tribunal de Contas de Minas Gerais que admite a adoção do menor preço global quando justificada sua pertinência segundo um viés técnico.

Pouso Alegre/MG, aos 08 de Março de 2022.

1 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, esperamos que as justificativas apresentadas sejam suficientes para afastar os apontamentos constantes na Representação e, dado o evidente interesse público na efetivação das contratações, seja autorizado o seguimento do processo.

Informamos ainda que, não foi efetivada qualquer contratação oriunda do processo objeto da representação estando o processo na fase de apresentação das amostras, motivo pelo qual não há outros documentos a serem juntados.

Por derradeiro, cumpre informar que iremos suspender a homologação do certame até a manifestação deste E. Tribunal, e caso

a decisão seja pela alteração do Edital, o procedimento será revogado e instaurado novo procedimento.

No caso concreto, o pregão presencial, deflagrado pela AMESP, objetiva o registro de preços para futura e eventual contratação de empresa especializada no fornecimento de brinquedos pedagógicos e *playground*, materializados em 45 (quarenta e cinco) itens diversos.

Esta Corte de Contas tem entendido, no que se refere ao parcelamento do objeto, que as obras, os serviços e as compras serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, sempre visando o melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e a ampliação da competitividade, sem perda da economia de escala.

Esse melhor aproveitamento dos recursos disponíveis, por certo, reside na esfera discricionária do gestor público que detém o conhecimento da melhor opção que atenderá ao interesse público.

Nesse sentido, quando do julgamento da Representação nº 1.058.586, pela Segunda Câmara, na sessão do dia 06/08/20, deixei consignado o seguinte:

De início, percebo a necessidade de transcrever, para o deslinde da questão, o texto do § 1º do art. 23 da Lei de Licitações, nestes termos:

Art. 23 –

[...]

§ 1º As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.

Veja-se, que a redação é clara, serão divididas as obras, os serviços e as compras em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis e visando, sempre, *ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala*. Esse melhor aproveitamento dos recursos disponíveis, por certo, reside na esfera discricionária do gestor público que detém, com mais propriedade que este Tribunal, o conhecimento da realidade do mercado em sua região ou no entorno de seu município, das limitações geográficas

que podem ou não onerar os contratos, da existência ou não de diversos fornecedores, enfim, da melhor opção que atenderá ao interesse público.

A Segunda Câmara deste Tribunal, na sessão do dia 25/06/20, nos autos da Denúncia nº 1.013.199, de relatoria do conselheiro Gilberto Diniz, ao apreciar a necessidade de parcelamento de objeto semelhante, assim se manifestou:

1. Critério de julgamento - menor preço global

A denunciante alegou que o objeto da licitação deveria ter sido fracionado, por englobar serviços distintos entre si e que poderiam ser realizados por diversos prestadores, sendo que a reunião de uma série de serviços em um só edital restringiu o número de participantes na disputa. Nesse sentido, pugnou pela alteração do tipo de licitação para “menor preço por item”.

(...)

Efetivamente, nas situações em que a Administração Pública almeja contratar objetos complexos, distintos ou divisíveis, a legislação de regência preconiza a realização de licitação por itens ou lotes, com vista a melhor aproveitar os recursos disponíveis e a aumentar a competitividade. Nesse sentido, registro o disposto no § 1º do art. 23 da Lei nº 8.666, de 1993: (...)

O dispositivo transcrito evidencia que, nos procedimentos licitatórios, a Administração deve verificar a possibilidade e a viabilidade técnica e econômica de dividir o objeto em itens ou lotes, de modo a permitir que o maior número de interessados participe da disputa, o que, por conseguinte, tende a aumentar a competitividade do certame e a viabilizar a obtenção de melhores propostas.

Compulsando os autos, constatei que a Prefeitura Municipal de Sacramento promoveu o Processo Licitatório nº 069/2017, referente ao Pregão Presencial nº 043/2017, para a contratação de prestador de serviço especializado em “organização de eventos, para produção, organização e execução de todos os serviços envolvidos nas festividades do aniversário da cidade, compreendendo o fornecimento de serviços de mão de obra e toda a estrutura necessária à realização do evento, hospedagem, fotografia, produtor de eventos, apresentação de artistas locais, regionais e nacionais, recepção/portaria, mestre em cerimônia, assistente de produção e decoração (...).”

Relativamente às licitações em que o objeto consiste na prestação de serviços, fornecimento de materiais e de equipamentos necessários à infraestrutura de festividades, entendo, a princípio, que o parcelamento do objeto em itens pode afetar a dinâmica que se pretende alcançar no momento de sua execução, na medida em que pode comprometer cronogramas diferenciados de diversos

prestadores e, em última análise, prejudicar a própria realização do evento.

Na licitação em apreço, constatei que não foi demonstrado nos autos que o fracionamento do objeto em itens alcançaria maior economia diante do aumento da competitividade, tampouco que a definição do objeto, tal como descrita no edital, tenha prejudicado a disputa ou causado prejuízo ao interesse público. Pelo contrário, a Ata da Sessão Pública do Pregão Presencial nº 043/2017, anexada à fl. 73, atesta o credenciamento de três licitantes no certame, sendo alcançado o preço de R\$264.200,00, abaixo do montante estimado, qual seja, o valor de R\$265.850,00.

Ademais, a justificativa para a contratação dos serviços de forma integrada foi disposta no preâmbulo do instrumento convocatório (fl. 17), nos seguintes termos:

1.1.1 – Justificativa para adoção do critério de julgamento: Tendo em vista que o certame envolve itens diversos como divulgação do evento; disponibilização de estrutura para rodeio e palco; tendas; estrutura de sonorização; sistema de monitoração do palco; shows; e camarotes; etc, foi constatada a necessidade de várias locações durante a elaboração da programação deste evento, não havendo saldo quantitativo em processos licitatórios vigentes neste município, o que torna menos complexa a contratação global para este serviço em especial. Ademais, mostra-se vantajosa técnica e economicamente a adoção do menor preço global, haja vista que o objeto pode ser executado em sua integralidade por diversas empresas que atuam no ramo, mantendo-se a competitividade do certame ao propiciar a ampla participação de potenciais licitantes, sendo inviável faticamente a adoção do menor preço por item, a fim de manter a uniformidade dos serviços, reduzindo os riscos de conflitos entre as partes e o número de contratos a serem gerenciados pelo Município, evitando assim um possível prejuízo ao conjunto ou complexo técnico do objeto licitado ou provável prejuízo ao erário com a perda da economia de escala.

Assim, a meu sentir, não houve, nesse particular, ilegalidade configurada capaz de comprometer a lisura do procedimento, de modo que, em consonância com o entendimento manifestado pela Unidade Técnica, afasto o apontamento de irregularidade denunciado e examinado neste tópico.

A regra do parcelamento do objeto deve ser lida, ainda, em consonância com o que dispõe o art. 12 do Estatuto das Licitações e Contratações Públicas:

Art. 12. Nos projetos básicos e projetos executivos de obras e serviços serão considerados principalmente os seguintes requisitos:

I - segurança;

II - funcionalidade e adequação ao interesse público;

III - economia na execução, conservação e operação;

IV - possibilidade de emprego de mão-de-obra, materiais, tecnologia e matérias-primas existentes no local para execução, conservação e operação;

V - facilidade na execução, conservação e operação, sem prejuízo da durabilidade da obra ou do serviço;

VI - adoção das normas técnicas, de saúde e de segurança do trabalho adequadas;

VII - impacto ambiental.

Assim, além do juízo técnico administrativo de verificar a viabilidade de parcelamento do objeto em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala, deve o gestor levar em consideração conjuntamente a segurança, a funcionalidade e a adequação ao interesse público; a economia na execução, a conservação e a operação; a possibilidade de emprego de mão-de-obra, materiais, tecnologia e matérias-primas existentes no local para execução, conservação e operação; a facilidade na execução, na conservação e na operação, sem prejuízo da durabilidade da obra ou do serviço; a adoção das normas técnicas, de saúde e de segurança do trabalho adequadas; e o impacto ambiental.

Ademais, só procedendo assim é que se verão atendidas as diretrizes e os princípios insertos no art. 3º, caput, da Lei nº 8.666/93. Os dispositivos legais citados não exigem para reunião em lote único que haja correlação, interdependência e vínculo entre os itens que compõem o objeto licitado. Com efeito, repiso, o administrador público, na legítima esfera de sua competência e na sua margem legal de discricionariedade, é quem melhor detém o conhecimento de seu mercado local e de sua real necessidade.

Das razões apresentadas pelo gestor, constata-se, em um juízo de cognição sumária, que a escolha pela reunião dos diversos itens em um único lote pautou-se pelo melhor aproveitamento dos recursos disponíveis, tendo sido o critério de julgamento devidamente justificado no Termo de Referência.

Com efeito, a sustação de procedimento licitatório, como medida de tutela de urgência, nos termos dos arts. 197 e 198, III, do Regimento Interno, obrigando a autoridade administrativa a não praticar nenhum ato até que o

mérito do processo seja julgado, assume caráter de excepcionalidade, que demanda a demonstração clara da presença dos fundamentos básicos previstos no art. 300, *caput*, do Código de Processo Civil (CPC), quais sejam: a probabilidade do direito alegado e o perigo da demora.

Não basta a presença de um ou outro, senão de ambos os elementos da tutela provisória, devidamente comprovados, sob pena de inobservância do princípio do devido processo legal, ante a antecipação de decisão e a preterição das fases processuais, sem a devida premência a justificar o tratamento excepcional.

Nessa linha, discorre Didier Jr. acerca do perigo de dano para fins de concessão de medida acautelatória, *in verbis*:

Importante é registrar que o que justifica a tutela provisória de urgência é aquele perigo de dano: i) concreto (certo), e, não, hipotético ou eventual, decorrente de mero temor subjetivo da parte; ii) atual, que está na iminência de ocorrer, ou esteja acontecendo; iii) grave, que seja de grande ou média intensidade e tenha aptidão para prejudicar ou impedir a fruição do direito.¹

Ou seja, o perigo de dano que autoriza a tutela cautelar é **concreto, atual e grave**, delimitado com precisão por quem alega.

Desse modo, à vista das razões apresentadas e do fato de que a adoção do critério de julgamento “Menor Preço Global” encontra-se justificada, não se verificando, nesse momento, risco à competitividade e à seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, considero que não restou demonstrada a probabilidade do direito alegado. Dessa forma, **indefiro a medida cautelar** requerida pela denunciante.

Ressalte-se que essa decisão não obsta, todavia, a fiscalização ulterior desta Corte de Contas dos desvios e ilegalidades porventura praticados.

¹ DIDIER JR. Fredie. *Curso de direito processual civil*, 13. ed., Salvador: Jus Podivm, 2016, vol. II, p. 609.



Isso posto, encaminho os autos à **Secretaria da Segunda Câmara** a fim de que, intime, com urgência, por meio eletrônico, nos termos do inciso VI do §1º do art. 166 do Regimento Interno, o representante legal da sociedade empresária Futura Comércio de Materiais Educacionais Ltda., denunciante, e o Senhor Wagner do Couto, pregoeiro, sobre o teor desta decisão.

Ato contínuo, remetam-se os autos à Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação (CFEL) para análise técnica.

Em seguida, encaminhe-se o processo ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas (MPC) para que se manifeste nos termos do art. 61, § 3º, do Regimento Interno.

Belo Horizonte, 12 de abril de 2022.

Cláudio Couto Terrão
Conselheiro Relator