

Processo: 1007808
Natureza: DENÚNCIA
Jurisdicionado: Prefeitura Municipal de São Francisco
Denunciante: Avançar Pavimentação, Construções e Equipamentos – Eireli EPP
Denunciados: Luiz Rocha Neto (Prefeito à época), Roberto Eder Alves da Rocha (Presidente da Comissão de Licitação à época), Ana Márcia Vieira Cabral (Membro da Comissão de Licitação à época), Márcio Valdeir Leal (Membro da Comissão de Licitação à época), Antônio Afonso Almeida (Secretário Municipal de Obras e Transportes à época), Joseli Vieira Mendes (Assessora Jurídica à época)
Procuradores: Christiane Caldeira de Souza Rezende, OAB/MG 150.905; Luiz Fernando Rodrigues, OAB/MG 166.819
MPTC: Glaydson Santo Soprani Massaria
RELATOR: CONSELHEIRO SUBSTITUTO HAMILTON COELHO

PRIMEIRA CÂMARA – 10/11/2020

DENÚNCIA. TOMADA DE PREÇOS. ENQUADRAMENTO DE EMPRESA DE PEQUENO PORTE. CONCEITO PREVISTO NA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006. INABILITAÇÃO IRREGULAR. PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM CONSÓRCIO. DISCRICIONARIEDADE DO GESTOR. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA DENÚNCIA. APLICAÇÃO DE MULTA.

1. A Administração, por força do princípio da legalidade, deve observar o conceito de microempresa e empresa de pequeno porte contido no teor da Lei Complementar n.º 123/2006.
2. Na hipótese de dúvidas quanto ao enquadramento de empresa no conceito legal de EPP, os agentes públicos responsáveis devem promover diligências nos órgãos competentes, com base no poder-dever de diligência previsto no art. 43, §3º, da Lei n.º 8.666/93, a fim de evitar a inabilitação indevida de participantes.
3. Não sendo a licitação exclusiva para microempresas e empresas de pequeno porte, o não enquadramento no conceito legal, por si só, não é causa para a inabilitação da empresa descaracterizada, que apenas não poderá usufruir das demais hipóteses de tratamento diferenciado.
4. A responsabilidade pela inabilitação indevida recai sobre os membros da CPL, à qual compete receber, examinar e julgar os documentos e procedimentos relativos às licitações e ao cadastramento de licitantes, e, no tocante à habilitação, é responsável pela condução da sessão de abertura dos envelopes, a teor do disposto no art. 43, §1º, da Lei Nacional de Licitações.
5. A participação de empresas em consórcio nas licitações é excepcional, a depender do juízo de oportunidade e conveniência da Administração.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Primeira Câmara, por unanimidade, e diante das razões expendidas na proposta de voto do Relator, em:

- I) julgar parcialmente procedente a denúncia em face das irregularidades confirmadas nas Tomadas de Preços n.ºs 003 e 004/2016, promovidas pela Prefeitura Municipal de São Francisco, com amparo no disposto no art. 85, inciso II, da Lei Complementar n.º 102/08, e aplicar multa individual de R\$1.000,00 (mil reais) aos membros da Comissão Permanente de Licitação, Srs. Roberto Eder Alves da Rocha, Ana Márcia Vieira Cabral e Márcio Valdeir Leal, em razão da inabilitação indevida da empresa denunciante, com grave infração ao disposto no art. 43, § 3º, da Lei n.º 8.666/93 (item 1);
- II) determinar a intimação da denunciante e dos denunciados do inteiro teor desta decisão e, findos os procedimentos pertinentes, o arquivamento dos autos, a teor do previsto no inciso I do art. 176 do Regimento Interno.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Sebastião Helvecio, o Conselheiro Durval Ângelo e o Conselheiro Presidente José Alves Viana.

Presente à sessão a Procuradora Sara Meinberg.

Plenário Governador Milton Campos, 10 de novembro de 2020.

JOSÉ ALVES VIANA
Presidente

HAMILTON COELHO
Relator

(assinado digitalmente)

PRIMEIRA CÂMARA – 10/11/2020

CONSELHEIRO SUBSTITUTO HAMILTON COELHO:

I – RELATÓRIO

Tratam os presentes autos de documentação protocolizada pelo Ministério Público junto a este Tribunal em cujo teor consta denúncia formulada por Avançar Pavimentação, Construções e Equipamentos – Eireli EPP em face de possíveis irregularidades nos procedimentos licitatórios Tomada de Preços n.º 003/2016 e n.º 004/2016, realizados pela Prefeitura Municipal de São Francisco.

A Tomada de Preços n.º 003/2016 teve por objeto a contratação de empresa especializada para pavimentação asfáltica no município, conforme contrato de financiamento BDMG/BF 216085/16, nos bairros São Lucas, Jardim Regalito, Aparecida, João Aguiar, Funcionários e no Distrito de Vila do Morro, ao valor estimado de R\$ 1.500.000,00.

A seu turno, a Tomada de Preços n.º 004/2016, teve por objeto a contratação de empresa especializada para execução de pavimentação asfáltica CBUQ no povoado de Mocambo e Travessão de Minas, Ruas do Bairro Morada do Sol e outras ruas, conforme Plano de Trabalho n.º 570/2016, firmado entre o Município de São Francisco e a Secretaria de Transportes e Obras Públicas, ao valor estimado de R\$ 828.798,43.

A denunciante relata que participou de ambos os certames, cujas sessões de abertura e julgamento de propostas ocorreram em 25/5/16, havendo sido, contudo, inabilitada de forma injusta. Explica que a Comissão Permanente de Licitação (CPL) proferiu a referida decisão porque o faturamento contido no teor do balanço financeiro apresentado não condizia com o enquadramento definido em Lei para Empresas de Pequeno Porte – EPP, para o exercício de 2015. Explicou que, por entender que a definição do enquadramento das empresas não é atribuição da CPL, interpôs recursos contra ambas as decisões de inabilitação, indeferidos pela Comissão.

Além disso, alega que é uma empresa do ramo de pavimentação asfáltica, atuante na região do norte de Minas, e, por isso, notou direcionamento de editais pelos municípios situados na região à empresa Biotec Engenharia Ltda. Explica que tal empresa instalou uma usina asfáltica na cidade de Montes Claros e que, após este fato, os editais de licitação passaram a exigir documentos que apenas referida empresa possuía. Aduz que, tão logo instalada, a empresa Biotec Engenharia Ltda. passou a executar várias obras de grande vulto, vindo a dominar o mercado na região de forma a prejudicar a livre concorrência. Alega, portanto, o favorecimento à referida empresa, em manifesta violação aos princípios da impessoalidade e moralidade.

Por determinação do então Conselheiro Presidente, fl.31, a documentação foi submetida a análise da unidade técnica, que se manifestou por sua autuação como Denúncia, à vista dos indícios de irregularidades nos certames, fls. 32/34.

Em seguida, a documentação foi autuada como Representação, distribuída à minha relatoria, fl. 37.

Posteriormente, encaminhei os autos para instrução, fl. 38, havendo a unidade técnica se manifestado pela citação dos responsáveis, fls. 42/47.

O Ministério Público, por sua vez, suscitou questão de ordem processual para requerer a retificação da natureza dos autos de Representação para Denúncia fl. 50, pedido deferido, fl. 51. Acerca do mérito, pugnou pela citação dos responsáveis, não havendo apresentado apontamentos complementares, fls. 60/61.

Citados, os responsáveis apresentaram defesas e documentos de fls. 73/79 e 82/85, à exceção de Joseli Vieira Mendes, que não se manifestou, conforme certificado pela Secretaria à fl. 86.

A unidade técnica, fls. 88/95, e o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, fls. 97/101, em reexame, opinaram pela procedência da denúncia, com aplicação de multa aos responsáveis.

É o breve relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Passo agora a apreciar os fatos narrados na denúncia, cotejando-os com a manifestação dos denunciados, os documentos anexados aos autos, o estudo técnico elaborado pela diretoria competente e a manifestação do *Parquet*.

1. Inabilitação da denunciante em razão de sua descaracterização como empresa de pequeno porte para os fins da Lei Complementar n.º 123/06

A denunciante relata que participou das Tomadas de Preços n.ºs 003 e 004/2016, da Prefeitura Municipal de São Francisco, que objetivaram a contratação de empresas especializadas para pavimentação asfáltica, cujas sessões de abertura e julgamento de propostas ocorreram em 25/5/16, tendo sido supostamente inabilitada de forma injusta em ambos os certames.

Aduz a denunciante que a Comissão Permanente de Licitação (CPL), ao analisar o balanço patrimonial apresentado, entendeu que a empresa apresentara faturamento anual (exercício de 2015) superior ao valor definido em lei para o enquadramento como Empresa de Pequeno Porte, EPP, fls. 08v e 09v (SGAP: fls. 279/280 - TP n.º 003/2016, cód. 1306244, e fls. 254/255, TP n.º 004/2016, cód. n.º 1306249). Sustentando que a definição do enquadramento não é atribuição da CPL, interpôs recursos contra ambas as decisões de inabilitação, os quais foram indeferidos.

Além disso, relata que é uma empresa do ramo de pavimentação asfáltica, atuante na região do norte de Minas e, por isso, notou direcionamento de editais pelos municípios situados na região à empresa Biotec Engenharia Ltda. Explica que tal empresa instalou uma usina asfáltica na cidade de Montes Claros e que, após este fato, os editais de licitação passaram a exigir documentos que apenas a referida empresa possuiria. Aduz que, tão logo instalada, a empresa Biotec Engenharia Ltda. passou a executar várias obras de grande vulto, vindo a dominar o mercado na região de forma a prejudicar a livre concorrência. Alega, portanto, o favorecimento a referida empresa, em manifesta violação aos princípios da impessoalidade e moralidade.

A unidade técnica ponderou que, no item 05 dos editais de ambos os certames (fls. 27 e 28 dos Arquivos n.ºs 1306244 e 1306249, respectivamente), exigiu-se a apresentação de certidão da Junta Comercial e declaração da própria empresa para a fruição do tratamento diferenciado disposto na Lei Complementar n.º 123, de 14/12/06. Por outro lado, detectou que a apresentação de balanço patrimonial não foi exigida no ato convocatório. Assim, concluiu que a análise foi inadequada para o caso em tela, já que a Comissão Permanente de Licitação teria baseado a sua decisão de inabilitação em documento não exigido no instrumento convocatório. Apontou como responsáveis pelo ato irregular os membros da CPL à época, Srs. Roberto Eder Alves da Rocha, Ana Márcia Vieira Cabral, Márcio Valdeir Leal; o então Prefeito, Sr. Luiz Rocha Neto; o Secretário Municipal de Obras e Transportes à época, Sr. Antônio Afonso Almeida, e a Assessora Jurídica à época, Sra. Joseli Vieira Mendes.

O Ministério Público junto ao Tribunal, por sua vez, foi enfático ao opinar pela procedência do apontamento, com a responsabilização dos agentes pela inabilitação irregular da denunciante, pelas seguintes razões:

“Em análise dos documentos relativos ao procedimento licitatório, juntados através de mídia digital (f. 27), infere-se que a Comissão Permanente de Licitação utilizou os valores referentes ao ativo da empresa, previsto em seu balanço patrimonial, que se encontrava em patamar superior a sete milhões de reais. Ocorre que o total do ativo de uma empresa não se confunde com sua receita bruta anual, apurada na Demonstração dos Resultados do Exercício.

29. Em oposição, a Denunciante juntou aos autos os Documentos de Arrecadação do Simples Nacional referentes aos anos de 2015 e 2016 (f. 11-v/13), além das Notas Explicativas às Demonstrações Contábeis de 2015 (f. 10-v/11). Analisando tais documentos, depreende-se que a empresa apurou no Simples Nacional o acumulado de R\$2.581.928,62, referente ao ano-calendário de 2014, e o acumulado de R\$14.098,31, referente ao ano de 2015.

30. Dessa forma, conforme documentos dos autos, no ano de 2015, a receita bruta da empresa não ultrapassou o limite estabelecido na Lei Complementar 123/2006 para o enquadramento da empresa como empresa de pequeno porte: R\$3.600.000,00.

31. Por essas razões, este Ministério Público entende que a desclassificação da empresa Avançar Pavimentação, Construções e Equipamentos – Eireli EPP foi irregular, motivo pelo qual deve a Denúncia ser julgada procedente quanto a este ponto.

32. Ressalta-se que, em função da desclassificação da empresa e de outra licitante pelo mesmo motivo, a competitividade do certame foi seriamente comprometida, visto que a empresa Biotec Engenharia Ltda. foi a única licitante habilitada, logrando-se vencedora do certame.

33. Entretanto, encontrando-se o procedimento licitatório encerrado e já tendo o contrato sido executado, não há que se falar em anulação do procedimento licitatório ou do contrato, motivo pelo qual, neste momento, cabe a aplicação de multa aos Responsáveis pela prática de ato com infração a norma legal.”

Ao final, o *Parquet* opinou pela aplicação de multa aos membros da CPL e ao Secretário Municipal de Obras, Transporte e Urbanismo.

Em sua defesa, os membros da CPL e o Secretário argumentaram que, mesmo após a apresentação de recurso nos autos do procedimento licitatório pela empresa denunciante, decidiram manter a sua inabilitação, por não vislumbrarem nas razões apresentadas informações supervenientes capazes de demover a conclusão inicial da Comissão (fls. 75). Afirmaram que a decisão de inabilitação foi proferida com base em consulta ao setor contábil do órgão. Ressaltaram que a sua conduta não foi pautada pela má-fé, mas sim pela precisa correção da documentação e formalização dos procedimentos licitatórios, com o intuito de dar maior eficiência à execução do objeto.

O Prefeito à época argumentou que a decisão da CPL não se baseou em qualquer direcionamento do certame, haja vista que todos os membros são servidores de carreira, dotados de alta ética e competência na condução de seus trabalhos. Afirma que o ocorrido demonstra, na verdade, excesso de zelo de todos os envolvidos em ambos os processos licitatórios, para a garantia da eficácia da contratação.

Verifico, dos registros da ata da sessão de julgamento, fls. 08v e 09v, (fls. 279/280, cód. 1306244, e fls. 254/255, cód. 1306249) que acorreram ao certames as seguintes empresas: LM Pavimentações e Construções Eireli ME, Avançar Pavimentação, Construções e Equipamentos – Eireli EPP (Jason Teixeira da Silva Filho EPP, alteração do nome empresarial fls. 249/250 e 188/189) e Biotec Engenharia Ltda.

A CPL, ao abrir a fase de habilitação, recebeu vários questionamentos das participantes e, ao final, decidiu inabilitar as empresas LM Pavimentações e Construções Eireli ME e Avançar

Pavimentação, Construções e Equipamentos – Eireli EPP (Jason Teixeira da Silva Filho EPP), ao concluir que os resultados de seus respectivos balanços patrimoniais demonstrariam resultados superiores, no exercício de 2015, ao teto para enquadramento como EPPs.

Todavia, verifico que a decisão da CPL não foi acertada. Ressalto, de início, a ausência de fundamentação na decisão que inabilitou as empresas, na ata da sessão de julgamento. Ademais, não foi dada às empresas desclassificadas a oportunidade de apresentar documentos para a comprovação da teórica falha apontada.

Sobre o tema, cabe trazer à baila recomendação contida em julgado do TCU:

“9.3. recomendar à Coordenação-Geral de Recursos Logísticos do Ministério das Cidades que, havendo dúvidas sobre o enquadramento de licitante na condição de microempresa ou de empresa de pequeno porte, segundo os parâmetros estabelecidos no art. 3º da Lei Complementar 123/2006, além de realizar as pesquisas pertinentes nos sistemas de pagamento da administração pública federal, **solicite da licitante a apresentação dos documentos contábeis aptos a demonstrar a correção e veracidade de sua declaração** de qualificar-se como microempresa ou empresa de pequeno porte, para fins de usufruir dos benefícios da referida lei complementar.” (Representação TC 027.890/2014-7, sessão plenária de 11/3/2015, Rel. Min Weder de Oliveira. Acórdão TCU 504/2015. Destaquei.)

Na esteira do exposto pelo *Parquet*, ao analisar a documentação contábil apresentada pela denunciante (fls. 240/243, 247 e 257, cód. 1306244 e fls.171/173, cód. 1306249) e os documentos de arrecadação do SIMPLES Nacional referentes aos anos de 2015/2016, além das Notas Explicativas às Demonstrações Contábeis (fls. 10/13 e fls. 268/271, cód. 1306249) infiro que a receita bruta da empresa Avançar Pavimentação, Construções e Equipamentos – Eireli EPP não extrapolou o limite estabelecido no art. 3º, II, da Lei Complementar n.º 123/06 para enquadramento como empresa de pequeno porte.

Com efeito, verifico, dos autos das Tomadas de Preços, que a empresa Avançar Pavimentação, Construções e Equipamentos – Eireli EPP apresentou declaração à Prefeitura de São Francisco (fl. 257, cód. 1306244 e fl. 196, cód. 1306249) e Certidão da Junta Comercial (fl. 223, cód. 1306244 e fl. 173, cód. 1306244) que comprovam o seu enquadramento como empresa de pequeno porte, conforme exigido na legislação aplicável e no instrumento convocatório (item 5.4 – Das Condições de Participação, fl. 34, cód. 1306244 e fl. 27, cód. 1306244).

Ademais, depreende-se, da fundamentação lançada na decisão que indeferiu os recursos administrativos interpostos pela denunciante (fls. 305/307, cód. 1306244 e fls. 288/290, cód. 1306249), que a CPL “subentendeu” que o balanço patrimonial apresentado à Junta Comercial para fins de enquadramento como Empresa de Pequeno Porte se referia ao exercício de 2014, termo que denota diligência insuficiente por parte do órgão. A Comissão Permanente de Licitação, com fulcro no teor do art. 43, § 3º, da Lei n.º 8.666/93, antes de proferir a sua decisão, poderia e deveria ter diligenciado perante a Junta Comercial de Minas Gerais, órgão responsável pelo reenquadramento e o desenquadramento de empresas, de modo a esclarecer sua dúvida quanto ao porte da empresa para fins legais.

Não bastasse, a inabilitação das empresas também se revela indevida visto que o presente certame era aberto à ampla concorrência, isto é, não se tratava de certame reservado às microempresas e empresas de pequeno porte. Logo, eventual não enquadramento apenas levaria à não fruição das demais formas de tratamento diferenciado previstas na LC n.º 123/06, e não à inabilitação da empresa denunciante. Em última instância, ante suspeita de falsidade documental, deve a Administração instaurar processo administrativo para a escorreita apuração dos fatos.

Diante do exposto, julgo procedente o apontamento em exame, ao observar que a conduta dos membros da CPL prejudicou de forma concreta a competitividade do certame e,

consequentemente, a seleção da proposta mais vantajosa para o interesse público, haja vista que duas das três empresas interessadas foram inabilitadas indevidamente, fato que ocasionou a vitória da empresa Biotec Engenharia Ltda. sem que houvesse disputa pelo melhor preço.

No entanto, para fins de responsabilização dos agentes públicos, é pertinente tecer breves considerações.

A responsabilidade pela inabilitação indevida recai especificamente sobre Comissão Permanente de Licitação, que, a teor do art. 6º, inciso XVI, da Lei n. 8.666/93, exerce a atribuição de receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos às licitações e ao cadastro de licitantes, e, no tocante à habilitação, é responsável pela condução da sessão de abertura dos envelopes, a teor do disposto no art. 43, §1º, do referido diploma legal.

Quanto à responsabilidade individual dos membros da CPL, na legislação de regência (art. 50, § 3º, da Lei n.º 8.666/93), dispõe-se que: “responderão solidariamente por todos os atos praticados pela Comissão, salvo se posição individual divergente estiver devidamente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que tiver sido tomada a decisão.” Não havendo registro de ressalva de qualquer dos membros da CPL no caso em tela, toca a todos a responsabilidade pela inabilitação irregular da empresa denunciante.

Diante do exposto, aplico multa individual de R\$ 1.000,00 (mil reais) aos então membros da Comissão Permanente de Licitação, Srs. Roberto Eder Alves da Rocha, Ana Márcia Vieira Cabral e Márcio Valdeir Leal, em razão da inabilitação indevida da empresa denunciante.

2. Participação de empresas em consórcio

O órgão técnico, em exame inicial, detectou que o instrumento convocatório vedou a participação de empresas consorciadas, sem justificativa, conforme teor do item 5.5.5, dos editais das Tomadas de Preços n.ºs 003/2016 e 004/2016, o que restringiria a participação de potenciais licitantes no procedimento e comprometeria seu caráter competitivo.

O *Parquet* se manifestou em idêntico sentido.

A autorização em tela é excepcional. Do texto da Lei n.º 8.666/93, extrai-se ilação oposta ao apontamento, a conferir:

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

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

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

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

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

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

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

O caso em análise, que trata de meras obras de pavimentação asfáltica, a serem realizadas por empresas de engenharia presentes de forma numerosa no mercado, não envolve contratação extraordinária.

Andou bem a Administração, portanto, ao restringir a participação de empresas consorciadas, prática potencialmente anticompetitiva e lesiva ao erário, e desestimulada na Lei Nacional de Licitações e Contratos.

A propósito, a excepcionalidade do consórcio encontra-se consolidada na jurisprudência das duas Câmaras deste Tribunal de Contas, conforme ilustram as decisões do Agravo n.º 951.782 e da Denúncia n.º 932.567 (sessão da Primeira Câmara de 26/5/15) e do Agravo n.º 969.572 e da Denúncia n.º 958.975 (sessão da Segunda Câmara do dia 10/3/16).

Isso posto, julgo improcedente a denúncia neste ponto.

III – CONCLUSÃO

Diante do exposto, em face das irregularidades confirmadas nas Tomadas de Preços n.ºs 003 e 004/2016, promovidas pela Prefeitura Municipal de São Francisco, manifesto-me pela procedência parcial da denúncia e, com amparo no disposto no art. 85, inciso II, da Lei Complementar n.º 102/08, aplicação de multa individual de R\$1.000,00 (mil reais), aos membros da Comissão Permanente de Licitação, Srs. Roberto Eder Alves da Rocha, Ana Márcia Vieira Cabral e Márcio Valdeir Leal, em razão da inabilitação indevida da empresa denunciante, com grave infração ao disposto no art. 43, § 3º, da Lei n.º 8.666/93 (item 1).

Intimem-se a denunciante e os denunciados do inteiro teor desta decisão e, findos os procedimentos pertinentes, arquivem-se os autos, a teor do previsto no inciso I do art. 176 do Regimento Interno.

* * * * *