



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

PROCESSO Nº: 195823/22

ASSUNTO: REPRESENTAÇÃO DA LEI Nº 8.666/1993

ENTIDADE: MUNICIPIO DE ITAIPULANDIA

INTERESSADO: C S MAGON CONSTRUTORA LTDA, CAIO CESAR MAGON, CLEIDE INES GRIEBELER PRATES, CLEOMAR MAFFINI LOWE, ELIZIANE FISCHER, LOWEMETAL SERVICOS METALURGICOS EIRELI, MUNICIPIO DE ITAIPULANDIA, UNIAO SH IMOVEIS E LOTEAMENTOS SPE LTDA, VILSON LOWE

PROCURADOR: ANDERSON LUIS FINDER, ANDRE SPIES, DIEGO PRATES DUARTE, JOSE ALBERTO SALVADORI

RELATOR: CONSELHEIRO FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES

ACÓRDÃO Nº 2881/22 - Tribunal Pleno

Representação da Lei 8.666/93 – Inexiste imposição legal no sentido de que empresas que busquem indevidamente utilizar-se de benefícios cabíveis a MPEs devem ser declaradas inidôneas; o exame da questão deve ser realizado *in casu* – A estrutura necessária para a realização de contrato por empreitada é absolutamente superior àquela para construção por administração, pelo que experiência anterior em construção por administração não se mostra (de modo geral e salvo demonstração em contrário) suficiente para comprovar qualificação técnica para execução de empreitada – Improcedência.

1. RELATÓRIO

A Empresa CS MAGON CONSTRUTORA EIRELLI formalizou Representação da Lei 8.666/93 em desfavor do Município de Itaipulândia, em razão de supostas impropriedades perpetradas em sede da Concorrência Pública 13/2021¹.

Aduz a Representante, em síntese, que: a Empresa vencedora do certame (LOWE CONSTRUÇÃO CIVIL EIRELI) “*se utilizou de uma declaração falsa para conseguir o benefício aplicado as MPEs*”, sendo que, ao invés de ser desclassificada e declarada inidônea, apenas teve afastada a possibilidade de utilização dos benefícios de MPEs; utilizando de seu benefício como MPE, a Representante apresentou a melhor proposta, porém, foi desclassificada sob “o [equivocado] argumento que esta não comprovou por acervo técnico que executou obra por empreitada global e sim através de Administração”, de modo que não atenderia os requisitos de capacidade técnico-operacional.

¹ Edital: 4.2 – Objeto: Contratação de pessoa jurídica para execução de serviços de construção da Escola Municipal Carlos Gomes, incluindo mão de obra com fornecimento de materiais, conforme planilha orçamentária, projetos e memoriais descritivos, atendendo as necessidades da Secretaria de Educação.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

Conclusivamente, apresentou pedido nos seguintes termos:

- a) Determinar Liminarmente a suspensão do Procedimento Licitatório antes que o mesmo possa causar maiores prejuízo para as Partes.
- b) Declarar ilegal o ato praticado pelo Presidente de Comissão de Licitação bem como Prefeita Municipal quando apenas desconsiderou o enquadramento de MPE, sem aplicar as sanções previstas na Legislação vigente.
- c) Reconsiderar a Comprovação Técnica Operacional da Representante diante da apresentação das Certificações apresentadas no processo.
- d) Por consequência considerar a empresa Recorrida desclassificada / inabilitada por não obedecer às regras das normas legais, considerando a Representante habilitada e apta a executar os serviços constantes do procedimento licitatório.
- e) Ao final sendo diverso o entendimento desta Corte e entendendo que não seja possível habilitar a Empresa Representante uma vez que o Município procedeu com atos que não possam ser convalidados requer a anulação do presente procedimento e abertura de um novo processo.

Em análise inaugural contida no Despacho 280/22-GCFAMG (Peça 20): recebi a Representação; indeferi a tutela de urgência; e determinei a adoção das medidas cabíveis com vistas ao atendimento do devido processo.

A Representante complementou sua manifestação nas Peças 30/46, alegadamente juntando documentos que comprovam sua qualificação técnica, e asseverando que *“A capacidade Técnica Operacional independe da forma de execução seja por empreitada Global seja por administração da obra”* e que *“não existe diferença entre Capacidade Técnica e Capacidade Operacional”*.

As Sras. Cleide Inês Griebler Prates (Prefeita) e Eliziane Fischer (Presidente da Comissão de Licitação) acostaram defesa nas Peças 52/67, aduzindo, em síntese, que:

(...) os serviços executados por administração, não podem ser considerados para efeitos de qualificação técnico operacional, já que como explanado anteriormente a estrutura, instalações, equipamentos, equipe e materiais são disponibilizados pela empresa contratante não pelo contratado que simplesmente presta acompanhamento técnico a execução da obra.

No presente caso, não está se questionando a legalidade da execução por administração, mas que determinados encargos como aquisição de material e mão de obra, não deveriam constar no atestado de capacidade técnica, como se assim tivesse a empresa CS MAGON realizado de forma global, sendo que na realidade não executou, sendo que se os serviços foram executados por administração deveria



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

assim ter constado, onde por se tratar de serviço técnico se enquadraria para comprovar a capacidade técnica profissional, porém assim não o fez, **tentando demonstrar suposta execução global de obra que de fato não ocorreu.**

Com isso, considerando as inconsistências acima apontadas, **bem como pelo fato que do balanço patrimonial apresentado pela empresa representante não constar os valores correspondente a execução da referida obra, seja por execução global ou pro administração,** bem como a empresa representante no decorrer do processo administrativo **sequer comprovou através de documento idôneo a forma ajustada de pagamento, já que esta sustenta que não recebeu os valores ajustados, e ainda que o pagamento ocorrerá através de permuta de imóveis,** considerou o atestado de capacidade técnica inidôneo.

(...)

Ademais, não basta-se apresentação de atestado de capacidade técnica inidôneo, **o atestado de capacidade técnica emitido pela Empresa Rei do Jeans em favor da empresa ora representante, não preenche a forma prevista pelo CONFEA.**

De acordo com a Resolução do CONFEA 1.025/2009, **as informações contidas no atestado de capacidade técnica, devem ser declaradas por profissional que possua habilitação nas profissões abrangidas pelo CONFEA/CREA, logo, a empresa contratante não possuindo no seu quadro técnico profissional habilitado, o atestado deverá ser objeto de laudo técnico, conforme disposição do art. 58,** da resolução citada neste parágrafo (...).

(...)

Ademais em relação a decisão proferida em face da empresa LOWE CONSTRUÇÕES CIVIL LTDA que retirou os benefícios de ME ou EPP, tendo mantida a mesma habilitada no certame, foi proferida em consonância com os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e impessoalidade.

Muito embora retirado tais benéficos a mesma foi mantida habilitada no certame, em razão que necessário se faz ponderar qual a finalidade da comprovação do regime tributário enquadrado por parte das empresas, quando da participação nas licitações.

A Coordenadoria de Gestão Municipal (Instrução 3579/22 – Peça 71) opinou pela improcedência da Representação:

(...) a empresa ora representante apresentara atestado de capacidade técnica, sendo que do conteúdo constante do referido atestado, em tese, a obra em questão teria sido executada pela empresa representante de forma global, atendendo assim as exigências do Edital.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

Todavia, o atestado em comento, firmado pela empresa REI DO JEANS CONFECÇÕES EIRELI, declara que a empresa CS MAGON CONSTRUTORA EIRELI, é responsável pela execução de “GALPÃO INDUSTRIAL, DRENAGEM PLUVIAL E PAVIMENTAÇÃO EM PAVER”, declarando que os serviços foram executados de forma satisfatória aos projetos e edificações, cujos serviços executados são elencados na sequência do atestado.

Entretanto, constataram-se inconsistências no atestado de capacidade técnica, a partir da declaração da empresa representante, já que quando em sede de defesa no processo administrativo 155/2022, sustentara:

“foi uma contratação de projetos e execução por administração, ou seja, um serviço totalmente técnico onde os materiais e mão de obra seriam em 100% fornecidos pelo contratante.” (vide anexo III, fls.72).

(...)

Diferentemente do que alega a representante, quando da execução global, não se está apenas avaliando as condições financeiras da empresa, como também a capacidade dela em operacionalizar determinada obra, que abrange desde a contratação de pessoal, até os equipamentos e maquinários para execução daquela.

Sendo assim, analisando com cuidado as explicações esclarecedoras fornecidas pela Representada, nota-se, de maneira clara, que a desclassificação fora totalmente fundamentada e dentro dos ditames da Lei, respeitando todos os princípios balizadores da Lei de licitações e Contratos, inexistindo a irregularidade levantada pela Representante, motivo pelo qual, opina-se pela improcedência da Representação.

O Ministério Público de Contas (Parecer 972/22-5PC – Peça 72) acolheu integralmente as conclusões da Unidade Técnica.

2. VOTO

2.1 Representação 78502-3/21

Em apenso aos autos do processo ora em exame estão os da Representação 78502-3/21, que envolve as mesmas partes, porém, objeto um pouco diferente, qual seja: insurgência da ora Proponente de que *“a vencedora do certame, Empresa LOWE CONSTRUÇÃO CIVIL EIRELI, beneficiou-se indevidamente das vantagens previstas na LC 123/06, uma vez que seu Sócio Administrador – Sr. Vilson Lowe – está em situação prevista no art. 3º, § 4º, V, de tal Diploma, pois é Administrador da Empresa LOWEMETAL SERVIÇOS METALÚRGICOS EIRELI e sócio da Empresa UNIÃO SH IMOVEIS E LOTEAMENTOS SPE LTDA”*.

Considerando que o Município de Itaipulândia verificou que a vencedora da licitação não poderia ser enquadrada como micro/pequena empresa e expressamente afastou a aplicação das vantagens previstas na LC 123/06, o



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

expediente acabou por perder seu objeto (que acabou se transformando no primeiro item desta Representação, examinado a seguir).

2.2 Penalização da Empresa LOWE

Mantenho na integralidade a orientação sustentada no Despacho 280/22-GCFAMG (Peça 20):

Com relação à pugnada penalização da Empresa LOWE, não olvido que existam muitos julgados condenando empresas que buscaram, indevidamente, utilizar-se de benefícios cabíveis a MPEs, à inabilitação para contratar com o poder público ou até à declaração de inidoneidade. Porém, não existe regra em tal sentido, havendo julgados em sentido diverso, de acordo com a averiguação do caso concreto, senão vejamos precedente desta Corte de Contas:

EMENTA: Recurso de revista. O § 9º, do art. 3º, da LC 123/06 impõe o desenquadramento da empresa como de pequeno porte no mês seguinte àquele em que houver excesso de faturamento – os efeitos podem ser postergados para o próximo ano calendário se o excesso for inferior a 20%. Penalidade deve ser aplicada em observância aos elementos fáticos e em atenção ao princípio da razoabilidade – causas atenuantes, ausência de fraude. Provimento parcial – transformação da declaração de inidoneidade em multa administrativa.

(...)

Porém, a aplicação de qualquer sanção deve ser efetuada com fundamento na dosimetria da pena, bem como no princípio da razoabilidade. Quando identificada conduta ativa grave, com caracterização de dolo e fraude, deve-se utilizar o mais pesado gravame. No entanto, quando observadas causas atenuantes, a sanção deve ser moderada.

Não é outra a orientação do Estatuto Estadual de Licitações (Lei/PR 15.608/07):

Art. 160. Na aplicação das sanções, a Administração deve observar as seguintes circunstâncias:

I - proporcionalidade entre a sanção, a gravidade da infração e o vulto econômico da contratação;

II - danos resultantes da infração;

III - situação econômico-financeira da sancionada, em especial sua capacidade de geração de receitas e seu patrimônio, no caso de aplicação de multa;

IV - reincidência, assim entendida a repetição de infração de igual natureza após aplicação da sanção anterior; e

V - circunstâncias gerais agravantes ou atenuantes da infração.

(Acórdão 3784/17-STP; Rel. Cons. Fernando Augusto Mello Guimarães; Julgamento em 24.08.2017)



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

In casu, ao menos a partir dos documentos colacionados, tem-se que o Município realizou o devido exame da matéria:

Inicialmente a que ponderar que a decisão proferida é clara, no sentido de determinar a retirada dos benefícios de ME e EPP, da empresa LOWE não tendo sido inabilitada do certame.

Ademais como já amplamente exposto no item anterior, a que ponderar que a declaração de enquadramento em ME ou EPP, não se trata de documento essencial para habilitação no processo licitatório em comento, sendo apenas necessário para efeitos de concessão dos privilégios previstos na LC 123/2006 previstos em seus artigos 42 ao 49.

Com isso, tendo a decisão proferida retirado os benefícios de que trata a LC 123/2006, a empresa não se beneficiou de tais privilégios indevidamente, até porque a empresa não iniciou a execução dos serviços e tão pouco recebeu recursos decorrentes do presente processo licitatório.

Ademais a declaração apresentada pela empresa LOWE CONSTRUÇÃO CIVIL EIRELI, condiz com o faturamento da mesma, sendo que o fato de se ter constatado posteriormente a existência de grupo econômico por si só não são aspectos para considerar o intuito da empresa em fraudar o certame, não restando comprovado a má-fé da empresa.

Com isso, na mesma linha de raciocínio da decisão proferida no item anterior, a que se levar em consideração os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, já que a empresa não se locupletou indevidamente dos benefícios de ME ou EPP, em razão que a decisão proferida no processo administrativo 47/2021, os retirou da empresa, e ainda não ocasionou prejuízo a administração já que não recebeu recursos decorrentes do presente processo licitatório, de modo que mantenho a decisão proferida anteriormente inalterada, para que mantenha habilitada a empresa LOWE CONSTRUÇÃO CIVIL EIRELI, sem os privilégios dispostos na LC 123/2006.

(Página 14 da Peça 11)

Efetivamente, verifico que o Município de Itaipulândia instaurou procedimento administrativo para averiguação da matéria e ponderou todas as condições envolvidas, havendo concluído que não existiam elementos graves o suficiente para ensejar medidas além do afastamento dos benefícios aplicáveis a micro e pequenas empresas.

2.3 Desclassificação da Empresa CS Magon

De modo a cumprir os requisitos de qualificação técnica previstos no Edital, a ora Representante apresentou atestado de capacidade técnica fornecido pela Empresa REI DO JEANS CONFECÇÕES EIRELI (Páginas 54/57 da Peça 32).

Porém, alguns questionamentos foram suscitados em relação aos serviços relativos a tal atestado, em virtude de suposta ocultação de faturamento. Visando esclarecer a matéria, a Representante sustentou (em sede de processo administrativo junto ao Município de Itaipulândia) que:



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

9. Quanto a suposta ocultação de faturamento.

10. Novamente a empresa denunciante denuncia sem provas legítimas que a empresa C S MAGON CONSTRUTORA LTDA teria ocultado informações. O que a mesma, como já provado, fez.
11. Ela traz um atestado técnico da empresa, onde assinala que foram prestados serviços da quantia de R\$1.200.000,00 a empresa REI DO JEANS CONFECÇÕES EIRELI, porém ela esquece de informar que este é o **CUSTO DA OBRA**, e não o valor do contrato.
12. Para comprovação de tal fato, segue em forma de ANEXO 02, a ART referente ao contrato, onde resta claro que o valor do serviço contratado é de R\$250.000,00 reais, pois foi uma contratação de projetos e execução por administração, ou seja, um serviço totalmente técnico onde os materiais e mão de obra seriam em 100% fornecidos pelo contratante.
13. O fato de não haver receita do presente serviço no balanço patrimonial, é apenas devido ao fato de a empresa C S MAGON CONSTRUTORA ainda não ter recebido tal serviço, que por se tratar de serviço técnico a forma de pagamento foi facilitada onde o recebimento do mesmo se dará por permuta de lote de terras que será transferido pelo contratante em prazo já negociado anteriormente a prestação dos serviços.

(Página 72 da Peça 56)

Face ao apontamento de que se tratou de “*serviço totalmente técnico onde os materiais e mão de obra seriam em 100% fornecidos pelo contratante*” (sic) o Município desclassificou a Empresa, uma vez que o Edital prevê a necessidade de comprovação de experiência em determinados montantes quanto à “*execução obra ou serviço de características semelhantes às do objeto licitado* [que é a construção de escola, incluindo mão de obra e material]”.

Com máxima vênia aos argumentos tecidos pela Proponente, discordo da tese de que “*A capacidade Técnica Operacional independe da forma de execução seja por empreitada Global seja por administração da obra*”. As diferenças entre os regimes de contratação são substanciais, sendo na empreitada muito maiores as responsabilidades envolvidas.

Na construção por administração, a responsabilidade pelo fornecimento de material e pelos colaboradores que irão diretamente realizar os trabalhos (sob supervisão da contratada) está concentrada na figura do contratante. Na empreitada, de outra banda, o contratante transfere toda a responsabilidade pela realização da obra à contratada.

A aquisição de material e a contratação de pessoal (para ficarmos de dois aspectos que permitem uma visualização muito facilitada da matéria) envolvem questões de logística, financeiras, trabalhistas, dentre outras, que não podem ser desmerecidas, pois, muitas vezes, as atribuições dela decorrentes acabam sendo superiores inclusive ao trabalho específico de supervisão da obra.

A estrutura necessária para a realização de contrato em cada uma dessas espécies de atuação é diversa, sendo a exigência mais gravosa para o caso de empreitada, motivo pelo qual experiência anterior em construção por administração não se mostra (de modo geral e salvo demonstração em contrário) suficiente para demonstrar qualificação técnica para execução de empreitada.

Em face de todo o exposto, voto no sentido de que deve o Tribunal de Contas do Estado do Paraná:



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

- julgar improcedente a Representação formulada pela Empresa CS MAGON CONSTRUTORA EIRELLI relativamente à Concorrência Pública 13/2021 do Município de Itaipulândia;

- determinar, após o trânsito em julgado da decisão, o encerramento do processo, com arquivamento dos autos junto à Diretoria de Protocolo.

VISTOS, relatados e discutidos,

ACORDAM

OS MEMBROS DO TRIBUNAL PLENO do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ, nos termos do voto do Relator, Conselheiro FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES, por unanimidade:

I - julgar improcedente a Representação formulada pela Empresa CS MAGON CONSTRUTORA EIRELLI relativamente à Concorrência Pública 13/2021 do Município de Itaipulândia;

II - determinar, após o trânsito em julgado da decisão, o encerramento do processo, com arquivamento dos autos junto à Diretoria de Protocolo.

Votaram, nos termos acima, os Conselheiros NESTOR BAPTISTA, FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES, IVAN LELIS BONILHA, JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL, IVENS ZSCHOERPER LINHARES e MAURÍCIO REQUIÃO DE MELLO E SILVA

Presente a Procuradora Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, VALERIA BORBA.

Plenário Virtual, 10 de novembro de 2022 – Sessão Virtual nº 16.

FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES
Conselheiro Relator

FABIO DE SOUZA CAMARGO
Presidente