



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

PROCESSO Nº: 444846/21
ASSUNTO: REPRESENTAÇÃO DA LEI Nº 8.666/1993
ENTIDADE: MUNICÍPIO DE ARAUCÁRIA
INTERESSADO: HISSAM HUSSEIN DEHAINI, JOVINE HENRIQUE FERNANDES, MELISSA TRANSPORTES E TURISMO LTDA, MUNICÍPIO DE ARAUCÁRIA, NAYRON HUBEL, VAGNER EDUARDO TAVARES
ADVOGADO CARLOS ALBERTO FARRACHA DE CASTRO, ELTON
PROCURADOR BAIOTTO
RELATOR: CONSELHEIRO IVAN LELIS BONILHA

ACÓRDÃO Nº 156/22 - Tribunal Pleno

Representação da Lei n.º 8.666/1993.
Concorrência pública. Seleção de pessoa jurídica para outorga de concessão dos Serviços de Transporte Coletivo Público de Passageiros. Opinativos uniformes. Improcedência.

1 RELATÓRIO

Trata-se de Representação da Lei n.º 8.666/93, com pedido cautelar, encaminhada por Melissa Transportes e Turismo Ltda., em virtude de supostas irregularidades na condução da Concorrência Pública n.º 008/2021 do Município de Araucária, que tem por objeto “a seleção de pessoa jurídica para outorga de concessão dos Serviços de Transporte Coletivo Público de Passageiros”.

A abertura do certame ocorreu em 23/04/2021. Segundo o edital, “o valor total estimado para cada lote, equivalente ao somatório do valor presente da remuneração estimada dos contratos das concessões, é de: LOTE NORTE: R\$ 200.988.599,33 (duzentos milhões, novecentos e oitenta e oito mil, quinhentos e noventa e nove reais e trinta e três centavos); LOTE SUL: R\$ 170.517.938,59 (cento e setenta milhões, quinhentos e dezessete mil, novecentos e trinta e oito reais e cinquenta e nove centavos)”.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

O prazo da concessão para exploração e prestação do serviço de transporte coletivo será de 10 (dez) anos, contados da data do início da operação.

Relata a representante que participou da licitação, sendo classificada em segundo lugar para o Lote Norte, com a diferença de R\$ 0,09 (nove centavos) por tarifa proposta da primeira colocada, Silva e Santos Serviços de Transporte de Passageiros e Turismo Ltda.

Aduz que a Comissão de Licitação convocou a primeira colocada para comparecer à sessão de abertura dos envelopes de habilitação, realizada em 19/05/2021, sem se atentar à sua condição (da representante) de microempresa, que exige a observância ao disposto nos artigos 44 e 45 da Lei Complementar n.º 123/2006¹.

Ainda, embora tenha apontado o descumprimento dos itens 1.1, 5.2.1, 5.2.2 e 12.1 pela Silva e Santos, por meio de recurso administrativo, a Comissão manifestou-se pela habilitação da licitante, concedendo prazo para regularização dos documentos, mesmo sem previsão no edital.

Informa que, em 14/06/2021, impetrou Mandado de Segurança, sob o n.º 0005437-91.2021.8.16.0025, em trâmite na 2ª Vara da Fazenda Pública de Araucária, demonstrando as ilegalidades perpetradas no certame, “em especial a

¹ Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

§ 2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.

Art. 45. Para efeito do disposto no [art. 44 desta Lei Complementar](#), ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma:

I - a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado;

II - não ocorrendo a contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte, na forma do inciso I do **caput** deste artigo, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na hipótese dos [§§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar](#), na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito;

III - no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem nos intervalos estabelecidos nos [§§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar](#), será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

não observância às regras de microempresa e à concessão indevida de prazo para regularizar os documentos”.

A licitação para o Lote Norte foi homologada no mesmo dia e o Contrato de Concessão n.º 001/2021 foi assinado pelo Município de Araucária e pela licitante Silva e Santos em 23/06/2021.

Ainda, a representante aponta que, em 25/06/2021, “apresentou Notícia de Fato à 5ª Promotoria da Comarca de Araucária, destacando a necessidade de acompanhamento da apresentação da frota de veículos, que, por previsão do edital de licitação, ocorreria em 26 de junho de 2021.”. Contudo, o município autorizou a prorrogação do prazo para a apresentação da frota, sem a devida justificativa.

A Notícia de Fato foi arquivada, sob o argumento de que o órgão ministerial já se manifestaria nos autos de Mandado de Segurança, no qual, em 28/06/2021, foi concedida liminar “para o fim de suspender a contratação de empresa para o Lote Norte, fundamentando não apenas na omissão quanto ao empate técnico como também na ausência de publicidade da nova garantia pela empresa Silva e Santos.”.

Em face disso, o Município apresentou Suspensão de Liminar², sendo julgada improcedente a ação, “destacando a necessidade de se perseguir o interesse público – observada a licitação segura e eficaz – e não o interesse do governo.”.

Na sequência, o prefeito municipal revogou a decisão que manteve a habilitação da empresa Silva e Santos e, consequentemente, a homologação do certame para o Lote Norte. Na oportunidade, determinou o retorno da licitação à fase de julgamento dos recursos contra a habilitação do referido lote, para garantir o contraditório das demais concorrentes em relação aos novos documentos apresentados pela empresa. Assim, alega a requerente que, novamente, o direito de microempresa não foi respeitado.

² Suspensão de Liminar nº 0038922-60.2021.8.16.0000.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

Em vista disso, pela “insistência na manutenção da contratação ilegal”, afirma que apresentou na 5ª Promotoria de Araucária nova Notícia de Fato. Assevera que “não se pode cogitar que bastaria retornar à fase de interposição de recursos e garantir contraditório (*a posteriori*, depois de já comprometida a defesa) para regularizar o certame maculado.”.

Nesse cenário, sustenta que seria o caso de inabilitação sumária da licitante Silva e Santos, pelas seguintes irregularidades: (a) concessão indevida de prazo para apresentação de nova garantia de proposta; (b) deixar de oportunizar o direito de oferecer nova proposta por microempresa; (c) aceitar apresentação de sede situada em imóvel domiciliar; e (d) ausência de justificativa para prorrogação de prazo para apresentação de frota de veículos.

Ao final, requer a concessão de medida cautelar para restabelecer a legalidade e determinar que:

- a. O Município de Araucária se abstenha de contratar a licitante Silva e Santos, ante as ilegalidades apontadas;
- b. A licitante Silva e Santos seja inabilitada;
- c. Seja o processo licitatório retomado a partir da fase de julgamento das propostas, de modo a permitir que a Melissa Transportes, por se tratar de microempresa em situação de desempate, apresente nova proposta com preço inferior à primeira colocada, nos termos dos artigos 44, §1º, e 45, inc. I, da LC 123/2006.

Pelo Despacho n.º 988/21 (peça 68), o expediente foi parcialmente recebido para apurar os seguintes pontos questionados: (i) deixar de oportunizar o direito de oferecer nova proposta por microempresa, nos termos da Lei Complementar n.º 123/2006; (ii) aceitar apresentação, pela Silva e Santos Serviços de Transporte de Passageiros e Turismo Ltda., de sede situada em imóvel domiciliar; e (iii) retornar o certame à fase de julgamento dos recursos contra a habilitação da primeira colocada, e não à fase de habilitação em si. O pleito cautelar, contudo, não foi deferido.

Por conseguinte, foram citados o Município de Araucária, na pessoa de seu representante legal, o Sr. Hissam Hussein Dehaini (prefeito), o Sr. Nayron Hubel (presidente da Comissão de Licitação), a Sra. Jovine Henrique Fernandes



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

(membro da Comissão de Licitação) e o Sr. Vagner Tavares (membro da Comissão de Licitação).

Os esclarecimentos foram juntados às peças 82/96.

A Coordenadoria de Gestão Municipal, pela Instrução n.º 3506/21 (peça 98), opinou pela improcedência da demanda.

Da mesma forma, o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas opinou pela improcedência da Representação, nos termos do Parecer n.º 41/22 (peça 99).

É o relatório.

2 FUNDAMENTAÇÃO E VOTO

Com razão a unidade técnica e o órgão ministerial.

Segundo relatado, o expediente foi recebido para apurar os seguintes pontos: (i) deixar de oportunizar o direito de oferecer nova proposta por microempresa, nos termos da Lei Complementar n.º 123/2006; (ii) aceitar apresentação, pela Silva e Santos Serviços de Transporte de Passageiros e Turismo Ltda., de sede situada em imóvel domiciliar; e (iii) retornar o certame à fase de julgamento dos recursos contra a habilitação da primeira colocada, e não à fase de habilitação em si.

Quanto ao primeiro item, aduz a representante que não houve observância aos artigos 44 e 45 da Lei Complementar n.º 123/06 pela Administração – empate ficto –, eis que não foi oportunizado o direito de oferecer nova proposta à microempresa segunda colocada, no caso, Melissa Transportes e Turismo Ltda.

Sem razão, contudo.

Primeiro, transcrevo os dispositivos mencionados no que se aplica à situação em análise:

Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

§ 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

(...)

Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma:

I - a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado;

(...)

§ 2º O disposto neste artigo somente se aplicará quando a melhor oferta inicial não tiver sido apresentada por microempresa ou empresa de pequeno porte.

No caso concreto, observa-se que a empresa primeira classificada também se trata de microempresa, razão pela qual inexistiu o empate ficto, o qual somente se aplica “quando a melhor oferta inicial não tiver sido apresentada por microempresa ou empresa de pequeno porte” (artigo 45, §2º).

Nesse sentido, a Instrução n.º 3506/21 (peça 98):

Compulsando os autos do certame, especificamente o ato convocatório (Peça 09) e os documentos de habilitação da Empresa SANTOS & SILVA (constantes das Páginas 09 e seguintes da Peça 61), inevitável se reputa o acolhimento das razões trazidas pela Municipalidade.

Não se logrou localizar no Edital qualquer disposição acerca da necessidade de destaque para o atributo de micro ou pequena empresa, de modo que a SILVA & SANTOS simplesmente entregou a documentação requerida, na qual estava a primeira alteração do Contrato Social (à qual foi dado pleno conhecimento a todos os licitantes, que inclusive rubricaram a peça) (...).

Ademais, consoante detalhamento da situação apresentado pelos membros da Comissão de Licitação na Peça 95, o procedimento foi regularmente desenvolvido, não sendo caso de empate ficto, uma vez que a situação se enquadra perfeitamente na regra do § 2º, do art. 45, da LC 123/06:



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

(...) entende-se que quando da abertura dos envelopes da proposta a CEL não poderia exigir documentação pertinente a fase de habilitação, como é no caso de documento que ateste a condição fiscal das licitantes. Contudo, não se pode deixar de consignar que a CEL, por cautela, procedeu, durante a sessão de julgamento de propostas, a consulta da situação das empresas licitantes perante a Receita Federal por meio do CNPJ destas que foi apresentado no documento de Credenciamento (anexo sequencial 1377681 do Processo Administrativo nº 447/2021), e naquele momento constatou que a primeira classificada para o Lote Norte estava enquadrada na condição de microempresa, de modo que não necessitou questionar as demais licitantes sobre o interesse de reapresentação de proposta consoante a LC 123.

Não fosse isso, entende-se, ainda, que deveria a interessada questionar a sua suposta preferência no momento da abertura das propostas, ou no seu recurso face a essas ou, ainda, quando da habilitação da melhor classificada ou no recurso contra este ato, porém, restou silente a Representante a todo tempo, deixando para questionar tal situação apenas em sede de ações judiciais e na Representação em questão, o que denota má-fé.

Logo, improcedente a demanda neste ponto.

Em relação ao segundo questionamento da demanda – aceitar apresentação, pela Silva e Santos Serviços de Transporte de Passageiros e Turismo Ltda., de sede situada em imóvel domiciliar –, melhor sorte não assiste à representante.

Conforme assegurado nos autos, o domicílio fiscal da empresa habilitada é no endereço indicado no seu CNPJ e no Cadastro Municipal de Contribuintes, inexistindo “qualquer irregularidade na situação da Empresa SILVA & SANTOS, uma vez que foi informado domicílio fiscal compatível com todos os demais documentos (havendo sido apresentado, inclusive, o contrato de locação do imóvel – Páginas 198/203, da Peça 61), que demonstram atendimento às condições impostas no ato convocatório”, como bem concluiu a unidade técnica.

Acerca da diferença entre domicílio fiscal e domicílio comercial, a Instrução n.º 3506/21 (peça 98):



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

(...) existe diferença entre domicílio fiscal (utilizado para finalidades legais e tributárias) e domicílio comercial (utilizado para efetiva realização das atividades finalísticas), sendo comum que empresas se valham de endereços residenciais para fim de domicílio fiscal, procedimento que é vedado apenas em situações especiais (v.g. restaurantes), não se demonstrando existir restrição na situação em análise.

(...)

Finalmente, por decorrência lógica do já exposto, não há qualquer necessidade de que no domicílio fiscal existam condições para desempenho de atividades comerciais (v.g. existência de garagem operacional), havendo sido exigidos documentos comprobatórios de qualificação técnica, os quais foram devidamente carreados pela Empresa SILVA & SANTOS, demonstrando habilitação formal e expertise para desempenho das atividades objeto do certame.

Assim, improcedente a Representação também neste item.

Por fim, questiona a representante que, ao revogar a decisão que manteve a habilitação da empresa Silva e Santos e, conseqüentemente, a homologação do certame, o Município determinou o retorno do processo licitatório à fase de julgamento dos recursos contra a habilitação do Lote Norte, e não à fase de habilitação em si.

Nesse ponto, acompanhando o opinativo técnico, entendo que o procedimento adotado permitiu nova verificação de todos os recursos interpostos, sem prejuízo do aproveitamento dos atos já transcorridos. Verifico, portanto, que não houve prejuízo à Administração e aos interessados, restando improcedente a demanda neste particular.

A respeito, os fundamentos trazidos pela defesa (peça 83):

Não há razões para o retorno no procedimento para a fase da habilitação em si, tampouco a fase das propostas, uma vez que, neste ponto, foi oportunizada às demais licitantes a manifestação sobre os recursos, bem como concedida nova oportunidade para arguição de outros pontos, especialmente quanto a substituição da garantia (qual já foi atestada pela possibilidade através de decisão judicial), bem como sobre eventual empate técnico, cuja situação restou não configurada na Concorrência nº 008/2021.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

Assim, o retorno da licitação às fases anteriores não gerariam benefício algum a Representante, já que não há empate a ser decidido, bem como adiaria ainda mais a finalização do certame em detrimento do interesse público, já que não restou comprovada nenhuma causa de inabilitação da melhor classificada.

Nesse contexto, uma vez não comprovadas as irregularidades narradas na inicial, resta improcedente a presente Representação da Lei n.º 8.666/93.

Por oportuno, cabe mencionar que o Lote Norte da Concorrência Pública n.º 008/2021 do Município de Araucária “foi suspenso por determinação judicial advinda do Mandado de Segurança n.º 0005437-91.2021.8.16.0025, cuja decisão está sendo objeto de Agravo de Instrumento n.º 0040466-83.2021.8.16.0000 pelo Município de Araucária, Agravo de Instrumento n.º 0039158-12.2021.8.16.0000 pela empresa Silva e Santos, Suspensão de Liminar n.º 0038922-60.2021.8.16.0000 pelo Município de Araucária e Tutela Provisória n.º 0040007-81.2021.8.16.0000 pela Silva e Santos”, consoante noticiado pela defesa (peça 83).

Ainda, assegurou que o “Município de Araucária já deu cumprimento a ordem liminar sanando os pontos que levaram a suspensão do lote norte.”. “Os agravos de instrumento n.º 0040466-83.2021.8.16.0000 e 0039158-12.2021.8.16.0000 estão pendentes de julgamento pelo COLEGIADO da 5ª Câmara Cível do E. TJPR. O mandado de segurança n.º 0005437- 91.2021.8.16.0025 aguarda a prolação da sentença pelo Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública do Foro Regional de Araucária.”.

Ademais, os processos judiciais têm por objeto dois fundamentos, quais sejam “(1) Art. 44 e 45, da Lei Complementar n.º 123/2006 – empate ficto; (2) ausência de contraditório das demais licitantes quanto a substituição de garantia pela empresa Silva e Santos.”.

Diante do exposto, **VOTO** pelo conhecimento e pela improcedência da presente Representação da Lei n.º 8.666/1993, nos termos da fundamentação.

Após o trânsito em julgado da decisão, determino o encerramento do processo e o encaminhamento dos autos à Diretoria de Protocolo para arquivamento.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

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 IVAN LELIS BONILHA, por unanimidade, em:

I- Conhecer e julgar pela improcedência da presente Representação da Lei n.º 8.666/1993, nos termos da fundamentação; e

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

Votaram, nos termos acima, os Conselheiros ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO, FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES, IVAN LELIS BONILHA, JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL e IVENS ZSCHOERPER LINHARES e o Auditor TIAGO ALVAREZ PEDROSO

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

Plenário Virtual, 3 de fevereiro de 2022 – Sessão Ordinária Virtual nº 1.

IVAN LELIS BONILHA

Conselheiro Relator

FABIO DE SOUZA CAMARGO

Presidente