

GRUPO I – CLASSE VII – Plenário

TC 005.520/2019-3 [Apenso: TC 036.028/2019-3]

Natureza(s): Representação

Órgão/Entidade: Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda no Distrito Federal

Representantes: O2S Automação e Instalações Eireli – EPP (07.146.786/0001-07) e Orion Telecomunicações Engenharia S.A. (01.011.976/0001-22)

Representada: MPE Engenharia e Serviços S.A. (04.743.858/0001-05)

Representação legal:

Carolina Kazue Gabarron Umeta (54.933/OAB-DF) e Monique Rafaella Rocha Furtado (OAB/DF 34.131), representando O2S Automação e Instalações Eireli – EPP;

João Victor Barbosa Ferreira (OAB/DF 62.799), Fabiano Silveira (OAB/DF 31.440), Sergio Freitas de Almeida (OAB/DF 22.075), Tarley Max da Silva (OAB/DF 19.960), Gilberto da Silva Costa Filho (OAB/RJ 88.682), Maria Abreu do Valle (OAB/RJ 145.508), Mauro Roberto Gomes de Mattos (OAB-RJ 57.739) e Alberto Alves Barbosa dos Santos (OAB/RJ 150.320), representando MPE Engenharia e Serviços S.A.;

Luis Fellipe Magalhaes Pereira (OAB-DF60.839), representando Orion Telecomunicações Engenharia S.A.

Sustentação oral: Mauro Roberto Gomes de Mattos (OAB-RJ 57.739)

SUMÁRIO: PREGÃO. SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO PREVENTIVA, PREDITIVA E CORRETIVA DAS INSTALAÇÕES E EQUIPAMENTOS DE SISTEMAS PREDIAIS. EMPRESA DECLARADA INIDÔNEA. TRANSFERÊNCIA DO ACERVO TÉCNICO PARA OUTRA EMPRESA DO MESMO GRUPO ECONÔMICO. EXTENSÃO DOS EFEITOS DA SANÇÃO À EMPRESA SUCESSORA.

RELATÓRIO

Trata-se de representações efetuadas pelas empresas O2S Automação e Instalações Eireli – EPP e Orion Telecomunicações Engenharia S.A., dando conta de irregularidades na condução do Pregão 35/2017, a cargo da Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda no Distrito Federal.

2. O pregão teve por objeto a contratação de empresa para a “prestação de serviços de manutenção preventiva, preditiva e corretiva das instalações e equipamentos dos sistemas prediais, bem como de serviços eventuais por demanda, nos Edifícios do Ministério da Fazenda, em Brasília/DF”.

3. Como resultado da licitação, foi assinado o Contrato 5/2018 com a empresa MPE Engenharia e Serviços S.A., no valor mensal de R\$ 1.969.166,66 e global de R\$ 23.630.000,00, com vigência de 19/2/2018 a 18/2/2019, podendo ser prorrogado até o limite de 60 meses (peça 30, p. 20).

4. O contrato foi alterado por meio de cinco aditivos:
- termo aditivo 1/2018 – alterou quantitativo de postos de trabalho e reduziu o valor do contrato para R\$ 23.608.220,92 (peça 30, p. 26-27);
 - termo aditivo 2/2018 – alterou CNPJ da contratada e endereço da matriz para filial (peça 30, p. 61);
 - termo aditivo 3/2018 – prorrogou o contrato por mais doze meses, até 18/2/2020 (peça 30, p. 66);
 - termo aditivo 4/2019 – ampliou os edifícios atendidos e alterou os valores contratados, com redução de 5,33% do valor global atual do contrato; e
 - termo aditivo 5/2020 – prorrogou o contrato por mais doze meses, até 18/2/2021 (peça 116).
5. Aduzem as representantes que:
- a) houve fraude à licitação por estes motivos:
- a.1) *“a sociedade empresária (MPE Engenharia e Serviços S.A.) possui o mesmo endereço, objeto social similar, e, até passado recente, quadro societário, e de diretores, correlatos ao da sociedade empresária MPE Montagens e Projetos Especiais S/A, declarada inidônea por este Tribunal, por meio do Acórdão 300/2018 – Plenário, transitado em julgado, em 17/5/2018, além de, possivelmente, integrar o mesmo grupo empresarial dessa última empresa;”* (grifou-se).
- a.2) *“cessão de direitos e obrigações, no âmbito do Contrato 5/2018, pela matriz da MPE Engenharia e Serviços S/A, sediada no Rio de Janeiro, e cadastrada sob o CNPJ 04.743.858/0001-05, com a qual o contrato foi originalmente firmado, para a filial dessa sociedade empresária no Distrito Federal, cadastrada sob o CNPJ 04.743.858/0005-20, ato que pode caracterizar ofensa ao art. 78, VI, da Lei 8.666/1993”;*
- a.3) *“execução e faturamento dos serviços contratados pela filial da MPE Engenharia e Serviços S/A, no Distrito Federal embora o contrato tenha sido firmado com a matriz dessa sociedade empresária, sediada no Rio de Janeiro e antes da modificação contratual nesse sentido, ato que pode caracterizar ofensa ao art. 78, VI, da Lei 8.666/1993”;*
- b) houve falhas na execução contratual em razão de:
- b.1) *“ausência de manutenção das condições de habilitação, bem como riscos à continuidade dos serviços contratados, tanto em decorrência da execução judicial sofrida pela MPE Engenharia e Serviços S/A, como dos demais processo de execução, constantes da exordial desta representação, além da substituição do estabelecimento responsável pela execução e faturamento dos serviços contratados, o que pode caracterizar ofensa ao art. 55, XIII, da Lei 8.666/1993”;* e
- c) houve indevido aditamento do contrato (termo aditivo 4/2019) para ampliar o seu escopo, o que provocou abandono de outra licitação em andamento no extinto Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior – MDIC;
- d) houve a prestação de serviços sem cobertura contratual no período de março a novembro de 2019.
6. Depois de promovidas as oitivas da contratada e da Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda no Distrito Federal, tanto a unidade técnica, quanto o Ministério Público junto ao TCU entenderam, inicialmente, que as falhas apontadas não foram confirmadas e que a representação deveria ser considerada improcedente.
7. Contudo, entendi, em despacho à peça 38, ser pertinente promover nova oitiva da representada para se manifestar sobre os elementos adicionais anexados pela representante, que apontavam ser

procedente a alegação de que a MPE Engenharia e Serviços S.A. e a MPE Montagens e Projetos Especiais S.A. se utilizaram de artifícios para que a primeira substituísse a segunda, declarada inidônea, em licitações e contratações da administração pública.

8. Outros elementos foram juntados, desta feita pela empresa Orion Telecomunicações, Engenharia S.A., noticiando supostas irregularidades no abandono do PE 18/2018 do extinto Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior - MDIC e outras relacionadas ao Contrato 5/2018 da SAMF/DF, ora em exame (peça 41), e pela MPE Engenharia, que apresentou contrarrazões para contestar os argumentos da primeira (peça 44).

9. Tais peças passaram a constituir nova representação (TC 036.028/2019-5) que, após análise inicial (peça 13 daqueles autos), foi apensada ao presente processo para exame em conjunto, consoante despacho do Ministro Augusto Sherman (peça 15 daqueles autos).

10. Após novo exame técnico (peças 61-62), manifestei-me de acordo com a proposta de realização de oitivas do Diretoria de Administração e Logística do Ministério da Economia e da sociedade empresária MPE Engenharia e Serviços S.A. (peça 68).

11. Promovidas as referidas oitivas, a unidade técnica assim se manifestou em relação aos diferentes tópicos da representação:

“Tópico I – Suposta fraude à licitação:

No que diz respeito à possibilidade de a MPE Engenharia pertencer ao mesmo grupo econômico da MPE Montagens e estar sendo utilizada como sua sucessora nas contratações com o poder público, esta Unidade Técnica efetuou as seguintes considerações iniciais (peça 61, p. 3):

(...) há indícios robustos da relação entre essas empresas, que seriam ou teriam sido integrantes do denominado Grupo MPE, como: a própria nomenclatura, a localização no mesmo edifício apesar de andares diferentes, o mesmo contador, o mesmo domínio do endereço de e-mail dos sócios (@grupompe.com.br), além de sócios em comum em determinados momentos, conforme consulta às bases de dados da Administração Pública (peça 4, por exemplo).

25. *Embora a representada tenha defendido que, na época da penalização, os sócios em comum já não faziam parte do quadro societário da MPE Montagens e Projetos Especiais S.A. quando transitado em julgado do Acórdão 300/2018-TCU-Plenário - Ministro Relator Benjamin Zymler, em 17/5/2018, que declarou a inidoneidade da MPE Montagens e Projetos Especiais S.A. (o que de fato ocorreu, restando apenas um integrante em comum, no caso, o diretor Marcelo de Castro Faria Ferreira - peça 55, p. 1), o exame das alterações no quadro societário da empresa penalizada foi expandido para o período de dezembro/2014 (momento em que a MPE Montagens foi identificada como envolvida na operação lava-jato) até 2018 (ano da celebração do Contrato 5/2018), para verificar se houvera movimentações de seus dirigentes para a MPE Engenharia e Serviços S.A., o que poderiam caracterizar tentativa de esvaziar sua diretoria e transferi-la para a MPE Engenharia que substituiria a primeira para continuar atuando em licitações junto à administração pública. Quanto a isso, esta Unidade Técnica observou que (peça 61, p. 3-4):*

9.2 três diretores foram excluídos do quadro, Srs. Segismar Pagotto, Angel de Sousa Gomez e Marco Aurélio Vargas Danemberg, todos em 24/11/2017;

9.3 os Srs. Segismar Pagotto e Angel de Sousa Gomez, cerca de dez meses depois, (setembro/2018) foram incluídos no quadro societário da MPE Engenharia e Serviços S.A. O primeiro no cargo de Presidente e o segundo como Diretor;

9.4 nesse intervalo, o Sr. Angel de Sousa Gomez se manteve como administrador de outras empresas do grupo MPE (MPE Engenharia e Serviços SCP Civil, MPE Engenharia e Serviços SCP Itatinga e MPE Engenharia e Serviços SCP Paralelos, todas sociedades em conta de participação) e continua até a presente data e o Sr. Segismar Pagotto permanece como diretor de outra empresa, também do grupo, a Gemon Geral de Engenharia e Montagens S.A. (CNPJ 28.579.175/0001-14);

(...)

9.6 no final, somente dois de seus dirigentes saíram da sociedade penalizada para, após a assinatura do Contrato 5/2018, integrarem os quadros da MPE Engenharia e Serviços S.A., não se confirmando revezamento expressivo entre os dirigentes das empresas.

26. Na instrução anterior, esta Unidade Técnica ainda demonstrou que a MPE Engenharia e Serviços S.A. também integra o grupo MPE, sendo, na verdade, a principal acionista da MPE Montagens Especiais S.A., tendo em vista que (peça 61, p. 4):

a) as listas de acionistas presentes nas assembleias gerais da MPE Montagens e Projetos Especiais S.A. dos anos de 2003 e 2012 registram a sociedade empresarial MPE Participações em Engenharia e Serviços S.A. como sua principal acionista, com cerca de 89,24% do capital da primeira empresa (peça 23, p. 8 e peça 30, p. 95), o que se pensou, no início, se tratar de uma terceira empresa do grupo, conforme comentário do Relator à peça 38:

35...Essa afirmação, entretanto, merece maior aprofundamento. Consoante a lista de acionistas presentes nas assembleias gerais da MPE Montagens e Projetos Especiais S.A., no período de 2003 a 2017, uma terceira empresa do grupo – MPE Participações em Engenharia e Serviços – detinha cerca de 89,24% do capital dessa primeira empresa (peças 23, p. 8; e 30, p. 88 e 95).

b) no entanto, na lista de acionistas presentes na assembleia geral de 2017 (peça 30, p. 88) aparece como maior acionista da MPE Montagens e Projetos Especiais S.A. a empresa MPE Engenharia e Serviços S.A. (representada). Consulta na Internet revelou que a MPE Participações em Engenharia e Serviços S.A. e a MPE Engenharia e Serviços S.A. são a mesma empresa, que alterou seu nome empresarial, conforme Ata da Assembleia Geral Extraordinária publicada no DOERJ de 3/4/2014, quando também foi alterado o objeto social da empresa, passando de sociedade de participação para incluir o desenvolvimento de atividades ligadas a engenharia e a prestação serviços de manutenção predial (nas áreas de instalações elétricas, hidráulicas, civil, de telecomunicações, etc.) - peça 55, p. 12-13.

27. Ponderou-se que, como a maior acionista da MPE Montagens Especiais S.A., não havia como negar o vínculo econômico entre as empresas, destacando o seguinte comentário do Ministro Relator acerca da caracterização de um grupo econômico (peça 38, p. 2-3) (peça 61, p. 5):

10. Embora não haja uma definição única no ordenamento jurídico do que venha a ser grupo econômico, há um certo consenso que ele se constitui quando:

a) uma empresa estiver sob a direção, controle ou administração de outra (controladora e controlada) (v.g. art. 2º, § 2º da Consolidação da Legislação Trabalhista – CLT e art. 256 da Lei 6.404/1976);

b) as empresas forem integrantes de grupos societários (v.g. art. 28 do CDC);

c) as sociedades forem coligadas – assim entendido quando uma sociedade participa de forma significativa do capital de outra (v.g. art. 1.099 do Código Civil); e

d) as sociedades empresárias possuírem interesse integrado, com efetiva comunhão de interesse e atuação conjunta (art. 2º, § 3º, da CLT).

(grifo ausente no original)

28. Quanto à possibilidade do envolvimento de uma quarta empresa no grupo MPE, no caso a MPE Participação e Administração S.A. (CNPJ 40.318.354/0001-01), citada no despacho do Relator como sendo a principal acionista da MPE Engenharia e Serviços S.A., com cerca de 88% do seu capital social, verificou-se que, aparentemente, ela é a controladora do grupo MPE e não só controla a MPE Engenharia e Serviços S.A. como também a MPE – Participações em Agronegócios S.A. (peça 55, p. 11) e a Gemon Geral de Engenharia e Montagens S.A. (peça 58, p. 1-2 e 5-6), sendo que sua atividade econômica registrada no sistema CNPJ é “holding de instituições não-financeiras” (peça 55, p. 13, e peça 61, p. 5).

29. Diante disso, esta Unidade Técnica ponderou que, não obstante a existência de apenas um membro do quadro societário em comum com a MPE Montagens, na época da celebração do Contrato 5/2018 (19/2/2018), a MPE Engenharia era a principal acionista da primeira e, portanto, do mesmo grupo econômico, não se excluindo, ainda, a possibilidade de que a alteração do seu quadro societário, com dois de seus membros passando a integrar o quadro societário da representada após um lapso de tempo, revezando-se também na composição societária de outras empresas do grupo controlado pela MPE Engenharia e pela MPE Participação e Administração S.A., tenha sido artifício utilizado para que seus principais dirigentes depois voltassem a gerenciar a MPE Engenharia, que continuaria a participar das licitações públicas (peça 61, p. 5).

30. Esta Unidade Técnica destacou, no entanto, que, para firmar conclusão sobre a matéria, seria necessário aguardar a nova oitiva da representada, conforme determinado pelo Ministro Relator em despacho à peça 38, pois, em princípio, a movimentação de somente dois de seus dirigentes de uma sociedade para a outra, após a assinatura do Contrato 5/2018, não configuraria forte indicação da intenção de fraudar a licitação, não se descartando a suposição de que, no âmbito do mesmo grupo econômico, seja prática normal que os dirigentes se revezem ou assumam concomitantemente cargos nas diversas empresas, especialmente quando as acionistas são empresas de participação (peça 61, p. 5).

31. Transcreveram-se, ainda, comentários do Ministro Relator que revelam que o ano de 2015 marcou início de diversos atos da MPE Montagens e Projetos Especiais S.A. que convergem para o entendimento de que ela, temerária da possibilidade de ser sancionada, estava se preparando para que sua principal acionista viesse a sucedê-la em suas atividades econômicas, mediante transferência de boa parte do acervo técnico (currículos e experiência adquirida, constantes dos atestados de execução de obras e serviços emitidos pelos contratantes), documentos utilizados pela representada fins de habilitação técnica no PE 35/2017, podendo vir a caracterizar fraude com objetivo de burlar a aplicação de sanção administrativa, que teria sua efetividade inutilizada (peça 61, p. 5-7):

38. Compulsando os elementos do Pregão 35/2017 no Comprasnet, verifico que, em 3/3/2015, a empresa MPE Montagens e Projetos Especiais S.A. sofreu um processo de cisão e parte de seu patrimônio foi incorporado à empresa MPE Engenharia e Serviços S.A., a qual passou a contar com parte do acervo técnico da primeira. Consoante a ata da assembleia geral ordinária e o protocolo de cisão da MPE Montagens, o acervo técnico transferido constituiu em:

“A MPE Engenharia e Serviços S.A. somente sucedirá a MPE Montagens e Projetos Especiais S.A. nos direitos e obrigações transferidos em decorrência da incorporação do acervo cindido ...” (peça 37, p. 3)

“Este acervo técnico é constituído pelo currículo, expertise e experiências, representado pelos atestados de execução de obras e serviços emitidos por contratantes de serviços públicos ou privados, constantes da relação anexa...” (peça 37, p. 22)

39. Em 27/8/2015, ocorreu a segunda cisão nos mesmos termos da primeira, ou seja, transferência de parte do acervo técnico da MPE Montagens e Projetos Especiais S.A. para a MPE Montagens e

Projetos Especiais S.A [sic - MPE Engenharia e Serviços S.A.]. Em 25/2/2016, 10/5/2017 e 11/8/2017 ocorreram as terceira, quinta e sétima cisões da MPE Montagens e Projetos Especiais S.A., nos mesmos moldes das anteriores. (peça 37)

40.Desses documentos cabe a constatação de que a empresa MPE Montagens e Projetos Especiais S.A. transferiu parcela significativa de seu acervo técnico para a MPE Engenharia e Serviços S.A. Esta, por sua vez, utilizou desse acervo para fins de habilitação técnica na licitação em questão.

41.Ou seja, há fundados elementos indicativos de que a empresa MPE Engenharia e Serviços S.A. está atuando como sucessora da MPE Montagens e Projetos Especiais S.A.

42Essa sucessão começou a partir de 27/8/2015 (data da primeira transferência de acervo técnico). Em data próxima a essa, como observou o Ministério Público junto ao TCU a empresa passou a apresentar quadro de empregados e a celebrar contratos com a administração pública desde 2016.

43.Está permitida a conclusão preliminar, portanto, de que, apesar de ter sido criada em 2001, a MPE Engenharia e Serviços S.A. somente passou a atuar operacionalmente, ao menos em atividades similares ao objeto da licitação aqui tratada, a partir da primeira cisão da MPE Montagens e Projetos Especiais. Por outro lado, constata-se um esvaziamento operacional desta última, o que faz com que a sanção aplicada pelo TCU tenha sua efetividade mitigada ou anulada.

44.Chama a atenção que todas as transferências de acervo técnico ocorreram a título gratuito, demonstrando que as duas empresas estavam sob um comando coordenado, pois não há porque uma empresa transferir sem ônus para outra seu acervo técnico sem que haja uma relação de interdependência entre ambas.

VI

45.Como visto, a jurisprudência desta Corte sinaliza que são considerados fraudulentos os atos praticados depois da aplicação da penalidade restritiva de direito, os quais indicam o intento de objetivo de burlar a aplicação da sanção administrativa.

46.Nada impede, contudo, que a fraude ocorra antes da aplicação da sanção, quando os sócios/administradores, cientes dos ilícitos cometidos e das consequências potencialmente daí advindas, procurem se resguardar esvaziando a empresa utilizada para o cometimento dos ilícitos e operacionalizando uma outra sem as máculas da anterior.

47.Entendimento diverso estimularia sobremaneira a impunidade e a prática de ilícitos, pois bastaria determinada pessoa jurídica cometer uma série de fraudes em licitações e, na sequência, antes mesmo de qualquer início de apuração dos fatos, transferir suas atividades para uma sucessora, a qual estaria imune à persecução estatal.

48.Dito isso, cabe analisar a cronologia dos acontecimentos que levaram à penalização da sociedade empresária MPE Montagens e Projetos Especiais S.A.:

– em 2009, cartel, o qual era integrado por essa sociedade empresária, fraudava diversas licitações conduzidas pela Petrobras, relacionadas a obras de implantação da Refinaria Abreu e Lima em Pernambuco;

– em 17/3/2014, foi deflagrada a “Operação Lava Jato” que revelou a existência de um esquema criminoso na Petrobras que envolvia a prática de crimes contra a ordem pública, corrupção e lavagem de dinheiro, com a formação de um poderoso cartel, incluindo a MPE Montagens e Projetos Especiais S.A.;

(...)

– em 2/6/2016, foi efetuada representação por unidade técnica deste Tribunal acerca de fraudes na Rnest, incluindo a participação da MPE Montagens e Projetos Especiais S.A. (peça 42, do TC 013.387/2017-0);

– em 22/6/2016, foi determinada a oitiva da empresa para que se manifestasse sobre os elementos indicativos de fraude em licitações para a implantação da Rnest (Acórdão 1.583/2016-Plenário);

– em 21/2/2018, a empresa foi declarada inidônea pelo TCU (Acórdão 300/2018-Plenário);

49.Dessas informações, pode-se depreender que, ao iniciar o procedimento sucessório entre as empresas do Grupo MPE em 27/8/2015, os dirigentes do grupo tinham conhecimento que o esquema

criminoso do qual participaram havia sido descoberto, de forma que seria iminente a aplicação de penalidades à empresa utilizada para as fraudes – MPE Montagens e Projetos Especiais S.A.

50. Nessa linha de raciocínio, não é desarrazoado supor que os dirigentes do conjunto de empresas tenham buscado preservar as atividades econômicas do Grupo MPE, então exercidas pela MPE Montagens e Projetos Especiais S.A., mediante um processo de sucessão para outra sociedade empresária do conglomerado.

32. *A mesma instrução também destacou que, apesar de criada em 2001, a MPE Engenharia e Serviços S.A. não tinha atuação operacional, sendo empresa de participação societária, e somente a partir de março/2014, quando ocorreram as alterações do nome empresarial e do objeto social foi que, possivelmente, a empresa deu início a sua reestruturação, com existência de quadro de empregados a partir de julho/2014 (RAIS), e depois a primeira incorporação de acervo técnico transferido da MPE Montagens e Projetos Especiais S.A., em março/2015, visando expandir suas atividades na área de prestação de serviços para a administração pública (peça 61, p. 7).*

33. *Na relação de contratos da empresa MPE Engenharia e Serviços S.A., extraída do Siasg, verificou-se que sua primeira contratação no âmbito do Governo Federal ocorreu em junho/2015 e, no final do ano, a empresa já havia celebrado outros cinco contratos, alguns ainda vigentes (peça 56), de modo que, quando realizado o Pregão 35/2017, a sociedade empresaria já havia adquirido razoável capacidade técnica (peça 61, p. 7).*

34. *Diante dessas novas considerações, foram solicitados novos esclarecimentos à representada para análise conclusiva sobre as transferências de acervo técnico e movimentação de seus dirigentes do quadro societário da MPE Montagens para a MPE Engenharia e Serviços, e se estes foram realizados como artifício para burlar a sanção administrativa ou se se trata de reestruturação da sociedade empresarial para expandir sua área atuação (peça 61, p. 7).*

Manifestação da sociedade empresarial:

a) *conforme consta da instrução da peça 61, p. 5, “a movimentação de somente dois de seus dirigentes de uma sociedade para a outra, após a assinatura do Contrato 5/2018, não configura forte indicação da intenção de fraudar a licitação” (peça 104, p. 3);*

b) *técnica e legalmente, a MPE Engenharia e Serviços S.A. não faz parte de qualquer grupo econômico, nem mesmo de algum tipo de conjunto ou conglomerado que abranja a MPE Montagens e Projetos Especiais S.A. O que motivou a reestruturação dessas empresas, no segundo semestre de 2013, foram as muitas dificuldades que a MPE Montagens e Projetos Especiais S.A. passou a enfrentar nas contratações feitas com a Petrobras S.A. em razão, especialmente, da falta de fluxo financeiro da Petrobras S.A., acarretando consideráveis desequilíbrios contratuais que passaram a impactar, em efeito “dominó”, todos os outros contratos nos mais variados segmentos em que tinha relevante atuação, tais como aeroportos, energia, manutenção, etc. (peça 104, p. 2-4);*

c) *como a demanda da Petrobras S.A. sempre se deu de maneira ininterrupta - e muitas vezes demandas extracontratuais (mas que tinham potencial de implicar na ruptura dos contratos, caso não fossem atendidas) - tais desequilíbrios financeiros se tornaram uma constante, obrigando a MPE Montagens e Projetos Especiais S.A. a canalizar os resultados positivos obtidos nas outras obras ou segmentos para compensar os prejuízos derivados dos contratos firmados à época nessa área de óleo e gás. A contratação com a Petrobras S.A., a partir de um dado momento, gerou um problema de caixa tão relevante para a MPE Montagens e Projetos Especiais S.A. que, a partir de dezembro de 2013, esta decidiu ceder todos os contratos firmados com a primeira e reduzir drasticamente a sua participação nos consórcios formados para atuação nessa mesma área (o defendente anexou matérias jornalísticas a esse respeito, publicadas no portal Valor Econômico em 25/7/2014 e 17/5/2016 – peça 104, p. 4, e peças 105 e 106);*

- d) a MPE Montagens e Projetos Especiais S.A., de fato, cedeu os seguintes contratos que detinha junto a Petrobras S.A. a partir de dezembro de 2013: Comperj, Consórcio Alusa – MPE e Consórcio SE-Rnest. Nessa mesma esteira, optou-se por fazer nova reestruturação das empresas que atuavam no segmento de engenharia, transformando-se a holding MPE Engenharia e Serviços S.A. em uma empresa operacional, a qual poderia concentrar as operações focadas em outras áreas e/ou setores que não óleo e gás (peça 104, p. 5);
- e) essa reestruturação não teve qualquer relação de temor com a “Operação Lava-Jato”, mas, sim, se fez necessária em razão da crise do setor de óleo e gás e da constante pressão que a Petrobras S.A. exercia sobre a MPE Montagens e Projetos Especiais S.A., causando-lhe enorme desgaste operacional e severos prejuízos financeiros. Tratou-se de uma estratégia empresarial absolutamente legítima, que sempre teve como único e principal objetivo diminuir os investimentos e o foco de atuação em uma área ou setor que passava por um momento de turbulência que aumentava significativamente o risco financeiro do negócio (peça 104, p. 5-6);
- f) não existe qualquer fato concreto ou indício de que as alterações societárias concernentes à reestruturação tenham sido realizadas com o objetivo de se driblar eventual e iminente sanção, ou burlar a lei de licitações. Demonstração dessa ausência de ato fraudulento consiste no fato de que a única alteração societária realizada em período próximo à aplicação daquela sanção também se deu em data anterior a esta, em novembro de 2018, e ficou restrita à mudança dos sócios da MPE Engenharia e Serviços S.A., ocorrida tão somente em razão de uma operação de management buyout, por meio da qual todas as ações da MPE Engenharia e Serviços S.A. foram alienadas aos seus empregados (peça 104, p. 2, 6-7);
- g) se a MPE Engenharia e Serviços S.A. antecede a aplicação da penalidade administrativa à MPE Montagens e Projetos Especiais S.A., fica excluída qualquer possibilidade de essa constituição ter-se dado com eventual propósito de se burlar a declaração de inidoneidade e, conseqüentemente, de se poder licitar e contratar com a administração pública (peça 104, p. 7);
- h) as empresas em tela não compõem o mesmo grupo econômico. A MPE Engenharia e Serviços S.A., com sede na Rua São Francisco Xavier, nº 603 – 4º andar, foi constituída em 2001 sob a denominação de “MPE Participações em Engenharia e Serviços S.A.” como holding, vindo, posteriormente, em razão de reestruturação societária, pelas razões acima explicitadas, a ser transformada em uma empresa operacional, alterando-se seu objeto social (peça 104, p. 8-9). Já a MPE Montagens e Projetos Especiais S.A., que tem sede na Rua São Francisco Xavier, nº 603 – 1º andar, foi constituída em 19/12/1987, tendo o objeto social definido na peça 104, p. 9;
- i) muito embora ainda não exista na legislação pátria uma definição fechada acerca do conceito jurídico de “grupo econômico”, sabe-se que este varia de acordo com a legislação aplicável ao caso concreto e a ótica do ramo do direito sob a qual se faz essa análise, sendo possível citar, por exemplo (peça 104, p. 9):

Instrução Normativa – RFB 971, de 13/11/2009 - Dispõe sobre normas gerais de tributação previdenciária e de arrecadação das contribuições sociais destinadas à Previdência Social e as destinadas a outras entidades ou fundos, administradas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB)

art. 494. Caracteriza-se grupo econômico quando 2 (duas) ou mais empresas estiverem sob a direção, o controle ou a administração de uma delas, compondo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica.

Consolidação das Leis do Trabalho

art. 2º

(...)

§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

j) a MPE Engenharia e Serviços S.A. e a MPE Montagens não compõem grupo econômico de direito, uma vez que inexistente convenção formal firmada por ambas com o propósito de combinarem recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos sociais, ou ainda, empreendimentos em comum. A jurisprudência firmada na justiça cível é no sentido de que a existência do grupo empresarial se dá quando as empresas (i) exercem a mesma atividade, (ii) possuem os mesmos sócios e (iii) estão estabelecidas no mesmo local (peça 104, p. 10-11);

k) também não se está diante de uma sociedade controladora e de suas controladas. As definições de grupo econômico se encontram pautadas na subordinação de uma ou algumas sociedades em relação à outra (controladora) ou da existência de uma sociedade que exerça influência significativa em outras, seja pela participação societária que possui nestas sociedades, seja por meio de outro tipo de relação jurídica que lhe assegure esse poder (juntou o entendimento do STJ no RMS 12872/SP) – peça 104, p. 10, 12;

l) a MPE Engenharia e Serviços S.A. e a MPE Montagens e Projetos Especiais S.A. possuem personalidades jurídicas próprias e imparciais, com completa atuação de suas diretorias de forma independente em relação às decisões financeiras e operacionais de cada uma. Além da ausência de qualquer convenção formalizada entre a MPE Engenharia e Serviços S.A. e a MPE Montagens e Projetos Especiais S.A., elas não comungam dos mesmos sócios ou mesmo objeto social, inexistindo qualquer confusão patrimonial a justificar eventual configuração de grupo. Afirmou que as atas notariais juntadas às peças 114 e 115 atestam não haver qualquer vínculo entre ditas empresas, dadas, em especial, suas diferentes composições acionárias (peça 104, p. 12-13);

m) este Tribunal decidiu que a extensão dos efeitos da pena de inidoneidade demandaria uma desconsideração da personalidade jurídica, que, na esfera administrativa, somente pode ser operada quando há nítidos e fortes traços de abuso na constituição da pessoa jurídica - Acórdão 928/2008-TCU-Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler, o que não é comprovado no caso concreto (peça 104, p. 13); e

n) para a extensão dos efeitos da sanção administrativa à outra empresa, seria cogente que a nova sociedade constituída, além de possuir o mesmo objeto social, os mesmos sócios e o mesmo endereço, tivesse sido constituída em substituição àquela outra declarada inidônea e, mesmo assim, para licitar com a Administração Pública Federal. Além disso, deveria restar devidamente demonstrado que a transferência do acervo técnico e a movimentação de dirigentes, ao invés de simples indício, corresponderia a ato efetivamente praticado com abuso de forma e direcionado à burla de processo licitatório, requisitos estes ausentes no caso em tela – Acórdão 2.304/2009-TCU-Plenário, Relator Ministro José Jorge (peça 104, p. 14-15).

Análise:

No tocante à reestruturação administrativa empresarial e à falta de relação dessa com a Operação Lava-Jato

35. Não obstante a MPE Engenharia e Serviços S.A. argumente que o início de sua atuação operacional e o acervo técnico recebido da MPE Montagens e Projetos Especiais Inicialmente, cumpre registrar que a MPE Engenharia e Serviços S.A. estruturou sua resposta com base nos itens “a” a “f” da proposta de encaminhamento da instrução constante da peça 61, p. 15, destes autos, e não com base nos itens “7.4.a” a “7.4.c” do encaminhamento do Despacho constante da peça 62, que tiveram anuência do Ministro Relator (peça 68).

36. *A despeito disso, considera-se que as informações fornecidas suprem os questionamentos referentes aos itens “7.4.a” a “7.4.c” da oitiva, tornando-se desnecessária a adoção de providências com vistas a obter informações adicionais.*

37. *Entende-se que a MPE Engenharia e Serviços S.A., em sua resposta, não consegue refutar os elementos que fortemente apontam para a ocorrência de fraude, conforme se expõe a seguir.*

38. *Não obstante a MPE Engenharia e Serviços S.A. argumente que o início de sua atuação operacional e o acervo técnico recebido da MPE Montagens e Projetos Especiais S.A. tenham sido parte de uma reestruturação administrativa decorrente de supostas demandas abusivas por parte da Petrobras que resultaram em desequilíbrios financeiros, não foram apresentados quaisquer documentos comprobatórios desses alegados abusos - a exemplo de comunicações formais entre as duas empresas, negociando metas ou prazos, por exemplo, que pudessem indicar excessos por parte da Petrobras em suas demandas, ou quaisquer outros documentos internos correlatos que justificassem a opção da empresa em realizar uma mudança drástica em seus setores de atuação, deixando o setor de óleo e gás e buscando direcionar sua atuação a outros setores.*

39. *Além disso, em princípio, vislumbra-se que essa mudança nos setores de atuação poderia ter sido feita no âmbito da própria MPE Montagens e Projetos Especiais S.A., sem a necessidade de se transferir o acervo técnico, a título gratuito, a outra empresa.*

40. *No Relatório que deu origem ao Acórdão 300/2018-TCU-Plenário (TC 013.387/2017-0, decorrente da Operação Lava-Jato, em que se comprovaram diversos atos fraudulentos e criminosos praticados pela MPE Montagens e Projetos Especiais S.A. em licitações relacionadas a obras de implantação da Refinaria Abreu e Lima em Ipojuca/PE, também denominada de Refinaria do Nordeste – Rnest, e em que foi declarada a inidoneidade da MPE Montagens e Projetos Especiais S.A.), ressalta-se a informação de que “a atuação do cartel na PETROBRAS já se dava há muito tempo, mas foi facilitada a partir de 2006 até 2011” e, ainda, de que “já nos anos de 2008/2009, ocorreram as primeiras fiscalizações do TCU sobre o contrato da terraplenagem da Rnest, onde já eram apontados elevados superfaturamentos, com fortes indícios de significativos danos ao erário” (peça 118, p. 10; 18).*

41. *Diante disso, a despeito do argumento da MPE Engenharia e Serviços S.A. de que ficaria excluída a possibilidade de burla à declaração de inidoneidade em função de a transferência de acervo técnico e de o início de sua atuação operacional ter antecedido à aplicação da penalidade imposta pelo Acórdão 300/2018-TCU-Plenário (alínea “g” da manifestação da empresa retro) é significativa a probabilidade de que, muitos anos antes da deflagração da Operação Lava-Jato, que ocorreu em 2014, a MPE Montagens e Projetos Especiais S.A. já estivesse buscando meios de mitigar os efeitos de futuras sanções ou ressarcimentos ao erário que porventura lhe pudessem ser imputados, uma vez que essa empresa já praticava fraudes anteriormente ao ano de 2006 e, desde os anos de 2008/2009, este Tribunal já vinha detectando essas irregularidades.*

42. *Diante do exposto, não se considera plausível a justificativa de que o início da atuação operacional da MPE Engenharia e Serviços S.A. e o acervo técnico recebido da MPE Montagens e Projetos Especiais S.A. tenham sido meramente parte de uma reestruturação empresarial, sem o intuito de burlar os efeitos da declaração de inidoneidade imposta pelo Acórdão 300/2018-TCU-Plenário.*

No tocante à inexistência de grupo econômico e à jurisprudência correlata

43. Ao expor julgados acerca de “grupo econômico”, a MPE Engenharia e Serviços S.A. afirma que não compõe um grupo econômico com a MPE Montagens e Projetos Especiais S.A., justificando que essas duas empresas não se enquadram nos requisitos definidos nesses julgados (alíneas “j” a “n” da manifestação retro).

44. Considera-se equivocado esse entendimento, pois tais julgados apresentam alguns elementos que seriam demonstrativos de grupos econômicos naqueles casos concretos e que podem ser parâmetros úteis na identificação de outros grupos econômicos. Entretanto, não consistem em requisitos que devem ser obrigatória e cumulativamente observados em todos os grupos econômicos, devendo a questão ser examinada em cada caso concreto.

45. Nesse sentido, convém rememorar o seguinte comentário do Ministro Relator acerca da caracterização de um grupo econômico (peça 38, p. 2-3):

10. Embora não haja uma definição única no ordenamento jurídico do que venha a ser grupo econômico, há um certo consenso que ele se constitui quando:

a) uma empresa estiver sob a direção, controle ou administração de outra (controladora e controlada) (v.g. art. 2º, § 2º da Consolidação da Legislação Trabalhista – CLT e art. 256 da Lei 6.404/1976);

b) as empresas forem integrantes de grupos societários (v.g. art. 28 do CDC);

c) as sociedades forem coligadas – assim entendido quando uma sociedade participa de forma significativa do capital de outra (v.g. art. 1.099 do Código Civil); e

d) as sociedades empresárias possuírem interesse integrado, com efetiva comunhão de interesse e atuação conjunta (art. 2º, § 3º, da CLT).

(grifo ausente no original)

46. Na desconSIDERAÇÃO da pessoa jurídica para fins de extensão da declaração de inidoneidade, a questão central consiste em evidenciar que a criação de nova pessoa jurídica (ou, como no presente caso, a reestruturação de pessoa jurídica já existente) teve o propósito de dar continuidade às atividades da empresa considerada inidônea, sob nova denominação, burlando a penalidade aplicada em decorrência da lei de licitações. E, no presente caso, há indicativos robustos nesse sentido, conforme se expõe a seguir.

47. Embora a MPE Engenharia e Serviços S.A. afirme não fazer parte de qualquer grupo econômico ou conglomerado que abranja a MPE Montagens e Projetos Especiais S.A., verifica-se, na ata notarial juntada à peça 115, que desde 29/11/2018 a MPE Montagens e Projetos Especiais S.A. possui a seguinte composição acionária:

- MPE Participações em Infraestrutura S.A. – 94,30%; e

- Luiz Claudio A.S. Santoro – 5,70%

48. Consultas extraídas do Sistema CNPJ comprovam que a MPE Participações em Infraestrutura S.A. (maior acionista da MPE Montagens e Projetos Especiais S.A. desde 29/11/2018) possui endereço na Rua São Francisco Xavier, 603, 4º andar. Esse endereço, por sua vez, é idêntico ao endereço da MPE Engenharia e Serviços S.A. informado pela própria empresa no item “h” de sua manifestação retro e cadastrado no Sistema CNPJ. A MPE Montagens e Projetos Especiais S.A. também é sediada no mesmo edifício, apenas se distinguindo o andar (peça 117).

49. Com relação aos objetos sociais da MPE Engenharia e Serviços S.A. e da MPE Montagens e Projetos Especiais S.A., entende-se desnecessário realizar qualquer análise minuciosa comparativa

entre os mesmos, pois o fato de a segunda empresa ter transferido contratos e acervo técnico para a primeira, tendo esta se utilizado desse acervo para fins de comprovação da qualificação técnica em licitações públicas (itens 32-33 desta instrução), já comprova a similaridade dos objetos sociais entre essas duas empresas em magnitude suficiente para se praticar fraude à licitação.

50. Complementam o conjunto probatório da existência de grupo econômico abarcando a MPE Engenharia e Serviços S.A. e a MPE Montagens e Projetos Especiais S.A.: i) a existência de um sócio comum entre as duas empresas (Sr. Marcelo de Castro Faria Ferreira) à época do trânsito em julgado do Acórdão 300/2018-TCU-Plenário, em 17/5/2018; e ii) a saída dos diretores Srs. Segismar Pagotto e Angel Gomes da MPE Montagens em 24/11/2017, com ida para o quadro societário da MPE Engenharia em setembro/2018, como Presidente e Diretor, respectivamente (conforme exposto item 25 desta instrução).

Conclusão

51. Entende-se que as análises anteriores apresentam robusto conjunto probatório da ocorrência de fraude, enquadrando-se na descrição do excerto do Acórdão 2.218/2011-TCU-1ª Câmara (Relator Ministro José Múcio Monteiro):

3. Presume-se fraude quando a sociedade que procura participar de certame licitatório possui objeto social similar e, cumulativamente, ao menos um sócio-controlador e/ou sócio-gerente em comum com a entidade apenada com as sanções de suspensão temporária ou declaração de inidoneidade, previstas no inciso III e IV do art. 87 da Lei 8.666/93.

52. A jurisprudência do TCU entende que a confluência de indícios que apontem no sentido de ter havido fraude à licitação justifica a declaração de inidoneidade das empresas que a praticaram (a exemplo dos Acórdãos 2.596/2012-TCU-Plenário – Relatora Ministra Ana Arraes, 1.986/2013-TCU-Plenário – Relator Ministro Raimundo Carreiro, e 823/2019-TCU-Plenário – Relator Ministro Bruno Dantas), podendo ser aplicado esse entendimento também ao caso concreto em que se apura burla de aplicação da penalidade de declaração de inidoneidade.

53. Diante disso, e considerando, principalmente, o esvaziamento operacional da MPE Montagens, fazendo com que a declaração de inidoneidade imposta a essa empresa por intermédio do Acórdão 300/2018-TCU-Plenário tenha tido seus efeitos significativamente reduzidos (se não anulados), e tendo em vista que a burla à declaração de inidoneidade imposta pelo TCU da forma como vista nestes autos se caracteriza uma nova fraude à licitação, entende-se cabível a declaração de inidoneidade da MPE Engenharia e Serviços S.A.

54. Dessa forma, considera-se a alegação dos representantes (nestes autos e no TC 036.028/2019-5) quanto a este ponto **procedente**.

Tópico II – Impacto de eventual extensão dos efeitos da sanção administrativa aplicada pelo TCU

Manifestação do órgão/entidade (peça 90, p. 5):

a) trata-se de serviço essencial para que o Ministério da Economia desempenhe sua função institucional, que visa garantir conforto e segurança aos usuários, assim como seguir as recomendações da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT, do Corpo de Bombeiros Militar do Distrito Federal – CBMDF, e demais normas gerais acerca de conservação de edifícios públicos, como a Portaria - MARE 2.296, de 23/7/1997;

b) considerando a criação do ME, foi iniciado o planejamento da contratação para prestação dos serviços de manutenção preventiva, preditiva, corretiva e serviços eventuais para todos os edifícios do Ministério (processo administrativo 12600.127634/2019-47). Com essa nova contratação, pretende-se

adequar os serviços prestados, prezando pela conservação, segurança e conforto das instalações prediais do Ministério. No entanto, trata-se de uma contratação complexa que envolverá 27 imóveis e, portanto, demandará bastante tempo e esforço para ser concretizada; e

c) assim, caso a MPE Engenharia e Serviços S.A. seja declarada inidônea ou fique impossibilitada de contratar com a administração, o Ministério não terá outra alternativa que não a contratação emergencial fundada no inciso IV do art. 24 da Lei 8.666/1993, ante a essencialidade do serviço objeto do Contrato 5/2018 e a inviabilidade de sua descontinuidade sem prejuízo ao interesse público.

Manifestação da sociedade empresarial:

a) o contrato objeto desta Representação foi firmado entre a MPE Engenharia e Serviços S.A. e a SAMF/DF em 19/2/2018, portanto, em momento anterior à aplicação da sanção à primeira (que ocorreu em 17/5/2018). Assim, essa sanção não produz nem há de produzir qualquer efeito sobre esse mesmo contrato, porquanto seus efeitos são ex-nunc – Mandado de Segurança - MS 14002/DF do Superior Tribunal de Justiça - STJ, de 28/10/2009, e Acórdão 3.002/2010-TCU-Plenário, Relator Ministro José Jorge (peça 104, p. 14-15);

b) a MPE Engenharia e Serviços S.A. depende dos recebíveis decorrentes dos contratos firmados com a administração pública para se manter operante, proporcionando, com isso, a manutenção de inúmeros empregos diretos e indiretos, de uma boa fonte de receitas para o erário em virtude do recolhimento de impostos e contribuições, além da oxigenação do mercado em que opera, já que isso mantém a competitividade entre as empresas que atuam no mesmo ramo de atividades (peça 104, p. 16); e

c) da extensão da pena de inidoneidade à MPE Engenharia e Serviços S.A. emerge dano irreparável que acarretaria, além da rescisão do Contrato 5/2018, o impedimento de participar de certames futuros e a falência da empresa, constituindo flagrante violação ao princípio da preservação/manutenção da empresa, hoje considerado por muitos doutrinadores princípio constitucional não inscrito em benefício daqueles que exercem atividade economicamente organizada, e também em prol de toda a coletividade (peça 104, p. 17).

Análise:

55. A respeito das decisões citadas na alínea “a” da manifestação da sociedade empresarial retro, cabe salientar que elas, ao afirmarem que não deve ocorrer a rescisão automática desses contratos, ressalvam que essa ausência de efeito rescisório automático não compromete nem restringe a faculdade que têm as entidades da Administração Pública de promover medidas administrativas para rescisão dos contratos, conforme se expõe a seguir (realces apostos nas transcrições):

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 14.002 - DF (2008/0267371-4)

RELATOR: MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI

...

EMENTA: ADMINISTRATIVO. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR E CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. EFEITOS EX NUNC DA DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE: SIGNIFICADO. PRECEDENTE DA 1ª SEÇÃO (MS 13.964/DF, DJe DE 25/05/2009).

1. Segundo precedentes da 1ª Seção, a declaração de inidoneidade "só produz efeito para o futuro (efeito ex nunc), sem interferir nos contratos já existentes e em andamento" (MS 13.101/DF, Min. Eliana Calmon, DJe de 09.12.2008). Afirma-se, com isso, que o efeito da sanção inibe a empresa de "licitar ou contratar com a Administração Pública" (Lei 8666/93, art. 87), sem, no entanto, acarretar, automaticamente, a rescisão de contratos administrativos já aperfeiçoados juridicamente e em curso de execução, notadamente os celebrados perante outros órgãos administrativos não vinculados à autoridade impetrada ou integrantes de outros entes da Federação (Estados, Distrito Federal e Municípios). **Todavia, a ausência do efeito rescisório automático não compromete nem**

restringe a faculdade que têm as entidades da Administração Pública de, no âmbito da sua esfera autônoma de atuação, promover medidas administrativas específicas para rescindir os contratos, nos casos autorizados e observadas as formalidades estabelecidas nos artigos 77 a 80 da Lei 8.666/93.

2. *No caso, está reconhecido que o ato atacado não operou automaticamente a rescisão dos contratos em curso, firmados pelas impetrantes.*

3. *Mandado de segurança denegado, prejudicado o agravo regimental.*

Acórdão 3.002/2010-TCU-Plenário

A declaração de inidoneidade apenas produz efeitos ex-nunc. A ausência do efeito rescisório automático não compromete nem restringe a faculdade que têm as entidades da Administração Pública de, no âmbito da sua esfera autônoma de atuação, promover medidas administrativas específicas para rescindir os contratos.

56. *Cabe ressaltar, ainda, o entendimento deste Tribunal de que, no caso do certame que levou à aplicação da sanção, a instituição pública deve adotar as providências necessárias com vistas à pronta rescisão do contrato decorrente, de modo que a rescisão não é facultativa nesse caso (realces apostos nas transcrições):*

Acórdão 1.340/2011-TCU-Plenário (Ministro Revisor Weder de Oliveira)

A declaração de inidoneidade possui efeito 'ex-nunc', cabendo às entidades administrativas medidas com vistas à rescisão de contrato que possuam com a empresa julgada inidônea, caso entendam necessário. Contudo, no caso do certame que levou à aplicação da sanção, a instituição pública deve adotar as providências necessárias, com vistas à pronta rescisão do contrato decorrente.

Voto condutor do Acórdão 3.002/2010-TCU-Plenário

(...) 8. Contudo, no que concerne aos contratos decorrentes de certames impugnados, nos quais se verificam condutas que autorizam a declaração de inidoneidade das empresas participantes, entendendo que devem ser prontamente rescindidos.

57. *Seguindo o entendimento dos acórdãos acima, caberia a imediata rescisão do Contrato 5/2018. Não obstante, é preciso avaliar que, no presente caso, os riscos de uma contratação emergencial seriam ainda maiores que o risco mais notadamente conhecido, que é o de a contratação emergencial resultar em preço mais elevado do que o que seria obtido mediante a realização de procedimento licitatório.*

58. *Isso porque, conforme exposto pelo ME (item "b" de sua manifestação retro), o Ministério passou por uma grande reestruturação recentemente, e está em fase de planejamento para a adequação de seu contrato para contemplar os atuais 27 imóveis por ele administrados. Com isso, considera-se que uma contratação emergencial, no atual momento, implicaria riscos significativos decorrentes da ausência de planejamento adequado às reais necessidades do Ministério no momento.*

59. *Considerando o exposto, e, ainda, a ausência de indícios de que a contratação atual seja antieconômica (tendo sido, ao contrário, constatada a economicidade do Contrato 5/2018 em comparação com outra alternativa - itens 9 e 16-19 desta instrução), entende-se mais razoável, como medida de exceção e prudência, determinar ao ME que, caso não entenda conveniente a imediata rescisão do Contrato 5/2018, não o prorogue quando do encerramento de sua vigência, em 18/2/2021 (peça 116), de modo que o Ministério, atualmente, dê continuidade ao processo de planejamento em andamento para a nova contratação.*

60. *Por fim, cumpre salientar que os possíveis efeitos da declaração de inidoneidade sobre a MPE Engenharia e Serviços S.A. (citados na alínea “c” de sua manifestação) não podem servir de argumento para que o TCU deixe de cumprir suas competências constitucionais e legais, e exima a empresa do dever de arcar com as consequências de suas condutas.*

Tópico III – Ampliação do escopo do contrato abrangendo o objeto de outra licitação em andamento

A Orion Telecomunicações, Engenharia S.A., representante no TC 036.028/2019-3, apensado a estes autos, alegou que se sagrou vencedora do PE 18/2018, realizado pelo extinto Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior – MDIC (que teve por objeto a contratação de empresa especializada para a prestação de serviços de natureza continuada de operação, manutenção preventiva, corretiva e preditiva etc., a serem prestados nas dependências do MDIC), ofertando valor bem inferior ao estimado, porém, sem qualquer motivação ou justificativa, após a incorporação do MDIC pelo Ministério da Economia, o pregão foi abandonado, em afronta ao princípio da motivação dos atos administrativos e ao disposto nos arts. 20 e 21 da LINDB (peça 61, p. 8).

8. *Acrescentou que existia negociação para, mediante aditivo ao Contrato 5/2018, celebrado com o então Ministério da Fazenda (incorporado ao Ministério da Economia), incluir a manutenção das instalações do antigo MDIC (peça 61, p. 8).*

Manifestação do órgão/entidade:

a) *antes da reforma administrativa promovida pela Medida Provisória 870, de 1º/1/2019, o bloco J da Esplanada dos Ministérios era ocupado pelo MDIC, o qual celebrou o Contrato 1/2018 com a empresa Orion Telecomunicações Engenharia S.A. para manutenção predial preventiva, preditiva e corretiva. Durante a execução contratual, o instrumento se mostrou aquém da necessidade da Administração, resultando em novo planejamento e no lançamento do PE MDIC 18/2018. O resultante termo de adjudicação foi dado em 11/1/2019, quando já era de conhecimento a extinção do MDIC (peça 90, p. 2);*

b) *tendo em vista que o Contrato 1/2018 se encerraria em 22/1/2019, que na citada data ainda não havia sido homologado o PE MDIC 18/2018, e que a empresa contratada era a mesma que havia vencido o pregão, o instrumento contratual foi prorrogado por dois meses, para avaliação e homologação do pregão pelo novo Ministério da Economia (peça 90, p. 2);*

c) *após análises acerca da melhor estratégia para atendimento dos prédios do Ministério recém-criado, concluiu-se pela viabilidade técnica de atendimento dos prédios do extinto MDIC pelo Contrato 5/2018 (da SAMF), havendo necessidade de readequação dos postos contratados e do incremento das despesas fixas, sugerindo-se a celebração de termo aditivo (peça 90, p. 2);*

d) *o 4º Termo Aditivo (TA) ao Contrato 5/2018 foi celebrado em 27/11/2019, contemplando: (i) a sub-rogação do contrato à Diretoria de Administração e Logística (DAL) do Ministério da Economia; (ii) a ampliação dos edifícios atendidos; e (iii) a redução de 5,33% no valor global do contrato, em decorrência de supressão da mão de obra e do acréscimo das despesas fixas (peça 90, p. 1, e peça 92);*

e) *mesmo tendo formalmente adequado o atendimento pleno dos sistemas prediais do Bloco J (o Edifício INPI não foi contemplado, uma vez que houve devolução desse imóvel em junho de 2019), o 4º TA gerou uma economia de R\$ 1.260.305,23 anuais (peça 90 p. 1-2, e peça 92); e*

f) *o 4º TA assinado difere daquele originalmente pleiteado pela Nota Técnica SEI 22/2019/COENG/DAL/SGC/SE-ME, de 14/03/2019 (citada na instrução da Selog à peça 61, p. 10), sobre o qual a PGFN emitiu o Parecer SEI 29/2019/NCG1R/PRFN1/PGFN-ME (peça 91). Isso porque, em razão de pedidos posteriores de alteração nos postos a serem acrescidos e suprimidos (Nota Técnica SEI 56/2019/COMAN/CGENG/DAL/SGC/SE-ME – peça 98), de atualização dos quantitativos e do valor da despesa fixa (Nota Técnica SEI 58/2019/COMAN/CGENG/DAL/SGC/SE-ME – peça 95),*

e da necessidade de se verificar a exatidão dos entendimentos até então assumidos no processo do Contrato SAMF 5/2018 sobre a absorção dos serviços no bloco J, o processo foi novamente avaliado pelo órgão jurídico, conforme Parecer SEI 3368/2019/ME (juntado à peça 96) - peça 90, p. 2.

Manifestação da sociedade empresarial (MPE Engenharia e Serviços S/A):

a) em razão da reforma ministerial instituída em 1º/1/2019, as sedes dos órgãos extintos com a criação do Ministério da Economia ficaram sob a gestão da Diretoria de Administração e Logística desse Ministério, a qual decidiu, após o término da vigência do contrato firmado com a Orion Telecomunicações, Engenharia S.A. e quase simultaneamente à reforma, não homologar o Pregão MDIC 18/2018 e remanejar os postos de trabalho do Contrato 5/2018, firmando o 4º TA com fundamento na cláusula contratual disposta no seguinte item do termo de referência: “19.23. Aceitar nas mesmas condições contratuais os acréscimos ou supressões que se fizerem necessárias aos serviços, até o limite previsto no § 1º, do art. 65, da Lei nº 8.666/93” (peça 104, p. 17-20):

Lei nº 8.666/1993

Art. 65 Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

(...)

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

Análise:

9. Não obstante a Orion Telecomunicações, Engenharia S.A. alegue que o Ministério da Economia tenha abandonado o PE MDIC 18/2018 sem qualquer motivação ou justificativa, entende-se que o ato foi devidamente justificado, considerando que:

a) foi demonstrado que, em decorrência da reforma administrativa promovida pela MP 870/2019, se mostrou mais econômico à Administração adequar o Contrato 5/2018 (celebrado pelo então Ministério da Fazenda), a fim de contemplar o Bloco J da Esplanada dos Ministérios, em vez de homologar o PE MDIC 18/2018;

b) o 4º TA (que formalizou essa readequação dos postos de trabalho no Contrato 5/2018) gerou uma economia de R\$ 1.260.305,23 anuais, com base no cálculo resultante dessa readequação dos postos de trabalho (peça 92, p. 2-4); e

c) a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN aprovou o 4º TA apenas com algumas poucas recomendações (peça 96).

10. Em face disso, considera-se a alegação do representante **improcedente**.

Tópico III.1 – Justificativa econômica do aditivo

A Orion Telecomunicações, Engenharia S.A., representante no TC 036.028/2019-5, apensado a estes autos, alegou que a análise promovida pelo Ministério da Economia para justificar uma suposta vantagem econômica de aditamento do Contrato 5/2018, em detrimento à contratação dessa representante, foi parcial, ignorando os reajustes devidos e as diferentes datas-bases das planilhas orçamentárias (peça 61, p. 8).

Manifestação do órgão/entidade:

a) tendo em vista que a data-base do Contrato 5/2018 era o ano de 2017, e que a proposta do Pregão MDIC 18/2018 (apresentada pela empresa Orion) considerava a Convenção de 2018/2019 para a maior parte das categorias, há, de fato, um desequilíbrio na comparação, pois os preços advindos do pregão estariam, em tese, mais altos do que os contratados. Entretanto, considerando que a repactuação só pode ser concedida pela Administração depois de solicitada pela contratada, não havia outro parâmetro a ser considerado no momento do estudo de viabilidade de atendimento dos prédios do extinto MDIC pelo contrato existente (peça 90, p. 3-4);

b) em que pese a inviabilidade da comparação à época da emissão da Nota Técnica, realizou-se, para atender ao questionamento da oitiva, a atualização dos valores de cada um dos postos contratados, utilizando-se as Convenções Coletivas de Trabalho – CCTs 2018. Então, comparou-se, novamente, a proposta da Orion com o acréscimo mensal da MPE examinado na Nota Técnica SEI 22/2019/COENG/DAL/SGC/SE-ME, agora atualizado para R\$ 252.418,19 (quadros à peça 90, p. 4);

c) mesmo com a atualização do valor da mão de obra conforme as CCTs de 2018, o valor referente ao acréscimo ao Contrato 5/2018, proposto pela Nota Técnica SEI 22/2019/COENG/DAL/SGC/SE-ME (R\$ 252.418,19 mensais) ainda seria mais vantajoso economicamente, quando comparado com a proposta da Orion no Pregão MDIC 18/2018 (preço mensal de R\$ 270.719,51). Tal vantajosidade se dá pelo fato de o acréscimo ao Contrato 5/2018 permitir a utilização de postos de forma mais racional (já que não havia necessidade de contratar mais um posto de engenheiro - que representa o maior custo na planilha de mão de obra - para supervisionar os edifícios pertencentes ao antigo MDIC, podendo a supervisão ser feita pelo mesmo profissional que já atendia os prédios no Contrato 5/2018 (peça 90, p. 4-5); e

d) o 4º TA assinado difere daquele originalmente pleiteado pela Nota Técnica SEI 22/2019/COENG/DAL/SGC/SE-ME, de 14/03/2019, em razão de pedidos posteriores de alteração nos postos a serem acrescidos e suprimidos (Nota Técnica SEI 56/2019/COMAN/CGENG/DAL/SGC/SE-ME – peça 98) e da atualização dos quantitativos e do valor da despesa fixa (Nota Técnica SEI 58/2019/COMAN/CGENG/DAL/SGC/SE-ME – peça 95), - peça 90, p. 2.

Análise:

16. A economicidade em se optar pela celebração de termo aditivo ao Contrato 5/2018 a fim de abarcar o Bloco J da Esplanada dos Ministérios provém, essencialmente, da realocação dos postos de trabalho contratados, de modo a distribuí-los de forma mais racional e reduzir o número de postos, a exemplo do de engenheiro.

17. Conforme informado no item 8.d desta instrução, a celebração do 4º TA, apesar de ter ampliado quantitativo de edifícios atendidos, resultou em redução de 5,33% no valor global do contrato, em decorrência de supressão de mão de obra e acréscimo das despesas fixas e de um cargo de encarregado.

18. Destaca-se, ainda, que, embora a NT SEI 22/2019/COENG/DAL/SGC/SE-ME tenha utilizado datas-bases diferentes das constantes da proposta da Orion no Pregão MDIC 18/2018 para a maior parte das categorias (o que foi justificado pelo fato de a contratada não ter apresentado pedido de repactuação à época do estudo), o ME, em sua resposta à oitiva, atualizou o valor da mão de obra conforme as CCTs de 2018 e demonstrou que a opção pela celebração do 4º TA ao Contrato 5/2018 ainda assim se mostrou mais vantajosa.

19. Em face do exposto, por ter restado demonstrada a vantajosidade em se optar pela celebração do 4º TA ao Contrato 5/2018, em vez da celebração de contrato com a empresa vencedora do Pregão MDIC 18/2018, considera-se a alegação do representante **improcedente**.

Tópico IV – Prestação de serviços sem cobertura contratual

A Orion Telecomunicações, Engenharia S.A., representante no TC apensado a estes autos, alegou que os serviços objeto do PE MDIC 18/2018, estão sendo realizados desde março de 2019 sem cobertura contratual, pela empresa MPE Engenharia e Serviços S.A., se aproveitando do Contrato 5/2018, celebrado com o então Ministério da Fazenda (também incorporado ao Ministério da Economia) para prestação de serviços de manutenção em seus edifícios no Distrito Federal (peça 61, p. 8).

Manifestação do órgão/entidade:

a) por questões administrativas, o 4º TA ao Contrato 5/2018, de 27/11/2019, não foi celebrado antes do encerramento do contrato específico do Bloco J, que ocorreu em março/2019. O Contrato 5/2018 passou a atender serviços básicos no prédio, mas apenas por meio de remanejamento de postos já contratados, sem demandar postos além dos contratados, nem aumentar as despesas fixas (peça 90, p. 2);

b) o atendimento do Bloco J pelo Contrato 5/2018 se deu apoiado na transferência de responsabilidade pelos contratos dos ministérios extintos ao recém-criado Ministério da Economia, conforme se transcreve abaixo (realces no original) – peça 90, p. 3:

a) A Medida Provisória nº 870/2019, convertida na Lei 13.844/2019, criou o Ministério da Economia, resultado da fusão de outros quatro ministérios, com consequente extinção das pastas do MDIC, Trabalho, Fazenda e Planejamento.

b) Consoante art. 77 da citada Lei, à Pasta recém-criada foram transferidos e incorporados os direitos, os créditos e as obrigações decorrentes de lei os atos administrativos ou os contratos, inclusive as receitas e as despesas, e o acervo documental e patrimonial dos órgãos e das entidades extintos ou transformados.

c) No bojo da competente regulamentação, o Decreto 9.745 - que aprovou a estrutura do Ministério da Economia - assim estabeleceu em seu art. 10:

Art. 10. O Ministério da Economia será responsável pelas seguintes medidas em relação aos extintos Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, Ministério da Fazenda, Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços e Ministério do Trabalho:

III - atos decorrentes de contratos, convênios e instrumentos congêneres.

d) Considerando a transferência das responsabilidades referentes às contratações, todas as instalações ocupadas pelo Ministério da Economia passaram a ser passíveis de atendimento por qualquer contrato advindo de quaisquer dos quatro ministérios extintos.

e) Dessa forma, coube à equipe do Ministério da Economia, a avaliação de todos os contratos e otimização da prestação dos serviços. No caso específico dos serviços de manutenção predial, esta análise é de responsabilidade da Diretoria de Administração e Logística.

c) firme nos ditames das citadas normas acerca da transferência de responsabilidade, a primeira versão de 4º TA não tratou de incluir o Bloco J na prestação dos serviços, mas, sim, de adequar os quantitativos para a plena prestação dos serviços ao Ministério da Economia. A necessidade de termo aditivo sequer foi apontada na análise jurídica emitida no Parecer SEI 29/2019/NCG1R/PRFN1/PGFN-ME, de 11/4/2019 (peça 91). Após nova consulta à PGFN, em 3/9/2019, a Procuradoria se manifestou no sentido de haver necessidade de celebração de termo aditivo para que o Contrato 5/2018 pudesse atender novos edifícios. Após essa nova manifestação jurídica, foi elaborada nova minuta de TA, que resultou na celebração do 4º TA (peça 90, p. 3).

Análise:

12. Conforme exposto, o ME não celebrou, desde o início, termo aditivo a fim de contemplar o Bloco J no objeto do Contrato 5/2018, por estar amparado no entendimento equivocado de que essa formalidade seria desnecessária, tendo em vista a transferência de responsabilidades prevista no art. 10, inciso III, do Decreto 9.745/2019.

13. Em que pese a alegada transferência de responsabilidade, para o Ministério da Economia, acerca dos contratos até então vigentes nas pastas por ele incorporadas, a questão tratada aqui refere-se não à responsabilidade, mas sim ao objeto do Contrato 5/2018, que fora, durante o período compreendido entre março e novembro de 2019, alterado sem o devido respaldo contratual. Entende-se, portanto, que a alegação do representante é **procedente** nesse sentido.

14. Contudo, uma vez que não houve aumento do valor contratual nesse período, tendo sido mantidas as mesmas quantidades originais de postos de trabalho e as mesmas despesas fixas, e que, quando devidamente alertada pela PGFN a respeito da referida falha formal, essa foi prontamente sanada mediante a celebração do 4º TA, em 27/11/2019, entende-se desnecessária a adoção de providências por este Tribunal.

Conclusão

Em virtude do exposto, propõe-se:

- a) **conhecer** das **representações** de que tratam estes autos e o **TC 036.028/2019-3 (apenso)**, por estarem satisfeitos os requisitos de admissibilidade constantes no art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, c/c os arts. 235 e 237, VII, do Regimento Interno deste Tribunal, e no art. 103, § 1º, da Resolução - TCU 259/2014;
- b) no mérito, com fundamento no art. 276, § 6º, do Regimento Interno deste Tribunal, considerar a presente representação e a representação apenas **parcialmente procedentes**;
- c) **indeferir** o pedido de concessão de **medida cautelar** formulado pelo representante do TC 036.028/2019-3, apenso;
- d) **declarar**, com fundamento no art. 46 da Lei 8.443/1992, a **inidoneidade** da empresa MPE Engenharia e Serviços S.A. (CNPJ: 04.743.858/0001-05) para participar de licitação na Administração Pública Federal, tendo em vista ter restado comprovado que essa empresa burlou os efeitos da declaração de inidoneidade imposta pelo Acórdão 300/2018-TCU-Plenário à MPE Montagens e Projetos Especiais S.A. (CNPJ: 31.876.709/0001-89), por meio de transferência de acervo técnico desta última à primeira, o que culminou com a fraude no PE 35/2017, promovido pela Superintendência de Administração do então Ministério da Fazenda MF no Distrito Federal, por ter restado comprovado que ambas as empresas constituíam o mesmo grupo econômico;
- e) **determinar** à Diretoria de Administração e Logística do Ministério da Economia, com fundamento no art. 250, inciso II, do Regimento Interno/TCU, que adote providências quanto aos itens abaixo, e informe ao TCU, no prazo de 180 dias, os encaminhamentos realizados:
 - e.1) caso não entenda conveniente a imediata rescisão do Contrato 5/2018, não o prorrogue quando do encerramento de sua vigência, em 18/2/2021, tendo em vista a declaração de inidoneidade imposta à MPE Engenharia e Serviços S.A.;
- f) **informar** à Diretoria de Administração e Logística do Ministério da Economia, à MPE Engenharia e Serviços S.A., ao representante destes autos e ao da representação apenas que o conteúdo da deliberação que vier a ser proferida poderá ser consultado no endereço www.tcu.gov.br/acordaos; e
- g) **arquivar** os presentes autos, nos termos do art. 169, III, do Regimento Interno/TCU, sem prejuízo de que a Selog monitore a determinação supra.”



É o relatório.

VOTO

Trata-se de representações efetuadas pelas empresas O2S Automação e Instalações Eireli – EPP e Orion Telecomunicações Engenharia S.A., dando conta de irregularidades na condução do Pregão 35/2017, a cargo da Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda no Distrito Federal.

2. O pregão teve por objeto a contratação de empresa para a “*prestação de serviços de manutenção preventiva, preditiva e corretiva das instalações e equipamentos dos sistemas prediais, bem como de serviços eventuais por demanda, nos Edifícios do Ministério da Fazenda, em Brasília/DF*”.

3. Como resultado da licitação, foi assinado o Contrato 5/2018 com a empresa MPE Engenharia e Serviços S.A., no valor mensal de R\$ 1.969.166,66 e global de R\$ 23.630.000,00, com vigência de 19/2/2018 a 18/2/2019, podendo ser prorrogado até o limite de 60 meses (peça 30, p. 20).

4. O contrato foi alterado por meio de cinco aditivos:

– termo aditivo 1/2018 – alterou quantitativo de postos de trabalho e reduziu o valor do contrato para R\$ 23.608.220,92 (peça 30, p. 26-27);

– termo aditivo 2/2018 – alterou CNPJ da contratada e endereço da matriz para filial (peça 30, p. 61);

– termo aditivo 3/2018 – prorrogou o contrato por mais doze meses, até 18/2/2020 (peça 30, p. 66);

– termo aditivo 4/2019 – ampliou os edifícios atendidos e alterou os valores contratados, com redução de 5,33% do valor global atual do contrato; e

– termo aditivo 5/2020 – prorrogou o contrato por mais doze meses, até 18/2/2021 (peça 116).

5. Aduzem as representantes que:

a) houve fraude à licitação por estes motivos:

a.1) “*a sociedade empresária (MPE Engenharia e Serviços S.A.) possui o mesmo endereço, objeto social similar, e, até passado recente, quadro societário, e de diretores, correlatos ao da sociedade empresária MPE Montagens e Projetos Especiais S/A, declarada inidônea por este Tribunal, por meio do Acórdão 300/2018 – Plenário, transitado em julgado, em 17/5/2018, além de, possivelmente, integrar o mesmo grupo empresarial dessa última empresa*”; (grifou-se).

a.2) “*cessão de direitos e obrigações, no âmbito do Contrato 5/2018, pela matriz da MPE Engenharia e Serviços S/A, sediada no Rio de Janeiro, e cadastrada sob o CNPJ 04.743.858/0001-05, com a qual o contrato foi originalmente firmado, para a filial dessa sociedade empresária no Distrito Federal, cadastrada sob o CNPJ 04.743.858/0005-20, ato que pode caracterizar ofensa ao art. 78, VI, da Lei 8.666/1993*”;

a.3) “*execução e faturamento dos serviços contratados pela filial da MPE Engenharia e Serviços S/A, no Distrito Federal embora o contrato tenha sido firmado com a matriz dessa sociedade empresária, sediada no Rio de Janeiro e antes da modificação contratual nesse sentido, ato que pode caracterizar ofensa ao art. 78, VI, da Lei 8.666/1993*”;

b) houve falhas na execução contratual em razão de:

b.1) “*ausência de manutenção das condições de habilitação, bem como riscos à continuidade dos serviços contratados, tanto em decorrência da execução judicial sofrida pela MPE Engenharia e Serviços S/A, como dos demais processo de execução, constantes da exordial desta representação, além da substituição do estabelecimento responsável pela execução e faturamento dos serviços contratados, o que pode caracterizar ofensa ao art. 55, XIII, da Lei 8.666/1993*”;

c) houve indevido aditamento do contrato (termo aditivo 4/2019) para ampliar o seu escopo, o que provocou abandono de outra licitação em andamento no extinto Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comercio Exterior – MDIC; e

d) houve a prestação de serviços sem cobertura contratual no período de março a novembro de 2019.

6. Depois de promovidas as oitivas da contratada e da Diretoria de Administração e Logística do Ministério da Economia, tanto a unidade técnica, quanto o Ministério Público junto ao TCU entenderam, inicialmente, que as falhas apontadas não foram confirmadas e que a representação deveria ser considerada improcedente.

7. Contudo, em despacho à peça 38, entendi ser pertinente promover nova oitiva da representada para se manifestar sobre os elementos adicionais anexados pela representante, que apontavam ser procedente a alegação de que a MPE Engenharia e Serviços S.A. e a MPE Montagens e Projetos Especiais S.A. se utilizaram de artifícios para que a primeira substituísse a segunda, declarada inidônea, em licitações e contratações da administração pública.

8. Tal entendimento preliminar decorreu da constatação de transferências do acervo técnico da MPE Montagens para a MPE Serviços em cronograma similar ao desenrolar Operação Lava-Jato, cuja apuração redundou na declaração de inidoneidade da MPE Montagens e Projetos Especiais S.A.

9. Outros elementos foram juntados aos autos, desta feita pela empresa Orion Telecomunicações e Engenharia S.A., noticiando supostas irregularidades no abandono do PE 18/2018 do extinto Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comercio Exterior – MDIC e outras relacionadas ao Contrato 5/2018 da SAMF/DF, ora em exame (peça 41), e pela MPE Engenharia, que apresentou contrarrazões para contestar os argumentos da primeira (peça 44). Tais peças passaram a constituir nova representação (TC 036.028/2019-5) que, após análise inicial (peça 13 daqueles autos), foi apensada ao presente processo para exame em conjunto, consoante despacho do Ministro Augusto Sherman (peça 15 daqueles autos).

10. Após novo exame técnico (peças 61-62), manifestei-me de acordo com a proposta de realização de oitivas da Diretoria de Administração e Logística do Ministério da Economia e da MPE Engenharia e Serviços S.A. (peça 68).

11. Em sua nova manifestação, a unidade técnica entendeu que as representações deveriam ser consideradas parcialmente procedentes e a empresa MPE Engenharia e Serviços S.A. declarada inidônea para participar de licitação no âmbito da administração pública federal.

12. Como a matéria controvertida já se encontrava bem debatida, com uma adequada definição dos aspectos técnico-jurídicos e, portanto, madura para ser objeto de julgamento por esta Corte, entendi, naquele momento processual, que não seria necessária a oitiva previa do Ministério Público junto ao TCU. Assim, as sempre valorosas contribuições do Parquet poderiam ocorrer durante a sessão de julgamento do feito.

II

13. A MPE Engenharia e Serviços S.A. argumentou, em essência, que (peça 104):

a) técnica e legalmente, a MPE Engenharia e Serviços S.A. não faz parte de qualquer grupo econômico, nem mesmo de algum tipo de conjunto ou conglomerado que abranja a MPE Montagens e Projetos Especiais S.A.;

a.1) a MPE Engenharia e Serviços S.A. e a MPE Montagens não compõem grupo econômico de direito, vez que inexistente convenção formal firmada por ambas com o propósito de combinarem recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos sociais ou empreendimentos em comum;

a.2) não há que se falar que elas componham qualquer tipo de grupo econômico, porque não se está diante de uma sociedade controladora e de suas controladas;

b) a relação comercial das empresas pode ser assim sintetizada:

b.1) a partir de dezembro de 2013, a MPE Montagens e Projetos Especiais S.A. enfrentou dificuldades financeiras e decidiu reduzir significativamente sua participação no setor de óleo e gás;

b.2) optou-se, então, por fazer reestruturação das empresas que integravam a **holding**, transformando a MPE Engenharia e Serviços S.A. em uma empresa operacional, que, por sua vez, poderia concentrar as ações em outras áreas e/ou setores que não a de óleo e gás;

b.3) essa reestruturação não se deu em razão do (suspeitado) temor de que uma iminente sanção pudesse vir a ser aplicada à MPE Montagens e Projetos Especiais S.A., mas, como explicitado, em razão de uma estratégia empresarial absolutamente legítima;

b.4) a MPE Engenharia e Serviços S.A. antecede a MPE Montagens e Projetos Especiais S.A., tendo sido constituída muito antes da aplicação da penalidade administrativa à segunda, de forma que fica excluída qualquer possibilidade de essa constituição ter-se dado com eventual propósito de se burlar a declaração de inidoneidade;

c) este Tribunal decidiu que a extensão dos efeitos da pena de inidoneidade demandaria uma desconsideração da personalidade jurídica, que, na esfera administrativa, somente pode ser operada quando há nítidos e fortes traços de abuso na constituição da pessoa jurídica (Acórdão 928/2008 – Plenário), o que não é comprovado no caso concreto (peça 104, p. 13);

c.1) para a extensão dos efeitos da sanção administrativa à outra empresa, seria cogente que a nova sociedade constituída, além de possuir o mesmo objeto social, os mesmos sócios e o mesmo endereço, tivesse sido constituída em substituição àquela outra declarada inidônea e, mesmo assim, somente para licitar com a administração pública federal;

c.2) deveria restar devidamente demonstrado que a transferência do acervo técnico e a movimentação de dirigentes, ao invés de simples indício, corresponderia a ato efetivamente praticado com abuso de forma e direcionado à burla de processo licitatório, requisitos estes ausentes no caso em tela (Acórdão 2.304/2009 – Plenário) (peça 104, p. 14-15); e

d) a extensão dos efeitos da declaração de inidoneidade afetaria a existência da empresa (peça 104, p. 17)

III

14. Passo a tratar dos fatos pelos quais a MPE Engenharia e Serviços S.A. foi instada a se manifestar.

15. A representante, como visto, afirma que a sociedade empresária contratada (MPE Engenharia e Serviços S.A.) é integrante do mesmo grupo econômico da sociedade empresária MPE Montagens e Projetos Especiais S.A., a qual foi declarada inidônea por este Tribunal para participar, por três anos, de licitação na administração pública federal em razão de fraudes em licitações conduzidas pela Petrobras, relacionadas a certames para obras de implantação da Refinaria Abreu e Lima em Ipojuca/PE – Rnest (Acórdão 300/2018 – Plenário, transitado em julgado em 17/5/2018, após ser prolatado o Acórdão 825/2018 – Plenário, proferido em pedido de reexame – peça 104 do TC 013.387/2017-0).

16. Assim, segundo a representante, a sanção aplicada a essa última deveria ser estendida à primeira, a qual, portanto, não poderia contratar com a administração federal pelo período de abrangência da sanção.

IV

17. Antes de adentrar o caso concreto, cabe analisar se há fundamentos jurídicos para que uma empresa de um grupo econômico responda pelas sanções estatais aplicadas a outra sociedade empresarial desse grupo. Para tanto recupero algumas considerações constantes do despacho por mim proferido à peça 38.

18. Embora não haja uma definição única no ordenamento jurídico do que venha a ser grupo econômico, há um certo consenso de que ele se constitui quando:

a) uma empresa estiver sob a direção, controle ou administração de outra (controladora e controlada) (v.g. art. 2º, § 2º da Consolidação da Legislação Trabalhista – CLT e art. 256 da Lei 6.404/1976);

b) as empresas forem integrantes de grupos societários (v.g. art. 28 do CDC);

c) as sociedades forem coligadas – assim entendido quando uma sociedade participa de forma significativa do capital de outra (v.g. art. 1.099 do Código Civil);

d) as sociedades empresárias possuírem interesse integrado, com efetiva comunhão de interesse e atuação conjunta (art. 2º, § 3º, da CLT); e

e) façam parte de um mesmo grupo ou estejam sob controle comum (art. 248 da Lei 6.404/1976).

19. Em regra, diante da preservação da personalidade jurídica, as obrigações contraídas por determinada sociedade empresária somente a ela vinculam. Ou seja, a pessoa jurídica existe como um ser sujeito a direitos e obrigações com capacidade e patrimônio próprios. Essas obrigações somente podem ser imputadas a terceiros na hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, de acordo com as hipóteses legais.

20. O Código Civil (com a redação conferida pela Lei da Liberdade Econômica) assim disciplina a matéria:

“Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.

§ 1º Para fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização dolosa da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza.

§ 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por:

I - cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa;

II - transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto o de valor proporcionalmente insignificante; e

III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial.

§ 3º O disposto no caput e nos § 1º e § 2º também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica.

§ 4º A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica.

§ 5º Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica.” (grifou-se).

21. O principal ponto a ser ressaltado é que, em princípio, a desconsideração da personalidade jurídica limita-se à extensão dos efeitos de obrigações aos bens de terceiros vinculados à pessoa jurídica.

22. Ora, relação obrigacional, de acordo com o Código Civil, refere-se a questões de cunho econômico em que o credor se compromete perante o devedor a cumprir determinada prestação. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos (art. 389 do Código Civil).

23. Diversa é a relação jurídica caracterizada por uma sanção aplicada pelo Estado em razão da prática de determinado ato ilícito pelo particular. Aqui, há limitações constitucionais, conforme o art. 5º, inciso XLV, da Constituição Federal, o qual, de acordo com o postulado da intranscendência da pena, impede, ao menos sem expressa previsão legal a respeito, que sanções e restrições de ordem jurídica superem a dimensão pessoal do infrator.
24. Outrossim, ainda de acordo com o § 4º do art. 50 do Código Civil, a mera existência de grupo econômico não autoriza a desconsideração da personalidade jurídica.
25. Nessa linha, registro que, mediante o Acórdão 1.706/2017 – Plenário, analisou-se a conduta da empresa Toyo Setal Empreendimentos Ltda. em razão de fraudes em licitações conduzidas pela Petrobras, relacionadas a certames para obras de implantação da Refinaria Abreu e Lima.
26. Naqueles autos, constatou-se que essa empresa participava do mesmo grupo econômico da SOG Óleo e Gás, a qual teria admitido sua participação no cartel. Entendeu-se, entretanto, que, na ausência das demais condicionantes do art. 50 do Código Civil, a empresa Toyo Setal Empreendimentos Ltda. não deveria sofrer sanção em razão de atos praticados por uma empresa a ela associada.
27. Não olvido que certos diplomas legais instituem determinadas sanções com a possibilidade que lhes seja atribuído efeito expansivo em certas situações, de forma que a penalidade tenha seus efeitos sobre terceiros que não participaram do ilícito:
28. Por exemplo, a Lei Anticorrupção Empresarial (Lei 12.846/2013) estabelece em seu art. 1º, § 2º, que:
- “§ 2º As sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, as consorciadas serão solidariamente responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei, restringindo-se tal responsabilidade à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado.”* (grifou-se).
29. Mesmo assim, veja-se que a norma apenas estendeu os efeitos das sanções de caráter patrimonial e não daquelas restritivas de direito como, por exemplo, a suspensão parcial das atividades (art. 19, inciso II, da Lei 12.846/2013). Isso permite a conclusão de que o disposto na norma está mantendo compatibilidade com os critérios para desconsideração da personalidade jurídica previstos no Código Civil.
30. Outrossim, a norma é expressa acerca da responsabilização dos integrantes do grupo econômico para a reparação integral do dano, o que está em consonância com a jurisprudência do TCU acerca da apuração de prejuízos da Rnest, a qual entende cabível a responsabilização solidária da empresa contratada e de seus sócios administradores (v.g. Acórdão 2.677/2018 – Plenário).
31. Ou seja, há uma diferença significativa entre a aplicação de efeito expansivo à imputação de sanções e a reparação de danos. Para esse último caso, as limitações impostas ao primeiro não se aplicam. Basta estarem presentes os pressupostos do art. 50 do Código Civil ou do art. 70, inciso II, da Constituição Federal, nos casos de processos de controle externo.
32. Outro exemplo de norma que atribui efeito expansivo a sanções é a Lei 13.303/2016, a qual dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública e da sociedade de economia mista. Assim, por exemplo, a norma, em seu art. 38, estabelece que estará impedida de participar de licitações e de ser contratada pela empresa pública ou sociedade de economia mista a empresa:
- a) constituída por sócio de empresa que estiver suspensa, impedida ou declarada inidônea;
 - b) cujo administrador seja sócio de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea;
 - c) que tiver, nos seus quadros de diretoria, pessoa que participou, em razão de vínculo de mesma natureza, de empresa declarada inidônea.

33. São disposições, entretanto, limitadas às situações previstas na norma e que não extrapolam para outras situações, ante a falta de amparo legal para tanto e a vedação para o intérprete alargar o escopo das normas de caráter sancionatório (art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal).

V

34. Cabe analisar, ainda, de acordo com os fatos pelos quais a representada foi instada a se manifestar, a hipótese em que a empresa sancionada é sucedida de forma fraudulenta por outra empresa em suas atividades econômicas. Trata-se da situação prevista nos arts. 4º, **caput** e parágrafo 1º, e 5º, inciso IV, alínea “e”, da Lei Anticorrupção:

“Art. 4º Subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária.

§ 1º Nas hipóteses de fusão e incorporação, a responsabilidade da sucessora será restrita à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido, não lhe sendo aplicáveis as demais sanções previstas nesta Lei decorrentes de atos e fatos ocorridos antes da data da fusão ou incorporação, exceto no caso de simulação ou evidente intuito de fraude, devidamente comprovados.

Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, ... que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos: ...

IV - no tocante a licitações e contratos: ...

e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;” (grifou-se).

35. Ou seja, em estando determinada empresa impedida de participar de licitações públicas, seus sócios/administradores constituem uma outra sociedade empresária com o objetivo específico de continuar as atividades da primeira sem as restrições que a acometiam, com evidente intuito de fraude.

36. Trata-se de vício de simulação, mediante a utilização de pessoa interposta, que acarreta a nulidade dos negócios jurídicos, nos termos do art. 167 do Código Civil.

37. Sobre a matéria, o Superior Tribunal de Justiça possui o seguinte entendimento:

“A constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo endereço, em substituição a outra declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, com o objetivo de burlar a aplicação da sanção administrativa, constitui abuso de forma e fraude à Lei de Licitações Lei nº 8.666/93, de modo a possibilitar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para estenderem-se os efeitos da sanção administrativa à nova sociedade constituída.

A Administração Pública pode, em observância ao princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei, desde que facultado ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular.

Recurso a que se nega provimento.” (RMS 15.166/BA, Rel. Ministro Castro Meira, 2ª Turma, julgado em 7/8.2003).

38. No âmbito do TCU, cabe destacar o seguinte provimento jurisdicional que direciona a jurisprudência desta Corte:

Acórdão 495/2013-Plenário:

“9.5. recomendar à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que:...

9.5.3. oriente todos os órgãos/entidades do Governo Federal, caso nova sociedade empresária tenha sido constituída com o mesmo objeto e por qualquer um dos sócios e/ou administradores de empresas declaradas inidôneas, após a aplicação dessa sanção e no prazo de sua vigência, nos termos do art. 46 da Lei 8.443/92, a adotar as providências necessárias à inibição de sua participação em licitações, em processo administrativo específico, assegurado o contraditório e a ampla defesa a todos os interessados.” (grifou-se).

39. Veja-se que esses julgados apresentam alguns elementos que seriam demonstrativos de fraude e que podem ser parâmetros úteis na identificação da ocorrência. Entretanto, não consistem em requisitos que devem ser obrigatória e cumulativamente observados em todos as situações, devendo a questão de fraude sucessória ser examinada em cada caso concreto.

40. Em suma, na hipótese de sucessão fraudulenta cabe estender à sucessora os efeitos da sanção de inidoneidade aplicada à sucedida.

VI

41. Feitas essas considerações e retornando ao caso concreto, cabe averiguar se a sociedade empresária contratada, MPE Engenharia e Serviços S.A., está sendo utilizada com objetivo fraudulento de forma a permitir que a sociedade empresária MPE Montagens e Projetos Especiais S.A. escape da sanção a ela imposta por esta Corte de Contas.

42. A empresa MPE Engenharia e Serviços S.A. foi criada em 10/9/2001, enquanto a empresa MPE Montagens e Projetos Especiais S/A foi criada em 21/12/1987 (peça 1, p. 21).

43. Consoante apontado pela unidade técnica, “há indícios robustos da relação entre essas empresas, que seriam ou teriam sido integrantes do denominado Grupo MPE, como: a própria nomenclatura, a localização no mesmo edifício apesar de andares diferentes, o mesmo contador, o mesmo domínio do endereço de e-mail dos sócios (@grupompe.com.br), além de sócios em comum em determinados momentos, conforme consulta a bases de dados da Administração Pública.” (grifou-se).

44. Consoante a lista de acionistas presentes nas assembleias gerais da MPE Montagens e Projetos Especiais S.A., nos exercícios de 2003 a 2013, a MPE Participações em Engenharia e Serviços – detinha 89,24% do capital dessa primeira empresa (peças 23, p. 8; e 30, p. 95 e 106).

45. Consulta na **internet**, efetuada pela unidade técnica revelou que a MPE Participações em Engenharia e Serviços S.A., passou a ser denominada MPE Engenharia e Serviços S.A., mediante a alteração do nome empresarial da sociedade em 3/4/2014 (peça 55, p. 15-17).

46. No período de 2014 a 2017, de acordo com a lista de acionistas presentes nas assembleias gerais da MPE Montagens e Projetos Especiais S.A., a MPE Engenharia e Serviços S.A. detinha 89,24% do capital dessa primeira empresa (peça 30, p. 88, 116).

47. A partir de 27/11/2018, a MPE Montagens e Projetos Especiais S.A. passou a ser controlada pela empresa MPE Participações em Infraestrutura S.A., **holding** do grupo MPE (peça 115, p. 1).

48. Já a partir de 15/4/2019, a empresa MPE Engenharia e Serviços S.A. passou a ser controlada exclusivamente por pessoa físicas (peça 114, p. 1).

49. Consta-se, pois que, quando da declaração de inidoneidade da empresa MPE Montagens e Projetos Especiais S.A. e quando da contratação ora em análise da MPE Engenharia e Serviços S.A., a primeira era controlada pela segunda. Ou seja, ambas faziam parte de um mesmo grupo econômico.

50. Essa constatação é corroborada pela cópia de notícia publicada no jornal Valor Econômico em 17/5/2016, a qual foi trazida aos autos pela própria representada:

“Em 2014, a MPE foi citada por delatores a Operação Lava-Jato entre empresas que pagaram propinas em áreas de abastecimento da estatal. Uma das empresas do grupo, a MPE Montagem e Projetos Especiais, ficou impedida de contratar com a Petrobras. ...

*Ontem, a MPE Engenharia e Serviços, a **holding** de engenharia, divulgou o balanço de 2015 ...”* (grifou-se).

51. Consoante exposto no relatório, complementam o conjunto probatório da existência de grupo econômico:

“i) a existência de um sócio comum entre as duas empresas (Sr. Marcelo de Castro Faria Ferreira) à época do trânsito em julgado do Acórdão 300/2018-TCU-Plenário, em 17/5/2018; e

ii) a saída dos diretores Srs. Segismar Pagotto e Angel Gomes da MPE Montagens em 24/11/2017, com ida para o quadro societário da MPE Engenharia em setembro/2018, como Presidente e Diretor, respectivamente (conforme exposto item 25 desta instrução).” (grifou-se).

52. Os representantes da empresa MPE Engenharia e Serviços S.A. – hoje controlada somente por pessoas físicas – buscam demonstrar que atualmente ela não possui vínculo com a MPE Montagens e Projetos Especiais S.A. – hoje controlada pela **holding**.

53. Ora, essa assertiva somente poderia ser confirmada por meio da análise do quadro societário da **holding**, para se verificar a existência de sócios em comum com as outras duas empresas. Entretanto, a empresa representada, em sua defesa, somente apresentou os seus quadros societários e os da empresa declarada inidônea. Assim, não resta comprovada a alegação da empresa.

54. A unidade técnica, em data recente, confirmou haver elementos adicionais indicativos da atuação dessas empresas como um mesmo grupo:

“Consultas extraídas do Sistema CNPJ comprovam que a MPE Participações em Infraestrutura S.A. (maior acionista da MPE Montagens e Projetos Especiais S.A. desde 29/11/2018) possui endereço na Rua São Francisco Xavier, 603, 4º andar. Esse endereço, por sua vez, é idêntico ao endereço da MPE Engenharia e Serviços S.A. informado pela própria empresa no item “h” de sua manifestação retro e cadastrado no Sistema CNPJ. A MPE Montagens e Projetos Especiais S.A. também é sediada no mesmo edifício, apenas se distinguindo o andar (peça 117).” (grifou-se).

55. Desta feita, há elementos suficientes para concluir que as empresas MPE Engenharia e Serviços S.A. e MPE Montagens e Projetos Especiais S.A. fazem parte do mesmo grupo econômico, ao contrário do afirmado pela primeira em suas alegações.

VII

56. Como exposto antes, a mera existência de grupo econômico não possibilita a desconsideração da personalidade jurídica, cabendo averiguar se as empresa atuaram com intuito fraudulento. Assim, cabe averiguar suas participações em contratações públicas.

57. Compulsando os elementos do Pregão 35/2017 no Comprasnet, verifico que, em 3/3/2015, a MPE Montagens e Projetos Especiais S.A. sofreu um processo de cisão e parte de seu patrimônio foi incorporado à MPE Engenharia e Serviços S.A., a qual passou a contar com parte do acervo técnico da primeira. Consoante a ata da assembleia geral ordinária e o protocolo de cisão da empresa MPE Montagens, o acervo técnico transferido constituiu em:

“A MPE Engenharia e Serviços S.A. somente sucedará a MPE Montagens e Projetos Especiais S.A. nos direitos e obrigações transferidos em decorrência da incorporação do acervo cindido ...” (peça 37, p. 3)

“Este acervo técnico é constituído pelo currículo, expertise e experiências, representado pelos atestados de execução de obras e serviços emitidos por contratantes de ser serviços públicos ou privados, constantes da relação anexa...” (grifou-se). (peça 37, p. 22)

58. Em 27/8/2015, ocorreu a segunda cisão nos mesmos termos da primeira, ou seja, transferência de parte do acervo técnico da MPE Montagens e Projetos Especiais S.A. para a MPE Engenharia e Serviços S.A.. Em 25/2/2016, 10/5/2017 e 11/8/2017 ocorreram as terceira, quinta e sétima cisões da MPE Montagens e Projetos Especiais S.A., nos mesmos moldes das anteriores. (peça 37)

59. Desses documentos cabe a constatação de que a empresa MPE Montagens e Projetos Especiais S.A. transferiu parcela significativa de seu acervo técnico para a MPE Engenharia e Serviços S.A. Esta, por sua vez, utilizou-se desse acervo para fins de habilitação técnica na licitação em questão.

60. Ou seja, há fundados elementos indicativos de que a empresa MPE Engenharia e Serviços S.A. está atuando como sucessora da MPE Montagens e Projetos Especiais S.A.

61. A partir de junho de 2015, depois da transferência do acervo técnico, a empresa passou a firmar diversos contratos com a administração pública federal (em consulta ao SIASG verifica-se que foram firmados cerca de 26 contratos no período de 2015 a 2018) (peça 56).

62. Chama a atenção que todas as transferências de acervo técnico ocorreram a título gratuito, demonstrando que as duas empresas estavam sob um comando coordenado, pois não há por que uma empresa transferir para outra seu acervo técnico sem ônus a não ser que haja uma relação de interdependência entre ambas.

63. Está permitida, portanto, a conclusão de que, apesar de ter sido criada em 2001, a MPE Engenharia e Serviços S.A. somente passou a atuar operacionalmente, ao menos em atividades similares ao objeto da licitação aqui tratada, a partir da primeira cisão da MPE Montagens e Projetos Especiais. Por outro lado, constata-se um esvaziamento operacional desta última, o que faz com que a sanção aplicada pelo TCU tenha sua efetividade mitigada ou anulada.

VIII

64. Como visto, a jurisprudência desta Corte sinaliza que são considerados fraudulentos os atos praticados depois da aplicação da penalidade restritiva de direito, os quais indicam o intento de burlar a aplicação da sanção administrativa.

65. Nada impede, contudo, que a fraude ocorra antes da aplicação da sanção, quando os sócios/administradores, cientes dos ilícitos cometidos e das consequências potencialmente daí advindas, procurem se resguardar esvaziando a empresa utilizada para o cometimento dos ilícitos e operacionalizando uma outra sem as máculas da anterior.

66. Entendimento diverso estimularia sobremaneira a impunidade e a prática de ilícitos, pois bastaria determinada pessoa jurídica cometer uma série de fraudes em licitações e, na sequência, antes mesmo de qualquer início de apuração dos fatos, transferir suas atividades para uma sucessora, a qual estaria imune à persecução estatal.

67. Dito isso, cabe analisar a cronologia dos acontecimentos que levaram à penalização da sociedade empresária MPE Montagens e Projetos Especiais S.A.:

– em 2009, cartel, integrado por essa sociedade empresária, frauda diversas licitações conduzidas pela Petrobras, relacionadas a obras de implantação da Refinaria Abreu e Lima em Pernambuco;

– em 17/3/2014, foi deflagrada a “Operação Lava Jato”, que revelou a existência de um esquema criminoso na Petrobras que envolvia a prática de crimes contra a ordem pública, corrupção e lavagem de dinheiro, com a formação de um poderoso cartel, incluindo a MPE Montagens e Projetos Especiais S.A.;

- em 9/12/2014, planilhas apreendidas pela Polícia Federal na sede da empresa Engevix indicam a forma de operacionalização do cartel, a participação da empresa MPE Montagens e Projetos Especiais S.A. e as obras que seriam a ela atribuídas (peça 35, p. 2-3, 5-7, 12-13, 21 e 23, do TC 013.387/2017-0);
- em 19/3/2015, foi firmado acordo de leniência junto ao Cade em que era descrita a conduta fraudulenta do mencionado cartel (peça 31 do TC 013.387/2017-0);
- em 11/11/2015, a Polícia Federal emite o Laudo Pericial 2.44/2015 descrevendo a atuação do cartel (peças 26-29 do TC 013.387/2017-0);
- de 11/12/2014 e 28/4/2016, foram efetuadas nove denúncias junto à 13ª Vara da Justiça Federal em Curitiba/PR, dando conta da atuação do cartel integrado também pela MPE Montagens e Projetos Especiais S.A.;
- em 2/6/2016, foi efetuada representação por unidade técnica deste Tribunal acerca de fraudes na Rnest, incluindo a participação da MPE Montagens e Projetos Especiais S.A. (peça 42 do TC 013.387/2017-0);
- em 22/6/2016, foi determinada a oitiva da empresa para que se manifestasse sobre os elementos indicativos de fraude em licitações para a implantação da Rnest (Acórdão 1.583/2016-Plenário);
- em 21/2/2018, a empresa foi declarada inidônea pelo TCU (Acórdão 300/2018-Plenário);

68. Dessas informações, pode-se depreender que, ao iniciar o procedimento sucessório entre as empresas do Grupo MPE em 27/8/2015, os dirigentes do grupo tinham conhecimento de que o esquema criminoso do qual participaram havia sido descoberto, de forma que seria iminente a aplicação de penalidades à empresa utilizada para as fraudes – MPE Montagens e Projetos Especiais S.A.

69. Cabe, pois, concluir que os dirigentes do conjunto de empresas buscaram preservar as atividades econômicas do Grupo MPE, então exercidas pela MPE Montagens e Projetos Especiais S.A., mediante um processo de sucessão fraudulento para outra sociedade empresária do conglomerado.

IX

70. Assim, a unidade técnica fez a seguinte proposta de encaminhamento:

“considerando, principalmente, o esvaziamento operacional da MPE Montagens, fazendo com que a declaração de inidoneidade imposta a essa empresa por intermédio do Acórdão 300/2018-TCU-Plenário tenha tido seus efeitos significativamente reduzidos (se não anulados), e tendo em vista que a burla à declaração de inidoneidade imposta pelo TCU da forma como vista nestes autos se caracteriza uma nova fraude à licitação, entende-se cabível a declaração de inidoneidade da MPE Engenharia e Serviços S.A.” (grifou-se).

71. Ou seja, a unidade técnica entende que, na condição de sucessora da empresa declarada inidônea, a participação da sociedade empresária MPE Engenharia e Serviços S.A. na licitação ora em análise configuraria nova fraude, de forma que esta deveria ser diretamente sancionada.

72. Acontece que o termo inicial de declaração de inidoneidade da sociedade MPE Montagens e Projetos Especiais S.A. somente começou a vigor a partir de 17/5/2018, data do trânsito em julgado da decisão sancionatória (peça 104 do TC 013.387/2017-0). No entanto, a contratação em questão ocorreu em 19/2/2018 (peça 30, p. 25). Assim, quando da licitação em comento, a mencionada empresa não detinha a condição de inidônea, de forma que não cabe falar em fraude em decorrência da participação de sua sucessora na licitação tratada nestes autos.

73. Por certo, é possível que tenham ocorrido fraudes decorrentes da participação da MPE Engenharia e Serviços S.A. em licitações em data posterior a 19/2/2018. Entretanto, não se trata de matéria objeto destes autos, cabendo à unidade técnica representar caso encontre indícios da ocorrência.

74. Na verdade, a situação se amolda ao já decidido por esta Corte mediante o Acórdão 1.831/2014-Plenário, quando se apreciou a questão da transferência de acervo técnico entre empresas:

“2. De fato, a R.E. Engenharia Ltda. – ME possui a mesma composição societária que a Adler, como se verifica a partir das pesquisas feitas no CNPJ, autuadas sob as peças 5 e 6. Apesar de essa empresa ter sido criada em 2006, antes, portanto, da sanção de inidoneidade, efetivada em 11/08/2011 (peça 4), ela incorporou a Adler em 09/12/2011 (peça 9, p. 13), absorvendo todo seu acervo técnico, além de sucedê-la nos contratos em curso.

3. Obviamente, tal manobra teve a intenção de contornar o impedimento legal aplicado à Adler, devendo ser tolhida por esta Corte de Contas. A fraude, aqui, configura-se a partir da assunção do acervo técnico e humano e dos contratos da Adler pela R. E. Engenharia. A transferência de toda a capacidade operacional de uma entidade para outra evidencia o propósito de dar continuidade às atividades da empresa inidônea sob nova denominação.” (grifou-se).

75. Como visto, a fraude consistente na transferência do acervo técnico se deu em data anterior a declaração de inidoneidade da MPE Montagens e Projetos Especiais S.A., em razão da percepção dos administradores da sociedade de que esta seria alcançada pelos rigores da lei penal, civil e administrativa.

76. Na verdade, depois da declaração de inidoneidade MPE Montagens e Projetos Especiais S.A., cada nova contratação de integrante da **holding** MPE deve levar em conta pragmaticamente se essa sociedade não surgiu como uma tentativa de fugir aos efeitos da inidoneidade.

77. Pouco importa, salvo melhor juízo, se os atos que permitiram a empresa da **holding** se habilitar a participar de licitações (transferência do acervo técnico) foram praticados antes ou depois da declaração de inidoneidade. O que importa é se houve o intuito de viabilizar ilicitamente a contratação pela administração pública.

78. Em suma, basta que fique evidenciado que os tais atos de fraude tenham sido praticados de forma intencional, no âmbito de um cenário que permitia deduzir que a MPE Montagens e Projetos Especiais S.A. iria se inviabilizar em razão das persecuções que estavam sendo realizadas no âmbito estatal.

79. Assim, entendo que, configurada a fraude sucessória, os efeitos da sanção imposta à MPE Montagens e Projetos Especiais S.A. devem ser estendidos à empresa MPE Engenharia e Serviços S.A., da mesma forma que o decidido no mencionado acórdão do TCU.

X

80. Trato agora dos efeitos do entendimento anterior sobre a contratação em questão.

81. Consoante a jurisprudência desta Corte de Contas, a declaração de inidoneidade, prevista no art. 46 da Lei 8.443/1992, produz efeitos ex nunc, não afetando, automaticamente, contratos em andamento celebrados antes da aplicação da penalidade (v.g. Acórdão 432/2014-Plenário).

82. Todavia, consoante precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte de Contas, “a ausência do efeito rescisório automático não compromete nem restringe a faculdade que têm as entidades da administração pública de, no âmbito da sua esfera autônoma de atuação, promover medidas administrativas específicas para rescindir os contratos, nos casos autorizados em lei nos casos autorizados e observadas as formalidades estabelecidas nos artigos 77 a 80 da Lei 8.666/93.” (MS 13.964/DF – 2008 do Superior Tribunal de Justiça e Acórdão TCU 1.340/2011 – Plenário).

83. Sob esse aspecto, cabe consignar que o art. 55 da Lei 8.666/1993 assim dispõe:

“Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

(...)

XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação. ...

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

I - o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;”

84. Embora a norma fale em motivo para rescisão do contrato, por certo aplica-se às hipóteses de prorrogação contratual. Ou seja, se o contratado deve manter os requisitos de habilitação durante a vigência da contratação, deve, por consequência, deter essa condição quando da prorrogação contratual.

85. Não olvido que as condições de habilitação previstas na Lei 8.666/1993 são exaustivas, não contendo explicitamente o requisito da ausência de fato impeditivo para participar do certame. Entretanto, como as sanções de inidoneidade para licitar igualmente decorrem de normas legais, há de se entender que a exigência de que a empresa não esteja impossibilitada de participar do certame seja um requisito implícito de habilitação.

86. Em assim sendo, não caberia a prorrogação contratual de sociedade empresária que venha a ser declarada inidônea durante a contratação, pois a contratada deixou de atender os requisitos do art. 55, inciso XIII, da Lei 8.666/1993.

87. Ou seja, os efeitos da declaração de inidoneidade se projetam pra o futuro, mas arrolam todos os envolvidos na fraude. Há, pois, uma contaminação dos efeitos da sanção a todos os partícipes da fraude em questão. Justifica-se, portanto, a determinação para que não ocorra a prorrogação do contrato.

88. Mesmo que assim não fosse, cabe registrar que a empresa não possui direito subjetivo à prorrogação contratual, mas mera expectativa de direito (v.g. Acórdão 214/2017 – Plenário).

89. Desta feita, cabe ser indagado em que medida o interesse público estaria atendido com a prorrogação de um contrato firmado com uma empresa declarada inidônea pela própria administração. Embora, o preço praticado possa ser considerado razoável, há de se convir que a prorrogação, ao atenuar os efeitos da pena, retiraria ao menos parcialmente os efeitos preventivos que se espera da condenação.

90. Desta feita, quer por disposição legal quer por ausência de interesse público, entendo pertinente a realização de determinação ao órgão para que se abstenha de prorrogar o contrato em tela.

XI

91. Quantos aos demais tópicos objeto da representação, acompanho o posicionamento da unidade técnica no sentido de serem improcedentes ou se tratem de falhas formais.

92. O aditamento do contrato (termo aditivo 4/2019) para ampliar o seu escopo foi justificado porque a hipótese se mostrou mais econômica para a administração do que realizar uma nova licitação para tratar especificamente das novas instalações a serem objeto da execução contratual.

93. A ampliação do escopo contratual antes da realização do aditivo efetivamente fez com que, durante o período compreendido entre março e novembro de 2019, houvesse a prestação de serviços sem cobertura contratual. Entretanto, a falha foi sanada e não cabe a adoção de outras providências por parte desta Corte.

94. Quanto à existência de execução judicial sofrida pela MPE Engenharia e Serviços S/A, registro que esse fato, por si só, não permite afirmar a ausência de manutenção das condições de habilitação. Até porque tal execução já se encontra extinta (peça 21, p. 32).

XII

95. Estando os autos no Gabinete deste relator, a MPE Engenharia e Serviços S/A apresentou duas petições.

96. A primeira solicitando que seja dado tratamento sigiloso aos presentes autos, em razão de supostamente conterem dados estratégicos referentes a sua atuação no mercado, cuja publicidade traria prejuízos concorrenciais (peça 127).
97. A segunda peça trata de solicitação para que o processo seja retirado de pauta em razão da pertinência de se ouvir previamente o Ministério Público junto ao TCU e pelo fato de terem sido constituídos novos procuradores.
98. Quanto ao sigilo dos documentos, observo que já foi aposta chancela nesse sentido aos documentos apresentados pela representada em sua defesa em razão de solicitação anterior de 20/2/2020 (peça 104, p. 26). Por outro lado, os documentos considerados na proposta da unidade técnica e neste voto são públicos, não havendo motivos para que estes autos sejam tratados em sessão sigilosa desta Corte.
99. Quanto à oitiva do Ministério Público junto ao TCU, observo que os presentes autos de representação não exigem tal manifestação previamente à realização da sessão de julgamento, sendo certo que o **Parquet** poderá manifestar-se durante o julgamento, nos termos do art. 81, inciso II, da Lei 8.443/1992. Ademais, no início deste voto, demonstrei as razões pela qual foi adotado tal entendimento.
100. Quanto à constituição de novos procuradores depois de publicada a pauta de julgamento, entendo que tal procedimento é ônus da parte e que os procuradores até então constituídos tiveram tempo suficiente para exercerem todas as suas prerrogativas processuais. Assim, não cabe atender à solicitação de retirada de pauta.

XIII

101. Finalmente, acolho as sugestões do Ministro Sherman Augusto Cavalcanti para que:

– seja encaminhado cópia do acórdão a ser preferido ao Ministério Público Federal (MPF), a fim de que, no âmbito de suas atribuições, seja avaliada eventual fraude praticada pela MPE Montagens e Projetos Especiais S.A. na cessão de parte de seu patrimônio e acervo técnico em favor da MPE Engenharia e Serviços S.A.; e

– seja encaminhada à SeinfraUrbana cópia dos elementos necessários à apuração de eventual descumprimento das medidas cautelares expedidas por esta Corte no bojo do TC 007.463/2014-6 e do TC 027.553/2017-5, que cuidam da indisponibilidade de bens da MPE Montagens e Projetos Especiais S.A., a fim de que seja avaliada possível fraude sucessória praticada pela MPE Montagens e Projetos Especiais S.A. na incorporação de parte de seu patrimônio pela MPE Engenharia e Serviços S.A.;

XIV.

Diante do exposto, acolho na essência o parecer da unidade, o qual incorporo como razões de decidir, e voto por que o Tribunal adote o acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em tagDataSessao.

BENJAMIN ZYMLER
Relator

ACÓRDÃO Nº 1246/2020 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 005.520/2019-3.
- 1.1. Apenso: 036.028/2019-3
2. Grupo I – Classe de Assunto: VII – Representação
3. Interessados/Responsáveis:
 - 3.1. Representantes: O2S Automação e Instalações Eireli – EPP (07.146.786/0001-07) e Orion Telecomunicações Engenharia S.A. (01.011.976/0001-22)
 - 3.2. Representada: MPE Engenharia e Serviços S.A. (04.743.858/0001-05)
4. Órgão/Entidade: Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda no Distrito Federal.
5. Relator: Ministro Benjamin Zymler.
6. Representante do Ministério Público: Procurador Sergio Ricardo Costa Caribé.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog).
8. Representação legal:
 - 8.1. Carolina Kazue Gabarron Umeta (54.933/OAB-DF) e Monique Rafaella Rocha Furtado (OAB/DF 34.131), representando O2S Automação e Instalações Eireli – EPP;
 - 8.2. João Victor Barbosa Ferreira (OAB/DF 62.799), Fabiano Silveira (OAB/DF 31.440), Sergio Freitas De Almeida (OAB/DF 22.075), Tarley Max da Silva (OAB/DF 19.960), Gilberto da Silva Costa Filho (OAB/RJ 88.682), Maria Abreu do Valle (OAB/RJ 145.508), Mauro Roberto Gomes de Mattos (OAB-RJ 57.739) e Alberto Alves Barbosa dos Santos (OAB/RJ 150.320), representando MPE Engenharia e Serviços S.A.;
 - 8.3. Luis Fellipe Magalhaes Pereira (OAB-DF60.839), representando Orion Telecomunicações Engenharia S.A.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação dando conta de irregularidades na condução do Pregão 35/2017, a cargo da Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda no Distrito Federal,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator em:

9.1. conhecer das presentes representações para, no mérito, considerá-las parcialmente procedentes, com fulcro no art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, c/c os arts. 235 e 237, inciso VII, do Regimento Interno deste Tribunal;

9.2. declarar, com fulcro no art. 46 da Lei 8.443/1992, que a sanção de inidoneidade aplicada à sociedade empresária MPE – Montagens e Projetos Especiais S.A. (CNPJ 31.876.709/0001-89), mediante os Acórdãos Plenário 300/2018 e 825/2018, estende-se à sociedade empresária MPE Engenharia e Serviços S.A.;

9.3. determinar à Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda no Distrito Federal que se abstenha de efetuar a prorrogação do contrato 5/2018, firmado com a empresa MPE Engenharia e Serviços S.A.;

9.4. dar ciência deste acórdão:

9.4.1. à Controladoria-Geral da União para efetuar os registros pertinentes no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS);

9.4.2. às representantes, à representada e à Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda no Distrito Federal;

9.4.3. à Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas para que avalie a pertinência de efetuar representação acerca da participação da sociedade empresária MPE Engenharia e Serviços S.A. em licitações promovidas pela administração pública federal após a data de 17/5/2018;

9.5. encaminhar cópia desta deliberação ao Ministério Público Federal (MPF), a fim de que seja avaliada eventual fraude praticada pela MPE Montagens e Projetos Especiais S.A. na cessão de parte de seu patrimônio e acervo técnico em favor da MPE Engenharia e Serviços S.A.;

9.6. encaminhar à SeinfraUrbana cópia dos elementos necessários à apuração de eventual descumprimento das medidas cautelares expedidas por esta Corte no bojo do TC 007.463/2014-6 e do TC 027.553/2017-5, que cuidam da indisponibilidade de bens da MPE Montagens e Projetos Especiais S.A., a fim de que seja avaliada possível fraude sucessória praticada pela MPE Montagens e Projetos Especiais S.A. na incorporação de parte de seu patrimônio pela MPE Engenharia e Serviços S.A.;

9.7. arquivar os presentes autos, nos termos do art. 169, III, do Regimento Interno/TCU.

10. Ata nº 17/2020 – Plenário.

11. Data da Sessão: 20/5/2020 – Telepresencial.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-1246-17/20-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler (Relator), Augusto Nardes, Aroldo Cedraz, Raimundo Carreiro, Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo.

13.2. Ministros-Substitutos presentes: Augusto Sherman Cavalcanti, Marcos Bemquerer Costa, André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)
JOSÉ MUCIO MONTEIRO
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
BENJAMIN ZYMLER
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA
Procuradora-Geral