MUNICÍPIO DE INÁCIO MARTINS/PR
Rua Sete de Setembro - Nº: 332 - Centro - CEP: 85.155-000
Telefone: (42) 3667-8011 – licitacoes@inaciomartins.pr.gov.br

PARECER JURÍDICO

PREGÃO PRESENCIAL Nº 034/2020

EMENTA: RECURSO ADMINITRATIVO de HABILITAÇÃO EM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE.

Trata-se de analise de julgamento de recurso de licitação que tem por objeto Contratação de empresa para prestação de serviços de licenciamento de software e suporte técnico, incluindo os seguintes sistemas: Contabilidade Pública, Orçamento Anual, Plano Plurianual, Controle Patrimonial, Licitações e Compras, Controle Interno, Controle de Recursos Humanos e Folha de Pagamento, Controle de Frotas, Portal da Transparência, Tributação e Dívida Ativa, Nota Fiscal Eletrônica de Serviços, Módulo de Gerenciamento de Custosdestinados as Secretarias Municipais.

1. DA TEMPESTIVIDADE/MOTIVAÇÃO DA INTENÇÃO DE RECORRER

A empresa recorrente apresentou recurso, em 01 de junho de 2020, tendo a reunião para a abertura dos envelopes ocorrida em 28/05/2020.

Assim resta demonstrada a tempestividade recursal, eis que consignada em ata e proposta no prazo de até 3 dias conforme previsão editalícia.

Nos motivos sustentou basicamente:

- Infração do item 6.2.6 do Ato Convocatório
- Falta de lógica financeira para definição dos preços

2. DAS RAZÕES DE RECURSO

Inobstante a tempestividade, adentramos no mérito, em que pese a alegação da recorrente, é de se ressaltar que, numa análise perfunctória restou observado pelo Sr. Pregoeiro observância a todas aos preceitos e normas legais que regem sobre o assunto, pautado pela vinculação às regras previamente estabelecidas no edital de licitação, principalmente, em se tratando à observação dos princípios básicos da Administração estabelecidos na Lei 8.666/93 e na Lei 10.520/02.

O edital do Processo licitatório nº 34/2020 em seu item 6.2.6, aduz:

> *6.2.6 Empresas reunidas em consórcio e sejam controladoras, coligadas ou subsidiárias entre si.*

Para melhor compreender a situação é necessário buscarmos as definições:

O conceito de consórcio encontra-se previsto no artigo 2º da Lei 11.795/2008, que trata do sistema de consórcios. Senão vejamos:

"Consórcio é a reunião de pessoas naturais e jurídicas em grupo, com prazo de duração e número de cotas previamente determinados, promovida por administradora de consórcio, com a finalidade de propiciar a seus integrantes, de forma isonômica, a aquisição de bens ou serviços, por meio de autofinanciamento".

Já consorciado é a pessoa natural ou jurídica que integra o grupo e assume a obrigação de contribuir para o cumprimento integral de seus objetivos (Lei 11.795/2008, art. 4º).

MUNICÍPIO DE INÁCIO MARTINS/PR
Rua Sete de Setembro - Nº: 332 - Centro - CEP: 85.155-000
Telefone: (42) 3667-8011 – licitacoes@inaciomartins.pr.gov.br

Nos termos do artigo 278 da Lei 6.404/76 – Lei das Sociedades Anônimas, o consórcio empresarial consiste na associação ou união temporária de companhias ou qualquer outra sociedade, sob o mesmo controle ou não, para obter finalidade comum ou executar determinado empreendimento, geralmente de grande vulto ou de custo muito elevado, exigindo para sua execução conhecimento técnico especializado e instrumental técnico de alto padrão. É administrado pela empresa designada líder e não se confunde com grupos de sociedades.

Apesar da previsão da constituição do consórcio estar contida na Lei 6.404/76, quaisquer outras sociedades – as limitadas, por exemplo – podem se associar e formar consórcios, conforme destaque da própria norma.

Ao caracterizar o consórcio previsto na Lei das Sociedades Anônimas, Marçal Justen Filho destaca sua transitoriedade e a circunstância de que os consorciados mantêm sua autonomia jurídica e respondem em nome próprio pelos atos a si imputáveis, já que não há solidariedade para essa união. Depois de executada a atividade que resultou na associação, as sociedades se desligam.

Nos termos da Lei 6.404/76, as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade.

O consórcio será constituído mediante contrato aprovado pelo órgão da sociedade competente para autorizar a alienação de bens do ativo permanente, que deverá conter a definição das obrigações e responsabilidades de cada sociedade consorciada, das prestações específicas, das normas sobre administração do consórcio, dentre outros.

Por ser primordialmente contratual, um dos maiores desafios do consórcio é a elaboração desse contrato, com cláusulas que tratem da divisão das tarefas, receitas, custos e despesas, divisão de resultados – lucros e, ou prejuízos – e as condições para realização de negócios em comum.

A empresa consorciada nomeada líder normalmente é eleita para comandar os assuntos de interesse do grupo e representar o consórcio.

O consórcio não tem personalidade jurídica própria, ou seja, ele não será uma empresa, vez que se constitui a partir de um contrato. Não envolve a constituição de uma pessoa jurídica distinta dos consorciados. Nada obstante, é importante destacar que os consórcios constituídos na forma dos artigos 278 e 279 da Lei 6.404/1976 são obrigados a inscrever-se no CNPJ, especialmente para fins fiscais.

Nesse caso, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que se trata de uma "associação de empresas que conjugam recursos humanos, técnicos e materiais para a execução do objeto a ser licitado. Tem lugar quando o vulto, complexidade ou custo do empreendimento supera ou seria dificultoso para as pessoas isoladamente consideradas".

Já por empresas coligadas a definição está prevista no §1o do art. 243 da Lei no 6.404/76, são coligadas as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa. Segundo o § 4o do mesmo artigo, considera-se que há influência significativa quando a investidora detém ou exerce o poder de participar nas decisões das políticas financeira ou operacional da investida, sem controlá-la. No entanto, com base no § 5o, é PRESUMIDA influência significativa quando a investidora for titular de 20% ou mais do capital votante (ações ordinárias) da investida, sem controlá-la. Conceito semelhante encontramos no item 2 do Comitê de pronunciamentos contábeis 18:

"COLIGADA é uma entidade, incluindo aquela não constituída sob a forma de sociedade tal como uma parceria, sobre a qual o investidor tem influência significativa e que não se configura como controlada ou participação em empreendimento sob controle conjunto (joint venture)."

As sociedades controladas estão de acordo com o § 2o do art. 243 da Lei 6.404/76, consideram-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores. Doutrinariamente, entendemos que para que isso ocorra é necessário que a investidora tenha direta ou indiretamente mais de 50% do capital votante da investida (ações com direito ao voto nas assembleias de acionistas), ou seja, mais de 50% das ações ordinárias.

MUNICÍPIO DE INÁCIO MARTINS/PR
Rua Sete de Setembro - Nº: 332 - Centro - CEP: 85.155-000
Telefone: (42) 3667-8011 – licitacoes@inaciomartins.pr.gov.br

Já no que se refere ao conceito de sociedade "subsidiária", esse não está presente na legislação civil. Isto é, o Código Civil de 2002 não trouxe uma definição expressa a respeito do tema. Já a Lei nº. 6.404/76 fala em "subsidiária integral", conforme se verifica na redação do art. 251 da norma: Art. 251. A companhia pode ser constituída, mediante escritura pública, tendo como único acionista sociedade brasileira. § lº A sociedade que subscrever em bens o capital de subsidiária integral deverá aprovar o laudo de avaliação de que trata o artigo 8º, respondendo nos termos do § 6º do artigo 8º e do artigo 10 e seu parágrafo único. § 2º A companhia pode ser convertida em subsidiária integral mediante aquisição, por sociedade brasileira, de todas as suas ações, ou nos termos do artigo 252. Nelson Eizirik conceitua subsidiária integral da seguinte maneira: A subsidiária integral constitui uma sociedade unipessoal, cujo o único acionista é uma sociedade brasileira. As sociedades estrangeiras, ainda que autorizadas a funcionar no País, não poderão constituir subsidiária integral. O controle é total; a sociedade controladora deve deter todas as ações de emissão da controlada para que ela possa ser definida como subsidiária integral.

Pois bem, considerados estes apontamentos iniciais, verifica-se ainda que diante de um caso concreto de participação, na mesma licitação, de empresas pertencentes aos mesmos sócios ou ao mesmo grupo econômico, sempre será preciso analisar a documentação fornecida pelas empresas para exame de sua habilitação jurídica e técnica, para que se possa aferir se ambas as empresas existem de direito e de fato, funcionam normalmente, têm cada uma vida própria e faturamento expressivo.

O que se deve evitar é o risco de que qualquer uma delas seja uma simples empresa de fachada, sem existência real, criada apenas para dar respaldo a outra em licitações.

Note-se que tais situações são irrelevantes; **o que interessa saber é como atua cada uma das empresas, ou seja, se cada uma tem, ou não, existência real e vida independente**, não se podendo presumir a ocorrência de fraude apenas por força da coincidência da titularidade do controle societário.

Entendo que a exegese da lei de licitações é no sentido de que **a proibição do regulamento é de que o mesmo concorrente (pessoa física ou jurídica) participe mais de uma vez em uma mesma licitação**, isoladamente e em consórcio, ou integrando mais de um consórcio. **O que a norma veda - repita-se - é que a mesma pessoa se apresente mais de uma vez na mesma licitação.**

> *Para se saber se a participação de duas empresas do mesmo grupo econômico em uma mesma licitação pode ser havida como ilícita, é importante verificar como a melhor doutrina analisa e identifica quais condutas são suscetíveis de aplicação do mencionado dispositivo penal.*
> *Duas são as condutas puníveis: frustrar e fraudar[1], quando incidentes sobre o indispensável caráter competitivo da licitação.*
> *Frustrar significa enganar, baldar, tornar inútil, no caso, a competitividade da licitação. É conduta comissiva. Há que haver uma ação.*
> *(...)*
> *A fraude e o conluio não se presumem. Devem ser comprovados, pelo menos* ***por meio de um feixe convergente de indícios****, entre os quais se destaca a existência meramente formal, não efetiva, de qualquer das empresas licitantes. (grifos nossos)*

Sabe-se, portanto, que não se pode presumir a fraude e o conluio. É fundamental reunir conjunto robusto e convergente de indícios para avaliar o caso concreto.

De se observar também que o TCU costuma avaliar como conluio em licitações.

No Acórdão nº 1.292/2011-Plenário, um dos elementos que levaram à conclusão de conluio e declaração de inidoneidade foi: ***"apresentação de propostas de empresas diferentes com idêntica padronização gráfica ou visual"***.

No Acórdão nº 730/2004-Plenário, o TCU verificou que duas empresas tinham **"em comum, na realidade, não apenas o mesmo endereço, mas também o mesmo administrador (...) do que resultou evidente prejuízo ao sigilo das propostas"**.

[1](Informativo de Licitações e Contratos, nº 100, junho de 2002, Zênite):

MUNICÍPIO DE INÁCIO MARTINS/PR
Rua Sete de Setembro - Nº: 332 - Centro - CEP: 85.155-000
Telefone: (42) 3667-8011 – licitacoes@inaciomartins.pr.gov.br

Ainda nesse mesmo julgado, o Tribunal de Contas evidenciou o seguinte:

*A fraude se revela com os sinais, identificados no relatório, constantes das propostas ... **que indicam haver sido formuladas a partir do mesmo arquivo eletrônico, com idêntica formatação de números - separador de milhares ativado ou desativado nas mesmas células - e erros de grafia iguais.***

Evidente, então, que foi frustrado, mediante fraude, o caráter competitivo dos procedimentos licitatórios, em que figuraram como licitantes empresas do mesmo titular...

Os fatos narrados são extremamente graves, porquanto, sobre afrontar os princípios constitucionais e legais que regem a licitação pública...

Já no Acórdão nº 3.190/2014-Plenário, o TCU entendeu que havia fraude ao caráter competitivo do certame em função de:

- *as empresas não se encontram estabelecidas nos endereços indicados em seus cadastros no CNPJ;*
- *os endereços* [dos sócios de uma empresa] *eram os mesmos* [de outra empresa]
- *as propostas das três empresas tinham a mesma diagramação, mesmo formato, mesmo número de páginas, mesma itenização e mesma redação das propostas;*
- *indicativos de que as propostas foram elaboradas por uma mesma pessoa ou um mesmo modelo*

Diante dessas constatações, o Ministro Relator afirmou:

Observa-se de tais constatações, que os certames licitatórios (...) *foram inteiramente irregulares* (...) *concluindo pela elaboração de propostas semelhantes com os mesmos caracteres e preços equivalentes, que indicam que foram elaboradas pela mesma pessoa ou seguindo o mesmo modelo etc. Com isso, revela-se, a meu ver, adequada a proposta ... de declaração da inidoneidade das empresas...* (Acórdão nº 3.190/2014-Plenário)

Em outro caso, julgado no Acórdão nº 1400/2014-Plenário, o TCU verificou:

(...) as duas firmas possuíam o mesmo procurador/representante (...) ***fica difícil imaginar como poderia o dito procurador defender os interesses das duas licitantes, ao mesmo tempo, diante de alguma controvérsia que porventura surgisse no curso dos certames. É evidente que tal situação não se mostra viável e constitui mais um indício de atuação com má-fé por parte dos agentes envolvidos, bem como por parte das empresas.***

(...)

23.10 Registro, mais uma vez, que as situações relatadas encontram-se respaldadas por documentos, os quais já se encontram devidamente identificados nos autos. ***Caso um observador mais rigoroso insista em tratá-las como meros indícios ou como falhas isoladas, deve ser citada a jurisprudência desta Corte de Contas, fundamentada por sua vez em decisão do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que um conjunto de indícios concordantes e coincidentes entre si constitui prova.*** *Em diversas oportunidades este Tribunal já expressou tal entendimento, como por exemplo nos acórdãos 331/2002, 2143/2007, e 2426/2012, todos do Plenário.*

Veja-se que para o TCU, duas firmas que participam numa licitação com o mesmo controlador/procurador/representante, ou seja, que estejam sob o controle da mesma pessoa, cometem o crime de fraude ao processo licitatório, por violar o princípio da competitividade.

MUNICÍPIO DE INÁCIO MARTINS/PR
Rua Sete de Setembro - Nº: 332 - Centro - CEP: 85.155-000
Telefone: (42) 3667-8011 – licitacoes@inaciomartins.pr.gov.br

E como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello (in Curso de Direito Administrativo, Malheiros, SP, 2004):

> *violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comando. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, pois representa insurgência contra todo o sistema, subversão dos seus valores, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.*

Há ainda outro caso enfrentado pelo TCU no Acórdão nº 2978/2013–Plenário que se amolda com bastante similaridade à situação verificada na Concorrência 03/2014 de Nova Monte Verde.

No Acórdão nº 2978/2013–Plenário, o Tribunal de Contas verificou o seguinte:

> ... houve o compartilhamento de endereço [entre as empresas] que configura um dos indícios de coligação, pois se trata de circunstância bastante incomum o compartilhamento de mesmo endereço por duas empresas concorrentes e, supostamente, autônomas.
>
> ... a relação de parentesco existente entre as sócias das duas empresas é altamente relevante, pois, além do grau de parentesco, as sócias administradoras são detentoras de, praticamente, a totalidade do capital social das empresas.
>
> Constam dos autos **diversos elementos que, em conjunto, formam um consistente indício de uma gestão comum dos interesses das duas empresas**: o laudo técnico de ergonomia apresentado pelas duas empresas na presente licitação foi elaborado pelo mesmo engenheiro; as duas empresas, em diferentes ocasiões, nomearam procuradores e representantes em comum; as duas empresas utilizam os serviços do mesmo contador; as propostas das duas empresas, anexadas à Ata do Pregão Eletrônico para Registro de Preços 017/2011, foram elaboradas pelo mesmo autor, nos mesmos dias e em sequência de horário.
>
> *(...)*
>
> ***20. Entendo, pois, cabível a aplicação a essas empresas da pena de declaração de inidoneidade prevista no art. 46 da Lei 8.443/1992. Não afeta esse entendimento o fato de que as empresas não chegaram a ser contratadas, pois segundo a jurisprudência desta Corte, trata-se de ilícito de caráter formal em que não se exige a ocorrência de resultado*** *(Acórdãos Plenário 2179/2010 e 2425/2012).*

A posição do TCU, portanto, é bastante clara: um conjunto consistente de indícios de uma gestão comum dos interesses de duas empresas na mesma licitação é suficiente para caracterizar o conluio e a fraude ao processo licitatório, cenário que leva à declaração de inidoneidade das duas licitantes.

E para o TCU, podem compor esse "conjunto consistente de indícios" elementos como:

- empresas com mesmo endereço
- empresa que não existe no endereço indicado no CNPJ
- empresas com vínculos familiares no quadro societário
- mesmo engenheiro em ambas as empresas
- mesmo procurador/administrador
- mesma formatação nos documentos apresentados na licitação

Nesta toada é salutar destacar ainda que eventual relação comercial entre participantes do mesmo certame, por si só, não á capaz de ferir os princípios basilares da Administração pública, ou ainda, de frustrar a concorrência.

Outrossim, quanto as alegações de lógica quanto a inexequibilidade da proposta, até o presente momento não houve qualquer prova nesse sentido.

MUNICÍPIO DE INÁCIO MARTINS/PR
Rua Sete de Setembro - Nº: 332 - Centro - CEP: 85.155-000
Telefone: (42) 3667-8011 – licitacoes@inaciomartins.pr.gov.br

Vale ressaltar que optou a Administração pela escolha do que chamamos de software de prateleira, até mesmo pela modalidade de licitação, o que não significa dizer que a execução dos serviços se dará necessariamente pela intermediação de outra.

Para ser mais claro, um exemplo deve ser seguido. Em um suposto pregão para aquisição alimentos para atender a Administração pública. Poderiam participar tanto a fabricante, quanto eventuais revendedores do pedido, desde que ao final entregassem o produto que atendesse os anseios da Administração.

Desta forma, entendo que os fatos alegados pela empresa recorrente não tem o condão de alterar a decisão tomada pela habilitação da empresa Catuzzo informática EIRELI- ME

3. DA ANÁLISE E CONCLUSÃO

Considerando os fatos narrados acima e em atenção ao recurso impetrado pelo Recorrente, opina-se pelo conhecimento do Recurso e no Mérito pelo DESPROVIMENTO.

Cumpre esclarecer que todo o exposto em nosso parecer tem caráter técnico-opinativo, conforme ensina o Prof. Hely Lopes Meirelles, em sua obra Direito Administrativo Brasileiro: "O parecer tem caráter meramente opinativo, não vinculando a Administração ou os particulares à sua motivação ou conclusões, salvo se aprovado por ato subsequente".

Tal entendimento é acolhido pelo Supremo Tribunal Federal, que expôs sua posição a respeito, in verbis: "O parecer emitido por procurador ou advogado de órgão da administração pública não é ato administrativo. Nada mais é do que a opinião emitida pelo operador do direito, opinião técnico-jurídica, que orientará o administrador na tomada de decisão (...) (MANDADO DE SEGURANCA N. 24.584-1 – DISTRITO FEDERAL – RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO DE MELLO – STF).

Derradeiramente, anoto que está o presente processo condicionado a análise, apreciação e aprovação da autoridade superior.

É o parecer!

Inácio Martins/PR, 15 de Junho de 2020.

Jhiohasson W. R. Taborda
OAB/PR 57.820