

AO PREGOEIRO DA SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE DO MUNICÍPIO DE CABO FRIO/RJ.

PREGÃO ELETRÔNICO SRP Nº 029/2023

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 4394/2023

WR COMÉRCIO DE PAPEIS LTDA, pessoa jurídica de direito privado, devidamente inscrita no CNPJ sob o nº 48.975.836/0001-38, estabelecida na Avenida Hélio Martins, 144, Loja 04, Bairro Novo Horizonte, Município de Linhares, Estado do Espírito Santo, CEP 29.902-030, neste ato representada por sua sócia administradora abaixo assinada, vem, mui respeitosamente à presença de Vossa Senhoria, com fundamento no item 12 e seguintes do Edital, interpor suas razões de

RECURSO ADMINISTRATIVO

No bojo da Licitação em epígrafe, em face da decisão do Município que culminou em sua inabilitação, o que faz pelos fatos e fundamentos a seguir aduzidos.

I – SÍNTESE DOS FATOS

A Secretaria de Saúde do Município de Cabo Frio-RJ deflagrou procedimento licitatório na modalidade pregão eletrônico para aquisição de material de expediente.

A empresa WR Comércio de Papéis sagrou-se vencedora na fase de lances para o item 41, sendo, contudo, inabilitada para o item com a seguinte justificativa:

Empresa: **WR COMERCIO DE PAPEIS LTDA - 48975836000138, INABILITADA** por descumprir as regras do Edital, conforme despacho: **FICAM INABILITADAS AS EMPRESAS MONSARAS DISTRIBUIDORA E COMERCIO LTDA E WR COMERCIO DE PAPEIS LTDA POR VIOLAÇÃO AO SIGILO E INDEPENDÊNCIA DA ELABORAÇÃO DAS PROPOSTAS AO APRESENTAR A DECLARAÇÃO MODELO IV DO EDITAL COM NOME DA EMPRESA WR COMERCIO DE PAPEIS LTDA, CONFORME ART. 94 DA LEI**

FEDERAL 8.666/1993, FICANDO SUJEITO A EVENTUAIS SANÇÕES. INFORMAMOS AINDA QUE O DIREITO AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA FICAM ASSEGURADOS AS LICITANTES, PODENDO AS MESMAS MANIFESTAREM A INTENÇÃO DE RECORRER DA DECISÃO DO PREGOEIRO, CONFORME CONSTA NO EDITAL.!

A declaração da empresa Monsarás anexo IV continha de forma errônea a descrição no nome e CNPJ da empresa WR Comércio.

Ocorre que, a referida decisão de inabilitação merece reforma, conforme adiante demonstraremos.

II – DO MÉRITO

Primeiramente, ressaltamos as referidas sociedades empresárias (Monsarás Distribuidora e WR) são empresas distintas, com corpo de funcionários diversos e total autonomia patrimonial e financeira, ambas atuando há anos no mercado.

Ocorre que inexistente na legislação norma que impeça que empresas que compõem um grupo econômico participem de uma mesma licitação.

É possível extrair do artigo 14 e seus incisos da Lei 14.133/2021 que não há imposição restritiva à participação de empresas que eventualmente façam parte de um mesmo grupo econômico, exceto aquelas formadas em sociedades por ações.

O Edital também não impõe impedimento a este respeito, com exceção de formação de consórcio, o que não é o caso.

Acontece que tal questão já foi objeto de julgamento nos Tribunais de Justiça Pátrios e no Tribunal de Contas da União, senão vejamos:

“APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. APLICAÇÃO DE PENALIDADE DE DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR E CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ATO ILEGAL. 1. **O fato de o quadro social da impetrante possuir pessoa natural que também integra o quadro social de outra empresa que também participou da licitação, na modalidade de pregão, não caracteriza fraude à licitação nem quebra a competitividade, já que, além de não haver vedação legal a que duas empresas que possuam sócios em comum participem de uma mesma licitação, diversas outras empresas, em razão da modalidade da licitação – pregão eletrônico -, participaram da licitação, não havendo que se falar em falta de competitividade.** 2. Não tendo a impetrante praticado ato irregular na licitação inviável que a administração pública aplicasse-lhe a severa pena de

declaração de inidoneidade de licitar e contratar com a administração pública.
RECURSO DE APELAÇÃO PROVIDO.” *(grifo nosso)*

(TJ-PR – AC: 7018135 PR 0701813-5, Relator: Eduardo Sarrão, Data de Julgamento: 29/03/2011, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 613)

Observa-se no julgado acima que mesmo empresas com mesmos quadro societário participando de uma mesma licitação não quebra a competitividade nem caracteriza fraude à licitação, não havendo que se falar em afastamento das mesmas por fazer algo que a lei não veda.

Neste sentido e corroborando o entendimento exposto no julgado acima, é esclarecedor o voto do Relator Marcos Vinicius Vilaça ao proferir decisão no Acórdão nº 010.468/2008-8 – TCU – Grupo I - Classe I - Plenário:

Hoje, [...], **uma mesma empresa não pode apresentar duas propostas, mas nada impede que empresas distintas, embora vinculadas a um mesmo grupo econômico, apresentem diferentes propostas.**

À luz do quanto foi acima exposto, pode-se afirmar, com segurança, que **a simples participação, nos mesmos procedimentos licitatórios, de duas empresas cujas ações ou cotas pertencem ao mesmo grupo de pessoas, não configura violação ao sigilo da licitação nem fraude comprometedora da competitividade do certame.**

Segundo o voto no Acórdão acima, mesmo empresas de um mesmo grupo econômico podem, sem problemas, apresentar diferentes propostas em um mesmo certame licitatório sem que isto configure violação da proposta ou fraude à licitação.

O Acórdão 10.468/208-8, resultante do voto acima, resume bem o entendimento do TCU no presente caso, vejamos:

[...] 3.5. Do exposto, temos que a legislação que regula a realização de procedimentos licitatórios não veda explicitamente a participação de empresas com sócios em comum. Todavia, este Tribunal já considerou irregular a participação de empresas com sócios comuns em licitações nos seguintes casos:

- a) quando da realização de convites;
- b) quando da contratação por dispensa de licitação;
- c) quando existe relação entre as licitantes e a empresa responsável pela elaboração do projeto executivo;
- d) quando uma empresa é contratada para fiscalizar o serviço prestado por outra, cujos sócios sejam os mesmos.

Conforme pode-se perceber no entendimento exarado pela Suprema Corte de Contas, a vedação é da participação de empresas com sócios em comum em caso de convites ou

dispensa de licitação, pois, aí sim estaria ferindo de morte o princípio da competitividade, eis que as empresas nestes casos são convidadas a participar e sempre em um pequeno número. A vedação, porém, não foi estendida às demais modalidades de licitação, incluindo o pregão.

Assim, nem a legislação, nem a jurisprudência, condenam e impedem que empresas de um mesmo grupo econômico participem de uma mesma licitação. Entretanto, quando isto ocorre, há alguns pontos que devem sim ser levados em consideração pelo pregoeiro, conforme abaixo destacamos.

Apesar de não ser, de forma alguma, irregular ou ilegal a participação de empresas com sócios em comum ou com grau de parentesco, ou que componham um mesmo grupo econômico no mesmo certame, algumas empresas de fachada realmente cometem fraude à licitação, agindo como “coelhos” somente para beneficiar outras empresas (acórdão 1.793/2011) e lesando a Administração Pública.

Neste sentido, veja-se trecho do brilhante Acórdão nº 297/2009 da Suprema Corte de Contas, TCU que trata exatamente da mesma questão aqui analisada:

[...] **'O objeto do presente estudo é a verificação da licitude ou não da participação de duas empresas, cujas ações ou cotas pertencem ao mesmo grupo de pessoas, em uma mesma licitação. (...) Não faz sentido vedar a participação numa licitação, anular um contrato ou retirar alguém do universo de possíveis contratantes sem um objetivo a atingir. 2 AUTONOMIA DA EMPRESA EM RELAÇÃO A SEUS SÓCIOS. 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 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.

[...] **Não é crime ser sócio de duas empresas. É perfeitamente normal que grupos econômicos constituam diversas empresas, por razões comerciais e especialmente tributárias. Cada empresa deve ser considerada como uma pessoa jurídica distinta da pessoa física de seus sócios. De resto, é patente a inconsistência do critério de considerar, como uma só, empresas que tenham mesmos sócios e mesmo endereço. E se um sócio de cada uma for diferente? Se isso acontecer com metade dos sócios? Se houver somente um sócio comum? E se os endereços forem diferentes, mas em imóveis contíguos? Ou em ruas diferentes na mesma cidade? Ou um em Porto Alegre e outro em Belém? 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.**
(grifamos)

Observe que o Acórdão trata de empresas que contam com os mesmos sócios, e que nem mesmo assim deve o examinador de plano presumir que estas não podem participar da mesma licitação.

Portanto, deve-se analisar a fundo se as empresas que participaram da mesma licitação são ou não empresas em conluio, se uma delas é de fachada, entre outros aspectos.

Naturalmente, é possível verificar facilmente que ambas as empresas são sociedades distintas que atuam há anos no mercado, com faturamento expressivo e com existência real que apresentam diversos atestados de capacidade técnica. Claramente, não são empresas de fachada criadas para fraudar os certames, basta analisar os atestados de ambas as empresas.

É claro que não se pode aceitar empresas de fachada, constituídas apenas para fraudar licitações, mas, em contrapartida, não se pode afastar empresas sérias, idôneas, realmente existentes, funcionando regularmente, apenas em razão da coincidência de sócios ou por fazerem parte de um mesmo grupo econômico.

Há ainda outros julgados do Tribunal de Contas da União de que não há ilicitude no simples fato de empresas com sócios em comum, ou que fazem parte de um mesmo grupo econômico participarem de um mesmo procedimento licitatório. Abaixo colacionamos mais alguns exemplos:

Acórdão 1539/14 – Plenário

A participação de sociedades coligadas em um mesmo certame licitatório, por si só, não é considerada um ato ilícito. A participação de empresas pertencentes a sócios comuns pode ser considerada regular, se atuarem de forma independente, sem arranjos que possam macular a competitividade do certame.

Acórdão 1448/2013 - Plenário

Não há vedação legal à participação, em uma mesma licitação, de empresas cujos sócios tenham relações de parentesco entre si. Contudo, essas relações podem e devem ser levadas em conta sempre que houver indícios consistentes de conluio.

Portanto, senhores, a relação de parentesco além de não ser vedado pela legislação nem pela jurisprudência dos Tribunais e da Suprema Corte de Contas, não influenciou o resultado da licitação, pois não houve nenhuma conduta de conluio entre estas.

É possível perceber na análise da disputa do certame, inclusive, que a disputa foi acirrada e que a competitividade não foi de modo algum afetada, nem tampouco houve conluio entre

estas para lesar a Administração, **eis que nenhuma delas desistiu de sua proposta apresentada pala beneficiar nenhuma outra**. Tal situação demonstra que ambas estavam sim concorrendo entre si e com os demais competidores.

Na verdade, as duas até mesmo competiram entre elas. Analisando o relatório de lances da referida ata, é possível observar que além dos outros lances efetuados durante o certame, em alguns momentos, a WR efetuava lances e, a Monsarás imediatamente efetuava lance em cima do lance da WR, o que demonstra que as empresas estavam de fato competindo entre si e com os outros licitantes. Veja o trecho do histórico de lances:

15/01/2021 11:40:25 R\$ 19,92 Monsarás

15/01/2021 11:40:30 R\$ 19,93 WR

15/01/2021 11:39:48 R\$ 19,94 Monsarás

Fica nítido, portanto, que as empresas não estavam em conluio, mas verdadeiramente competindo no pregão, inclusive entre elas mesmas.

Ademais, a modalidade de licitação do tipo Pregão Eletrônico foi todo concebido ante a necessidade de **AMPLIAÇÃO DA CONCORRÊNCIA**.

A ordem jurídica não impede uma pessoa física ou jurídica compor o quadro societário de mais de uma pessoa jurídica.

O simples fato de empresas com sócios em comum participarem da licitação não permite a Administração concluir que essa atuação se dará de forma fraudulenta ou mesmo com o objetivo de frustrar os objetivos da licitação.

Pelo contrário, a presunção é da boa-fé e da inocência, até que se prove o contrário. Daí porque, como a Lei nº 10.520/02 não prevê a situação narrada como impeditiva para participar de licitações processadas pela modalidade pregão, será preciso reunir elementos suficientes que comprovem a prática de ato capaz de frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório.

Resta arguir também que o TCU no acórdão 1.793/2011 alertou e orientou os pregoeiros a ficarem atentos ao perceberem durante a licitação que empresas com sócios em comum ou que integram um grupo econômico participam de um mesmo item, se são empresas de fachada, agindo com conluio para lesar a Administração, com a seguinte redação:

CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: 1 – LICITAÇÃO COM A PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS COM SÓCIOS EM COMUM E QUE DISPUTAM UM MESMO ITEM

PREJUDICA A ISONOMIA E A COMPETITIVIDADE DO CERTAME. [...] A partir dos procedimentos efetuados, foram identificadas empresas com sócios em comum e que apresentaram propostas para o mesmo item de determinada licitação na modalidade pregão, o que poderia caracterizar, na opinião da unidade técnica, indício de conluio, com o propósito de fraudar o certame. Para ela, “se houver a existência de sócios em comum de empresas que disputam o mesmo item de um mesmo certame, há evidente prejuízo à isonomia e à competitividade da licitação”. Como consequência, ainda para unidade técnica, “é possível que existam empresas atuando como ‘coelho’, ou seja, reduzindo os preços a fim de desestimular a participação de outros licitantes na etapa de lances, desistindo posteriormente do certame para beneficiar a outra empresa que esteja participando do conluio, que, por sua vez, acaba sendo contratada sem ter apresentado a melhor proposta, provocando, assim, prejuízo para a Administração”. Para minimizar a possibilidade da ocorrência desses conluios, seria recomendável, então, que os pregoeiros e demais servidores responsáveis pela condução dos procedimentos licitatórios, tomassem ciência da composição societária das empresas participantes dos certames, mediante alerta por intermédio do Comprasnet, a partir de modificações no sistema a serem feitas pela SLTI, o que foi sugerido pela unidade técnica ao relator, que acolheu a proposta, a qual foi referendada pelo Plenário. [...] 9.3.2. promova alterações no sistema Comprasnet: 9.3.2.1. para emitir alerta aos pregoeiros sobre a apresentação de lances, para o mesmo item, por empresas que possuam sócios em comum, com vistas a auxiliá-los na identificação de atitudes suspeitas no decorrer do certame que possam sugerir a formação de conluio entre essas empresas, em atenção ao art. 90 da Lei nº 8.666/1993. **(grifo nosso)**

Precedentes citados: Acórdãos nºs 1433/2010 e 2143/2007, ambos do Plenário. Acórdão n.º 1793/2011-Plenário, TC-011.643/2010-2, rel. Min. Valmir Campelo, 06.07.2011.

Tal decisão deve de fato ser observada, tendo em vista que não é novidade que existem empresas de fachada que nem sequer existem no mundo dos fatos, e que foram criadas com o intuito de se beneficiar e prejudicar outros licitantes durante o certame.

No entanto, o próprio TCU - que emitiu tal acórdão, veio mais adiante explicar o que se pretendeu com o referido texto:

[...] 14. No mesmo sentido, o Plenário desta Casa analisou, recentemente, auditoria realizada pela Secretaria de Fiscalização em Tecnologia da Informação (Sefti) na Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, no âmbito do TC-011.643/2010-2, relatado pelo eminente Ministro Valmir Campelo. (...) 16. Ao apreciar o citado processo, o Plenário, por meio do Acórdão nº 1.793/2011, acolheu proposta do relator e fez recomendações à SLTI/MP; veja-se: “(...)

9.3.2. promova alterações no sistema Comprasnet:

9.3.2.1. para emitir alerta aos pregoeiros sobre a apresentação de lances, para o mesmo item, por empresas que possuam sócios em comum, com vistas a auxiliá-los na identificação de atitudes suspeitas no decorrer do certame que possam sugerir a formação de conluio entre essas empresas, em atenção ao art. 90 da Lei nº 8.666/1993;

(...)”

17. A toda prova, portanto, que no caso da recomendação da CGU, trazida aos autos pelos agravantes, bem como nas situações similares, em que houve a atuação desta Corte de Contas, **o que se pretendeu foi alertar os responsáveis pelos certames licitatórios sobre uma situação de risco, configurada pela participação, no processo, de empresas com sócios em comum.**

18. **Tal risco**, conforme bem expresso na recomendação do Acórdão nº 1.793/2011-TCU-Plenário, **deve ser mitigado**, mediante identificação das empresas que se enquadrem nessa situação **e de outros fatores que, em conjunto, e em cada caso concreto, possam ser considerados como indícios de conluio e fraude à licitação.** (grifo nosso)

(Acórdão nº 2.341/2011 – Plenário)

Nesta toada, ao se deparar com situação que acenda a luz para o risco de conluio, o TCU advertiu que outros fatores devem ser levados em conta no caso concreto para que tal conluio, ainda em uma zona de risco abstrato, seja, de fato, comprovado, a fim de que reste certo o potencial prejuízo à competitividade e isonomia do certame.

É possível concluir, segundo entendimento do TCU, que a simples comprovação por meio de consulta realizada no SICAF ou do contrato social, da existência de sócios em comum de empresas que disputam certame, ou com algum grau de parentesco, ou que integrem um grupo econômico, como é o caso, **NÃO É SUFICIENTE** para afastar essas empresas da licitação ou subsidiar aplicação de penalidades.

Diante de todo o exposto, nobres julgadores, restou clarividente que não houve conluio ou fraude, único fator que poderia determinar a aplicação de penalidades e inabilitação, até porque o comportamento inidôneo deve ser verificado justamente no comportamento das empresas – em suas condutas durante o certame – e não houve nenhuma conduta das empresas durante o pregão que justifique aplicação de penalidades neste sentido.

Ademais, conforme entendimento da Suprema Corte de Contas e dos demais Tribunais, a participação de empresas que integrem um mesmo grupo econômico em licitações, por si só, não quebra a condição de propostas independentes e não é considerado fraude à licitação.

Desta feita, haja vista que não houve conluio ou fraude entre as empresas para lesar a Administração, facilmente observável por meio de sua conduta ilibada durante o certame, e considerando que não há regramento legal que impeça que empresas idôneas participem de uma licitação, embora possam pertencer a um mesmo grupo econômico, desde que não haja conluio para fraudar a licitação, a reforma da decisão para habilitar as empresas é medida que se requer.

A inabilitação das empresas que ofertaram o melhor preço, se baseia única e exclusivamente pelo fato de a razão social da empresa WR estar escrita na declaração Anexo IV da Monsarás. Observe que não há nenhuma justificativa de que as empresas

agiram de algum modo para lesar a Administração. Não foi sopesado, nem houve notícia de absolutamente nenhum fato que desabonasse ambas as empresas.

Assim, houve a perda da proposta mais vantajosa ao inabilitar a 1 e a 2 colocada quando ambas apresentaram todos os documentos de habilitação, e não fizeram nada, absolutamente nada, que indicasse algum tipo de comportamento fraudulento à licitação.

III - DOS REQUERIMENTOS

Diante do exposto, REQUER o recebimento e apreciação do presente recurso julgando-o totalmente procedente no sentido de reformar sua decisão, e habilitar a empresa, eis que não houve absolutamente nenhuma conduta durante o certame que indique conluio ou fraude, restando demonstrando, inclusive, que as mesmas competiram entre si, alinhando o entendimento deste pregoeiro ao entendimento reiterado da Suprema Corte de Contas.

Pede e Espera Deferimento!

Linhares/ES, 01 de fevereiro de 2024.

WR COMÉRCIO DE PAPEIS LTDA
JOSIANE DROSDROCKY
CPF: 120.623.207-28
Sócia Administradora