

RESPOSTA AO PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO A PARTICIPAÇÃO EM CERTAME

LICITAÇÃO DE REFERÊNCIA: Pregão Presencial nº 019/2020, Processo Administrativo nº 2020.02.071274, que tem por objeto a **Contratação de Empresa Especializada nos Serviços de Coleta, Transporte, Tratamento de Resíduos**, com destinação e disposição finais de Resíduos de Serviço da Saúde, com o fornecimento, em regime de comodato de BOMBONAS para acondicionamento dos resíduos, produzidos pela Universidade de Gurupi e Fundação UnirG (Campi Gurupi e Campi Paraíso do Tocantins).

DOS FATOS E FUNDAMENTOS

Após apreciação das alegações elencadas em ata pelo licitante R E R EMPREEENDIMENTOS E SERVIÇOS LTDA, passamos à análise do mérito.

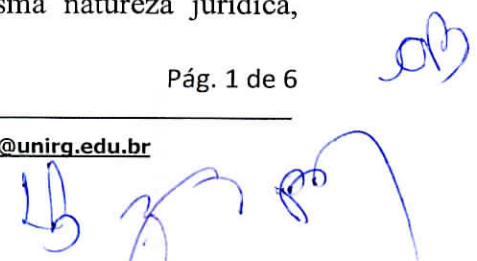
Imperioso ressaltar que todos os julgados da Administração Pública estão embasados nos princípios insculpidos no art. 3º da Lei nº 8.666/93, conforme segue:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Ressalte-se que tal disposição é corroborada pelo disposto no Decreto nº 3.555/00:

Art. 4º A licitação na modalidade de pregão é juridicamente condicionada aos princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, bem assim aos princípios correlatos da celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, competitividade, justo preço, seletividade e comparação objetiva das propostas.

Neste sentido, a alegação da Impugnante de que a empresa AMBIENTALLIX SOLUÇÕES EM RESIDUOS LTDA, não poderia participar do pregão em tela por um dos seus sócios ser detentor de outras empresas com a mesma natureza jurídica,



caracterizando-se assim um grupo econômico, é mister esclarecer o que caracteriza a participação de um grupo econômico numa licitação.

Para a configuração de “grupo econômico” é obrigatória a designação de uma sociedade controladora ou de comando do grupo, que exerça, direta ou indiretamente, e de modo permanente, o controle das sociedades filiadas, como titular de direitos de sócio ou acionista, ou mediante acordo com outros sócios ou acionistas. Além disso, quando confrontados os CNPJ,s da licitante AMBIENTALLIX SOLUÇÕES EM RESIDUOS LTDA, restou demonstrado claramente que tal controle inexistente neste caso.

Deste modo, para a formação de “grupo econômico”, são absolutamente inafastáveis dois elementos fundamentais, que são o controle de uma sociedade sobre todas as demais e que este controle esteja fundado na titularidade de ações ou de cotas ou, ainda, mediante acordo entre os sócios, o que de fato não ocorre no presente caso, vez que o licitante/sócio HERYKY SOUZA ANDRE, detentor de mais de uma empresa, só participou no PP nº 019/2020, com **apenas** uma de suas empresas, qual seja, AMBIENTALLIX SOLUÇÕES EM RESIDUOS LTDA, não restando caracterizado qualquer nexo de causalidade entre a conduta de suas empresas e a frustração dos princípios e dos objetivos da licitação.

Necessário seria a participação em um mesmo processo licitatório de empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico, o que, ressalte-se, não é o presente caso.

Neste interim, necessário apresentar o entendimento consubstanciado do TCU, *in verbis*:

Para a configuração de “grupo econômico” é obrigatória a designação de uma sociedade controladora ou de comando do grupo, que exerça, direta ou indiretamente, e de modo permanente, o controle das sociedades filiadas, como titular de direitos de sócio ou acionista, ou mediante acordo com outros sócios ou acionistas. Quanto à participação em licitações de empresas com sócios em comum ou com grau de parentesco, motivo da oitiva da maioria das empresas ouvidas, **a jurisprudência dominante deste Tribunal é no sentido de que NÃO há, de fato, vedação legal à participação, no mesmo certame licitatório, de empresas do mesmo grupo econômico ou com sócios em relação de parentesco.** No entanto, ressalva-se, que a **demonstração de fraude à licitação exigiria a evidenciação do nexo causal entre a conduta das empresas com sócios em comum ou em relação de parentesco e a frustração dos princípios e dos objetivos da licitação** (Acórdãos 2.803/2016-TCU-Plenário, Ministro-Substituto André de Carvalho), o que não ficou caracterizado no presente caso. Como deixei consignado ao relatar o TC 030.778/2012-3 (Acórdão 721/2016-TCU-Plenário), “a existência de relações de parentesco entre sócios de empresas

concorrentes, por si só, NÃO caracteriza frustração ao caráter competitivo da licitação, exceto se verificados elementos que apontem para a burla de tal princípio”. (TCU, Acórdão 952/2018 - Plenário, voto do Min. Rel. Vital do Rêgo, Sessão do dia 02/05/2018).

Conforme o entendimento acima, a relação de parentesco entre sócios de empresas concorrentes não é motivo suficiente para alijar os licitantes de forma automática, apenas na hipótese de a Administração perceber indícios de conluio ou de fraude é que se admitiria o afastamento dessas concorrentes, com base na reunião das informações capazes de evidenciar prejuízo à competitividade, à isonomia do certame ou à proposta mais vantajosa, (frisa-se): o que não foi o caso.

E no presente caso, temos ainda que só o fato do representante da empresa.. AMBIENTALLIX SOLUÇÕES EM RESIDUOS LTDA, possuir outras empresas com a mesma natureza jurídica, **não configura que as mesmas tenham atuado de forma fraudulenta**, sendo que, urge salientar, que o representante da empresa AMBIENTALLIX SOLUÇÕES EM RESIDUOS LTDA, **só está participando com apenas 1 (uma) empresa na presente licitação**, não sendo caracterizado qualquer conluio ou mesmo fraude a licitação.

Ser detentor de várias empresas, sem estar com todas elas participando na mesma licitação, por si só não caracteriza nem de longe, formação de grupo econômico.

A rigor, uma pessoa jurídica não se confunde com as pessoas físicas ou jurídicas que a integram e/ou a comandam, sendo cada qual titular de direitos e obrigações de forma independente em relação às demais.

Assim, considerando essa independência, a princípio, não estão impedidas de participar de um mesmo processo licitatório empresas do mesmo grupo, que tenham alguma espécie de controle entre si, que possuam sócios em comum ou pessoas físicas que mantenham laços de parentesco, até porque não há previsão legal contendo essa restrição.

Conforme o entendimento do Tribunal de Contas da União, o que o ente licitante deve fazer, nesses casos, é agir com cautela e diligência¹, a fim de apurar se essas empresas agem de forma autônoma (conduta lícita) ou se, ao contrário, atuam em conjunto (conduta ilícita).

¹ Tal qual o recomendado quando da participação em um mesmo certame de pessoas com grau de parentesco: "(...) não se está defendendo a imoralidade 'automática' da participação de irmãos, como representantes de diferentes concorrentes, em processos licitatórios públicos, mas que este fato deve provocar maior cautela da Administração e ser analisado em conjunto com os demais aspectos do procedimento licitatório, com atenção redobrada". TCU - Acórdão 1751/2008 - Plenário.

Essa também a conclusão de Marçal Justen Filho ao examinar a participação, em uma mesma licitação, de empresas do mesmo grupo por intermédio de consórcios distintos²:

“Uma questão que tem merecido discussão acentuada relaciona-se com a participação numa mesma licitação, por meio de consórcios distintos, de empresas integrantes de um mesmo grupo de fato. A hipótese verifica-se quando existem vínculos de natureza societária entre empresas participantes de consórcios diversos disputam uma mesma licitação.

Adota-se o entendimento de que essa solução não deriva diretamente do texto legislativo. Se essa fosse a intenção legislativa, outra teria sido a redação adotada para o dispositivo. Somente se pode adotar essa solução por meio da teoria da desconsideração da pessoa jurídica, superando-se a distinção subjetiva inerente à titularidade de personalidades jurídicas próprias e autônomas.

Não se contraponha que a existência de vínculos de controle acarretaria a atuação concertada das duas empresas para frustrar a competitividade. Esse raciocínio é improcedente, eis que se funda num pressuposto defeituoso. O problema fundamental exposto no argumento consiste na atuação concertada entre duas ou mais empresas. Ora, esse tipo de conduta não está adstrito à existência de vínculos societários entre duas sociedades. Trata-se de uma questão de fato, não de direito. Duas empresas não vinculadas entre si por relações societárias podem compor-se de modo reprovável para frustrar a competitividade de uma licitação. Isso deverá ser reprimido. Não existe qualquer fundamento para presumir que duas empresas atuariam de modo reprovável simplesmente pela existência de vínculo societário entre elas. É evidente que o vínculo societário pode incrementar o risco, mas também é perfeitamente cabível que sejam adotadas providências destinadas a evitar riscos dessa ordem.

Também não caberá afirmar que as empresas vinculadas societariamente adotariam condutas destinadas a beneficiar uma dentre elas. Essa prática é expressamente reprimida pela Lei das S.A, tanto na dimensão do exercício do poder de controle como no tocante ao desempenho da atividade dos administradores (art. 245), que apenas admite a solução quando houver um grupo chamado “de direito” – aquele que se estrutura mediante uma

² A Lei Geral de Licitações, no inciso IV do seu art. 33, veda a participação de empresas consorciadas, na mesma licitação, através de mais de um consórcio ou isoladamente.

OB

Handwritten signature

Handwritten signature

convenção grupal, hipótese extremamente rara na prática brasileira (art. 265)³ (Grifa-se).

Destarte, ao participarem em um mesmo certame, empresas pertencentes a um mesmo grupo econômico não podem ser, de plano, afastadas da disputa sem maiores diligências e justificativas, que evidenciem que a atuação dessas empresas está direcionada para prejudicar a competitividade do certame.

Nessa linha, o posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO LICITAÇÃO REGISTRO DE PREÇOS PREGÃO ELETRÔNICO LICITANTES EMPRESAS DE UM MESMO GRUPO ECONÔMICO DESCLASSIFICAÇÃO ILEGALIDADE. 1. Inexiste vedação legal à participação de empresas de um mesmo grupo econômico em procedimento licitatório. Inadmissibilidade de interpretação ampliada a normas legais restritivas de direitos dos administrados. 2. **Não podem ser impedidas de participar individualmente em licitação empresas pertencentes a um mesmo grupo econômico, presentes elementos comprobatórios de sua plena qualificação pessoal (personalidade jurídica, capacidade técnica e idoneidade financeira próprias), ausente prova de fraude ou conluio para frustrar o caráter competitivo do certame.** Desclassificação considerada ilegal. Pedido procedente. Sentença mantida. Recurso desprovido.” (Grifou-se)⁴

Da mesma forma, já apontou o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

“APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. SOCIEDADE EMPRESÁRIA SUSPENSÃO DE CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO PELO ESTADO DE SANTA CATARINA. POSSIBILIDADE DA EXTENSÃO DOS EFEITOS A OUTRO ENTE FEDERADO. PENALIDADE IMPOSTA À EMPRESA DO MESMO GRUPO ECONÔMICO. PESSOAS JURÍDICAS DISTINTAS, EMBORA PERTENCENTES AO MESMO GRUPO ECONÔMICO. INEXISTÊNCIA DE CONDUTA IMPRÓPRIA. PARTICIPAÇÃO NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. POSSIBILIDADE. SEGURANÇA CONCEDIDA. **Figura-se inaplicável a desconsideração da personalidade jurídica, quando não foram apurados indícios de fraude, nem constatado o intuito de criação de nova pessoa jurídica para burlar o procedimento administrativo.** A penalidade imposta não

³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 471.

⁴ TJSP. Apelação 00224835020098260053 SP.

subiste. RECURSO 1 NÃO PROVIDO. RECURSO 2 NÃO PROVIDO. SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME NECESSÁRIO.”⁵ (Grifou-se).

Assim sendo, conforme entendimento acima dos Tribunais, cabe aos responsáveis pela condução do certame, diante de uma suposta situação de grupo econômico, adotar postura diligente e cautelosa, com o fito de esclarecer se essas empresas atuam de forma autônoma ou em conjunto e apenas nessa última hipótese é que a conduta deverá ser reprovada mediante a desclassificação das proponentes do certame e aplicação das penalidades cabíveis.

Isto posto, sem nada mais evocar, CONHEÇO a Impugnação a Participação no Certame, interposto pela licitante R E R EMPREENDEIMENTOS E SERVIÇOS LTDA, no processo licitatório referente ao Edital do PREGÃO PRESENCIAL nº 019/2020 e, no mérito, NEGO PROVIMENTO, mantendo-se o credenciamento da licitante AMBIENTALLIX SOLUÇÕES EM RESIDUOS LTDA.

Gurupi – TO, 27 de outubro de 2020.


Telma Pereira de Sousa Milhomem

Pregoeira

Membros:


Viviane Junqueira Mota


Diego Bento Noletto da Conceição


Gleyva Batista Silva

⁵ TJPR. REEX: 15670569 PR 1567056-9 (Acórdão), Relator: Nilson Mizuta, Data de Julgamento: 01/11/2016, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1924 18/11/2016