

Pregão Eletrônico

Visualização de Recursos, Contra-Razões e Decisões

DECISÃO DO PREGOEIRO: PROCEDE

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 011/2018, processo nº 23105.066562/2018

Trata-se da Decisão do Pregoeiro referente ao Recurso impetrado pela empresa SNA COMERCIO DE FERRAMENTAS LTDA - ME, inscrita no CNPJ: 14.756.414/0001-50, ora denominada RECORRENTE contra a decisão do pregoeiro que a inabilitou por impedimento indireto verificado no SICAF e diligenciado.

ANÁLISE E DECISÃO DO RECURSO

I – DOS FATOS

No dia 23/08, a empresa SNA COMERCIO DE FERRAMENTAS LTDA-ME, de CNPJ: 14.756.414/0001-50, foi inabilitada após diligências realizadas pelo pregoeiro a partir da indicação de impeditiva indireta acusada pelo Sistema de Cadastro de Fornecedores – SICAF, ocorrida em função de vinculação com a empresa FUTURA COMERCIO DE PRODUTOS DE CONSUMO – ME, de CNPJ04.965.956/0001-15. O licitante tinha as melhores propostas para os itens 19,21 e 63, no entanto, o mesmo entrou com pedido de intenção de recursos apenas no âmbito do item 19.

II - DA FUNDAMENTAÇÃO

A Recorrente afirma que sua inabilitação ocorreu de forma inadequada, pois teria incorrido contra um julgamento justo e legal. Que o ato do pregoeiro foi contrário ao princípios da vinculação ao instrumento convocatório, da proporcionalidade, da economicidade e aos regramentos do §º 2 do art. 2º e do art. 5º do Decreto nº 5450/2005 e do art. 3º da lei 8666/93.

A empresa recorrente reconhece a existência de vinculação com empresa FUTURA COMERCIO, a qual possui registro no SICAF de impedimento de contratar com a Administração. A razão do impedimento deu-se em função de sanção recebida prevista no art. 7º da lei nº 10520/2002. No entanto, alega que a atual empresa SNA COMERCIO teve sua constituição antes da penalidade sofrida pela FUTURA COMERCIO, uma vez que esta foi sancionada para o período de 26/07/2018 a 21/01/2020. Insta que a SNA COMERCIO foi constituída em 02/07/2013, portanto 5 anos antes do sancionamento.

Posto isto, pede que seja reconsiderada a decisão do pregoeiro, tendo em vista que o acatamento do presente recurso estaria de acordo com a prevalência da lei, da doutrina e dos princípios da moralidade administrativa, da ampla defesa e da legalidade.

III – DA ANALISE

Em consulta ao SICAF, verificou-se de fato que a constituição da empresa SNA COMERCIO se deu muito antes do período de sancionamento da empresa FUTURA COMERCIO, o que indica a priori, que não houve a tentativa de burlar o sancionamento a fim de participar de licitações. Importa trazer recente acórdão de nº 2218/2011:

"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 nos incisos III e IV do art. 87 da Lei 8.666/1993". No caso vertente, anotou o relator, há "muito mais elementos de convicção acerca da existência de tentativa de burla ao disposto na Lei 8.666/1993 do que a hipótese delineada no acórdão mencionado". Em seu entendimento, "três características fundamentais permitem configurar a ocorrência de abuso da personalidade jurídica neste caso: a) a completa identidade dos sócios-proprietários; b) a atuação no mesmo ramo de atividades; c) a transferência integral do acervo técnico e humano". Prosseguindo, anotou que, embora a legislação civil garanta às pessoas jurídicas existência distinta da de seus donos, "tal proteção não abrange os casos de abuso, a exemplo de simulações que operam à margem da lei, como a aqui examinada".

Importa também verificar que em multos julgados como o do STJ e do TCU, utiliza-se o conceito do art. 50 do Código Civil Brasileiro para diligências a fim de desconsiderar a personalidade jurídica:

"Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica."

Por analogia, em alguns casos, a Administração poderá fazer diligências a fim de considerar a descaracterização da personalidade jurídica quando identificado indícios ou elementos suficientes de que a empresa utilizou-se do artifício para burlar eventuais sancionamentos administrativos. Ainda segundo o TCU, três elementos são importantes para decidir sobre eventual abuso da personalidade jurídica:

" Acórdão 1831/2014 – TCU Plenário: a) a completa identidade dos sócios-proprietários; b) a atuação no mesmo ramo de atividades; c) a transferência integral do acervo técnico e humano. "

Em recente Acórdão RECURSO ESPECIAL Nº 1.729.554 - SP (2017/0306831-0) do STJ, há um entendimento de que:

"Nos termos do novo regramento, o pedido de desconsideração não inaugura ação autônoma, mas se instaura incidentalmente, podendo ter início nas fases de conhecimento, cumprimento de sentença e executiva, opção, inclusive, há muito admitida pela jurisprudência, tendo a normatização empreendida pelo novo diploma o mérito de revestir de segurança jurídica a questão."

Posto isto, verifica-se que a desconsideração da personalidade jurídica não ocorre de forma automática, mas que deverá haver uma análise de cada caso a fim de identificar a tentativa de fugir de credores, no presente caso, por analogia, se esquivar da sanção administrativa aplicada pela Administração.

A funcionalidade do SICAF emite um alerta na hora em que o gestor público for consultar a situação do fornecedor. Doravante identifica-se se os sócios do CNPJ consultado correspondem a um CPF cadastrado como dirigente ou cõnjuge de um outro cadastro cuja empresa esteja com impedimento de licitar ou contratar com a Administração.

A regra implementada realiza o cruzamento de informações referentes a ocorrências impeditivas indiretas do fornecedor e visa evitar possível tentativa de burla à penalidade de inidoneidade e de impedimento de contratar ou licitar com a Administração Pública, por intermédio de constituição de outra sociedade empresarial, pertencente aos mesmos sócios e que atue na mesma área. Importa trazer mais uma vez o acórdão 2218/2011 do TCU, no qual considerou a possibilidade de extensão de sanção de inidoneidade a outra empresa, por ter havido tentativa de burla a penalidade outrora imposta, utilizando a Egrégia corte de contas do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

Assim, constatado o alerta da restrição citada, devem ser avaliadas as circunstâncias, os fatos concretos e os indícios de que houve a criação ou uso de pessoa jurídica exclusivamente com o intuito de possibilitar a burla da pena administrativa anteriormente aplicada.

Perceba-se, que em regra, não há qualquer restrição à contratação de empresas cujos sócios, eventualmente, tenham contra si a indicação de uma ocorrência impeditiva indireta, uma vez que a sanção ocorre à empresa e não aos sócios, e por isso a ela fica restrita. Isto quer significar que não se pode presumir que uma outra empresa de que esse sócio faça parte, vá praticar as mesmas condutas que ensejaram a penalização da primeira.

No entanto, essa regra não é absoluta, pois o alerta no SICAF, serve para que o pregoeiro faça diligência à respeito a fim de verificar se há ou não intenção de burlar o sancionamento. Se comprovada a fraude admite-se, excepcionalmente, a extensão da penalidade aplicada na empresa para os seus sócios, impedindo assim que o CNPJ consultado contrate com a Administração. Ou seja, se se evidenciar que os sócios estão criando uma nova empresa para burlar a aplicação da penalidade será possível desconstituir a personalidade jurídica do CNPJ penalizado.

Essa matéria já foi objeto de análise por parte do Tribunal de Contas da União nos Acórdãos 1.831/2014 – Plenário e 2.218/2011 – 1ª Câmara. Neles se reconheceu a possibilidade de extensão de sanção de inidoneidade a outra empresa, por ter havido tentativa de burla a penalidade outrora imposta, por meio da desconsideração da personalidade jurídica (atualmente disciplinada o art. 5º da Lei 12.846/13).[2]

De acordo com o STJ são indicadores de fraude a presença cumulativa dos seguintes elementos: mesmo objeto social, o mesmo corpo societário e o mesmo endereço, da empresa penalizada e a pessoa jurídica investigada, vejamos:

"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 à aplicação da sanção administrativa, constitui abuso de forma e fraude à Lei de Licitações Lei n.º 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."

(RMS 15166/BA; Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, Rel. Min. Castro Meira, Órgão Julgador Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, Data de Julgamento 07/08/03, Data da Publicação DJ 08/09/03).

O presente recurso serviu para que, havendo indícios suficientes, a possibilidade do licitante se manifestar, garantindo a oportunidade de ampla defesa e o contraditório. Consequentemente caso se constate fraude, isso implicará na extensão da decisão pelo impedimento de contratar ao CNPJ consultado, do contrário, segue-se o processo.

Posto isto, identificou-se que embora um dos sócios seja o mesmo, o ramo de atividade das empresas são divergentes. Conforme registro do CNAE, a SNA COMERCIO possui número 4742-3/00 - Comercio Varejista de material elétrica (atividade principal), já FUTURA COMERCIO possui CNAE 4744-0/01 – Comercio Varejista de Ferragens e Ferramentas. O endereço entre as duas também divergem, e por fim outro fator relevante é que em função da constituição social da atual empresa ter sido feita 5 anos antes do sancionamento da FUTURA COMERCIO, fica caracterizado forte indício de que não houve tentativa de burlar à Administração para participar de licitações.

Nesses termos, considerando os elementos levantados, foi possível afastar "os indícios de que a incorporação foi realizada exclusivamente com o intuito de possibilitar a supressão da pena administrativa anteriormente aplicada".

IV-DA DECISÃO DO PREGOEIRO

Diante disso, os princípios básicos norteadores do instrumento convocatório elencado no caput do artigo 37 da CF, na lei geral de licitações 8666/93, o decreto 5450/2005 e do princípio da autotutela trazido pela lei do processo administrativo 9784/99, retifico a decisão.

Desta forma, foi aceita a admissibilidade do Recurso e no mérito julgo PROCEDENTE o recurso impetrado pela empresa SNA COMERCIO DE FERRAMENTAS LTDA-ME inscrita no CNPJ: 14.756.414/0001-50. Doravante, recomendando à volta da fase de Aceitação/Habilitação de propostas para o item 19 do pregão eletrônico 11/2018. Desta feita, conforme art. 8º, inciso V do Decreto 5450/2005 remeto à autoridade competente.

Stanley Soares de Souza
Pregoeiro
Comissão Geral de Licitação FUA

Fechar