



SEÇÃO JUDICIÁRIA DO AMAZONAS

PARECER - SJAM-SEAJU**PARECER SEAJU Nº 0027/2019**Proc. Adm. Eletrônico n. Nº **0002082-25.2019.4.01.8002**

Interessada: SELIC/SECAD/DIREF

Assunto: Análise de situação jurídica de empresa licitante em pregão eletrônico com OCORRÊNCIA IMPEDITIVA INDIRETA. **Pregão Eletrônico nº 05/2019**. Considerações.

Senhor Diretor,

Cuida-se de processo administrativo eletrônico aberto com vistas a dar azo à licitação, na modalidade pregão eletrônico exclusivo para microempresas para contratação de empresa especializada para elaboração de projetos de engenharia, com dois itens, ora em fase de análise de aceitação/habilitação do item nº 01.

Ocorre que a empresa primeira colocada do item nº 01, STEELENGE Construções especializadas EIRELI, quando de consulta pelo Pregoeiro ao SICAF-Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores, doc. 9034251, detectou-se um Relatório de Ocorrências Impeditivas Indiretas do Fornecedor, com cruzamento de sócios em comum no tocante ao grau de parentesco, entre duas empresas, STEELENGE Const. E PSX Engenharia e Infraestrutura Ltda, sendo que esta última encontra-se com Impedimento para Licitar e contratar no âmbito da União pelo prazo de cinco anos (Lei nº 10.520/02), aplicada pela Caixa Econômica Federal, vide doc. 9034251.

Ato contínuo, o pregoeiro abriu diligência e solicitou esclarecimentos à supracitada empresa Steelenge, no prazo de cinco dias úteis 9034746, ao que foi apresentada contestação pela referida empresa, doc. 9035287.

A decisão do pregoeiro pela inabilitação da empresa Steelenge tomou sobretudo como base “... que o profissional em tela (Sr. Paulo Felipe Silva Nascimento, na condição de cônjuge da sócia da empresa licitante (Steelenge Construções), Srª Juliana Teresinha Lopes) atua como principal funcionário da empresa e que este seria responsável pela elaboração do projeto objeto desta licitação, o que torna ainda mais robusta a convicção de transferência profissional e intelectual da empresa impedida de licitar e contratar com a União para a nova empresa que apresenta menos de 01 (um) ano de fundação. Notou-se, ainda, que na própria proposta da licitante esta indica o profissional em questão como procurador para assinatura do contrato, caso fosse vencedor da licitação, o que reforça ainda mais o cenário observado.”.

Conclui o Sr. Pregoeiro a inabilitação da empresa sob comentário, “em virtude desta ter incorrido no item 11.1.11 do edital, bem como dos fortes indícios apurados de utilização da empresa participante desta licitação por parte de empresa impedida para licitar e contratar com a União, com o fim de continuar atuando no mercado.” Vide doc.9098661.

Vieram-me os autos.

I – DA OCORRÊNCIA IMPEDITIVA INDIRETA

Inicialmente, vale dizer que agiu acertadamente o Sr. Pregoeiro ao diligenciar acerca da empresa contemplada com a ocorrência de impedimento indireto, antes de afastá-la do certame.

Nesse mesmo sentido caminha a doutrina, a saber:

“Ocorrências impeditivas indiretas”: O que é? O que fazer?

O Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão implantou nova funcionalidade no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF com o claro objetivo de munir agentes públicos de informações que possibilitem agir em face de condutas suspeitas de fraude.

Assim, quando da etapa de habilitação, ao consultar o SICAF, o sistema emite alerta de “ocorrência impeditiva indireta” na hipótese de circunstâncias suspeitas, a exemplo de sócios em comum, que possam compreender possível tentativa de burla à penalidade anteriormente aplicada que impediria a contratação no âmbito e/ou esfera respectivo.

Agora, importante ter a clareza de que se trata de um alerta para a realização de diligências e não a indicação quanto à existência de uma situação, *a priori*, impeditiva à participação no certame.

Justamente por isso, na medida em que o pregoeiro toma conhecimento dessa circunstância, outra não pode ser a medida senão suspender o procedimento para, por meio do seu poder-dever de diligenciar (art. 43, §3º, da Lei n. 8.666/93), avaliar a existência de indícios concretos de fraude. Em outros termos, necessário investigar se a constituição da pessoa jurídica teve como objetivo burlar os efeitos da sanção aplicada a outra empresa com quadro societário comum.

Nessa análise, diversos fatores devem ser investigados. A título exemplificativo, deve-se apurar as condições de constituição da pessoa jurídica ou do início da sua relação com os sócios da empresa sancionada; a atividade econômica desenvolvida pelas empresas; a composição do quadro societário e identidade dos dirigentes/administradores; compartilhamento de estrutura física ou de pessoal; etc.

Talvez, ao levar a efeito as diligências, já seja possível concluir pela ausência de indícios suficientes no caso concreto. Nessa hipótese, devidamente justificadas as conclusões do Pregoeiro em ata, possível dar andamento ao certame normalmente.

Por outro lado, se ao realizar essas diligências constatar-se fortes indícios de fraude à sanção anteriormente aplicada, então impreterível instaurar o processo administrativo, tendente a apurar em detalhes a conduta, bem como viabilizar o contraditório e ampla defesa prévios.

Em hipótese como essa, o ideal seria que a Administração pudesse suspender o certame enquanto não ultimado esse processo.

Agora, se aguardar o trâmite pertinente possa colocar em xeque a necessidade pública concreta, gerando graves riscos e prejuízos ao interesse público, contanto que demonstradas razões nesse sentido, à luz do princípio da indisponibilidade do interesse público, entende-se possível afastar cautelarmente esse licitante para apuração da conduta em processo administrativo, sem prejuízo à continuidade da licitação com os demais.

Ao tratar de duas situações típicas (desconsideração da personalidade jurídica e antecipação dos efeitos das sanções), Edite Hupsel explica que **“O poder geral de cautela da Administração pode estar positivado em um texto legal. Ou pode decorrer do poder/dever da Administração de acautelar o interesse público, que justifica a adoção de medidas inominadas, atípicas, não positivadas em lei, mas amparadas pelo ordenamento jurídico pátrio.”** (Revista Zênite de Licitações e Contratos – ILC n° 189, nov/2009, p. 1007, Seção Doutrina, sob o título “Poder de cautela da Administração – Legitimidade da adoção de medidas cautelares, mesmo na falta de dispositivos legais expressos – Novos rumos do Direito Administrativo”).

Enfim, a nova funcionalidade do SICAF possibilita aos agentes públicos interessante instrumento de análise, fundamental para o exercício do múnus administrativo de maneira diligente e eficiente no combate a posturas fraudulentas. (Extraído do site Zênite . [Licitação, Sanções Administrativas 28/08/2015 Por Suzana Rossetti 8](#) , em 16/10/2019)”

II – DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA LICITANTE E DA EXTENSÃO DA APLICAÇÃO DA PENALIDADE À NOVA EMPRESA

Um aspecto que não pode ser olvidado diz respeito á desconsideração da personalidade jurídica da empresa e eventual extensão da aplicação da penalidade à empresa nova e participante do certame.

“Com efeito, a possibilidade de aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo já foi, inclusive, objeto de pronunciamento expresso do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em sede do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n° 15.166/BA:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. SANÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR. EXTENSÃO DE EFEITOS À SOCIEDADE COM O MESMO OBJETO SOCIAL, MESMOS SÓCIOS E MESMO ENDEREÇO. FRAUDE À LEI E ABUSO DE FORMA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA ESFERA ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E DA INDISPONIBILIDADE DOS INTERESSES PÚBLICOS.

- 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.

- 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.

Em acréscimo ao entendimento jurisprudencial mencionado, vale reiterar a existência de **expressa previsão legal quanto à possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo para o caso em análise: art. 14 c/c art. 5º, IV, “e”, da Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção).**

Destarte, constata-se que, **diante de evidências flagrantes de burla à efetividade de sanção administrativa imposta, o TCU e o STJ reconhecem a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo mesmo sem haver previsão legal específica e sem pronunciamento judicial.**

Para tanto, é necessário que reste demonstrado que a constituição de nova empresa teve o objetivo de burlar uma sanção imposta, com a finalidade de fraude aos objetivos da licitação.

5. PROCEDIMENTOS A SEREM OBSERVADOS PARA APLICAÇÃO DO “IMPEDIMENTO INDIRETO” NO ÂMBITO DA PRÓPRIA LICITAÇÃO

A intenção de fraudar à licitação, segundo o TCU e o STJ, é *presumida* quando uma empresa impedida de licitar e contratar com a União se reveste de outra, com a finalidade de retomar contratações com a Administração.

Na esteira da jurisprudência mencionada, quatro 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;**
- d) data de constituição da nova empresa posterior à data de aplicação da sanção de suspensão/impedimento ou declaração de inidoneidade.(Grifei)**

Ademais, outras circunstâncias podem robustecer o conjunto de indícios do abuso de personalidade jurídica, como:

- **identidade (ou proximidade) de endereço dos estabelecimentos;**
- **identidade de telefones, e-mails e demais informações de contatos;**
- **existência de um mesmo representante/procurador/preposto entre as sociedades. (grifei)**

Quanto à possibilidade de realização da desconsideração da personalidade jurídica e, conseqüentemente, a exclusão de licitante do certame, **note-se que o TCU possui entendimento consolidado no sentido de que indícios vários e concordantes são aptos a evidenciar a prática de fraude à licitação, sendo, portanto, possível caracterizar a burla com base em conjunto de indícios[4].**

Destarte, no bojo da realização do certame, antes mesmo da avaliação da proposta ou documentos de habilitação de empresa apontada com ocorrência de impedimento indireto no SICAF, deve o Pregoeiro realizar uma análise complexa da composição societária das empresas envolvidas, do objeto social constante dos contratos sociais e demais informações que possibilitarão uma conclusão sobre uma eventual tentativa de burla e fraude.

Artigo :Desconsideração da personalidade jurídica pelo Pregoeiro. [Victor Aguiar Jardim de Amorim](#), Publicado em 02/2019. Elaborado em 10/2018.Extraído do site // jus.com.br.

Vale ressaltar, todavia, que, analisando os presentes autos, não acredito seja plausível a extensão da penalidade aplicada à empresa PSX para a empresa Steelenge.

Explico o porquê.

Em que pese a empresa Steelenge reunir grande parte dos elementos capazes de que haja a desconsideração de sua personalidade jurídica com eventual extensão da aplicação da penalidade a outra empresa, não há razoabilidade na medida.

O prejuízo causado ao erário com sua conduta reflete um valor ínfimo, caso consideremos a proposta imediatamente superior, vez que totaliza menos de R\$ 50,00, conforme relatório de propostas no Comprasnet.

Para que haja plausibilidade jurídica na imposição de extensão da penalidade aplicada à primeira empresa (PSX), teria que restar comprovada a existência de grave infração à normas de natureza financeira, dano ao Erário público, ato antieconômico.

Na matéria aqui tratada não se vislumbra risco de lesão ao interesse público, assim, a inabilitação/desclassificação já representa uma penalidade à empresa STEELENGE.

Alfim, submeto a apreciação de Vossa Senhoria a ratificação da decisão exarada pelo Sr. Pregoeiro, doc. 9036282, no intuito de inabilitar/desclassificar a empresa STEELENGE EIRELI, bem como não instaurar processo para extensão da penalidade aplicada à empresa PSX, pelos motivos acima expostos.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Manaus, 16 de outubro de 2019.

ELENALÚCIA HOLANDA MELO

Supervisora da Seção de Análise e Pareceres Jurídicos



Documento assinado eletronicamente por **Elenalúcia Holanda Melo, Supervisor(a) de Seção**, em 16/10/2019, às 16:55 (horário de Brasília), conforme art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site <http://portal.trf1.jus.br/portaltrf1/servicos/verifica-processo.htm> informando o código verificador **9103398** e o código CRC **3015BE61**.