



Prefeitura Municipal de São Joaquim da Barra
ESTADO DE SÃO PAULO

17
4

DECISÃO EM SEDE DE RECURSO ADMINISTRATIVO

PROCESSO LICITATÓRIO Nº 0029/2024.

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 004/2024.

RECORRENTE: CRISP TRANSPORTES E TURISMO LTDA., já qualificada nos autos do processo em epígrafe.

RECORRIDAS: DANILA MARQUES COLOMBO FARIA LTDA. e BUCIOLI & BUCIOLI TRANSPORTE LTDA, já qualificadas nos autos do processo em epígrafe.

1 – HISTÓRICO:

A Administração Municipal de São Joaquim da Barra deu início a processo licitatório, na modalidade Pregão Eletrônico, cujo objeto é o seguinte: *“CONTRATAÇÃO DE 08 VEÍCULOS ESCOLARES (ÔNIBUS/MICRO-ÔNIBUS/VAN), TODOS COM MOTORISTA APTO À SUA CONDUÇÃO, PARA EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS DE TRANSPORTE DE ESCOLARES, ZONA RURAL E URBANA NO MUNICÍPIO DE SÃO JOAQUIM DA BARRA, CONFORME ESPECIFICAÇÕES DO ANEXO I DO EDITAL.”*

No dia 7 de março de 2024 ocorreu a sessão pública de análise das propostas, fase de lances e análise dos documentos de habilitação das empresas melhor classificadas.

Ao final da sessão a Senhora Pregoeira abriu a oportunidade para que as licitantes manifestassem a intenção de interpor recurso. A licitante CRISP TRANSPORTES E TURISMO LTDA., manifestou a intenção de interpor recurso em face da habilitação das licitantes DANILA MARQUES COLOMBO FARIA LTDA. e BUCIOLI & BUCIOLI TRANSPORTE LTDA.

Dentro do prazo legal, a licitante CRISP TRANSPORTES, ora recorrente, apresentou suas razões recursais alegando que as empresas DANILA MARQUES COLOMBO FARIA LTDA. e BUCIOLI & BUCIOLI TRANSPORTE LTDA, ora recorridas, teriam participado da licitação em conluio para vencerem a licitação e conseqüentemente serem contratadas pela Administração Municipal.

Alegou a recorrente:

“Ocorre que, analisando detalhadamente a documentação apresentada pelas empresas arrematantes, nota-se que, há fortes indícios de conluio entre as empresas que arremataram os lotes 1, 2, 3 e 4, desrespeitando o edital, notadamente o item 12.7.6.1, a legislação que regulamenta as licitações públicas e os princípios que norteiam a administração pública, razão pela qual ambas devem ser inabilitadas em todos os lotes em que concorreram conjuntamente.”

Ao final requer:



“Ante ao exposto, requer seja este recurso administrativo recebido, processado, conhecido e deferido, integralmente, para o fim de:

No mérito, REVISAR a decisão que classificou e habilitou as empresas DANILA MARQUES COLOMBO FARIA LTDA. e BUCIOLI & BUCIOLI TRANSPORTE LTDA., pelos motivos de fato e de direito susograftados, para o fim de DECLARAR INABILITADAS pelo descumprimento dos requisitos de habilitação pré-estabelecidos no instrumento convocatório.

REQUER ainda, a aplicação das devidas sanções às recorridas em face de fraude à licitação diante dos indícios de conluio.

Não sendo acatado os pedidos acima formulados, REQUER que se digne a Nobre Pregoeira de fazer remessa do presente recurso à autoridade que for imediatamente superior, a fim de que ela aprecie, como de direito.

Não sendo acatado a presente medida recursal, REQUER que sejam extraídas peças de todo o processo licitatório, remetendo ao ilustre representante do Ministério Público responsável pela análise das irregularidades decorrentes das contratações públicas com o fim de apurar possíveis ilegalidades.

Não sendo acatado a presente medida recursal, REQUER que sejam extraídas peças de todo o processo licitatório, remetendo-as ao Egrégio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, com o fim de se apurar a necessidade de instauração de uma tomada de contas específica quanto ao presente certame licitatório.”

2 - DAS RAZÕES RECURSAIS:

Analisando o mérito do recurso apresentado, temos que o cerne da questão gira em torno da decisão que habilitou as recorridas e as declarou vencedoras do certame, em razão de supostamente terem atuado de forma fraudulenta.

Ocorre que as alegações da recorrente não são suficientes para demonstrar que as recorridas agiram dolosamente com o intuito de conseguir vantagem no certame.

A tese desenvolvida pela recorrente não evidencia um plano arquitetado pelas recorridas, ao arpejo do ordenamento jurídico vigente, com a clara intenção de lesar a outrem e assim conseguir vantagem. A caracterização de ação fraudulenta das licitantes exige prova robusta e inequívoca que ateste, de forma incontestável, o alegado ajuste fraudulento, o que não é o caso.

As argumentações da recorrente não se mostraram suficientemente consistentes para que se possa definir pela conduta dolosa das licitantes com a intenção de agir em conluio para fraudar o procedimento licitatório.

Vale destacar que o Decreto Federal 11.129/2022, que regulamenta a Lei nº 12.846/13, a chamada lei anticorrupção, trouxe maior exigência de caracterização de autoria e materialidade para que se possa haver processo administrativo que leve à responsabilização de pessoas físicas ou jurídicas envolvidas na prática de atos ilícitos.

Embora não estejamos diante de um processo administrativo sancionador, é evidente que uma eventual decisão que impute culpa às recorridas pela prática de ato fraudulento, dará início



Prefeitura Municipal de São Joaquim da Barra
ESTADO DE SÃO PAULO

19
4

a processo administrativo para apuração das responsabilidades e aplicação de sanções. Sendo assim, no julgamento do recurso ora analisado, devem ser observados os mesmos princípios apresentados pela lei anticorrupção.

Resta evidente que uma das principais inovações da referida lei foi a exigência de comprovação de autoria e materialidade dos atos lesivos à Administração Pública como critério para instauração de procedimento administrativo de responsabilização. Isso se dá em razão da consagrada garantia da presunção de inocência que deve imperar, inclusive, nos processos administrativos. Este é o entendimento que se extrai da interpretação do art. 5º, LVII da Constituição Federal, dos princípios fundamentais que orientam a atuação da Administração Pública e da Lei Federal nº 9.784/99 que regulamenta o processo administrativo no âmbito da União.

A acusação apresentada pela recorrente é deveras grave e, caso apresentasse consistência, poderia levar os representantes das recorridas a responsabilização criminal pela prática do crime de "frustração do caráter competitivo de licitação", cuja conduta está tipificada no Art337-F do Código Penal. Vejamos:

*"Art. 337-F. Frustrar ou fraudar, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório:
Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa."*

O Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência firmada no sentido de que para a caracterização de conluio em licitações públicas e consequente caracterização do crime de fraude em licitação, se faz necessária a comprovação, através de conjunto probatório robusto, de que o agente agira de forma dolosa com o intuito de fraudar o caráter competitivo da licitação.

Vejamos:

PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL DE JOSÉ ROFRANTS LOPES CASIMIRO. LICITAÇÃO. FRUSTRAR/FRAUDAR O CARÁTER COMPETITIVO (ART. 90 DA LEI N. 8.666/1990). ABSOLVIÇÃO. MERAS IRREGULARIDADES. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DOLO DE FRUSTRAR OU FRAUDAR O CARÁTER COMPETITIVO DA LICITAÇÃO. RECURSO PROVIDO. 1. O art. 90 da Lei n. 8.666/1990 prevê o tipo penal consistente em "frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente de adjudicação do objeto da licitação". 2. Dessa forma, para que o agente seja condenado por esse artigo, é necessário demonstrar o conluio doloso de frustrar ou fraudar o caráter competitivo da licitação. 3. E, apesar de os erros apontados poderem, de fato, ter comprometido a lisura da licitação, não ficou devidamente demonstrado o dolo dos agentes de frustrar ou fraudar o procedimento, tampouco o conluio entre eles. 4. A menção a irregularidades, tais como erro na numeração das folhas; ausência de indicação do agente público; falta de projeto básico; prática de vários



Prefeitura Municipal de São Joaquim da Barra
ESTADO DE SÃO PAULO

20
P

atos na mesma data; irregularidade no comprovante de entrega de ato convocatório, entre outras, não é suficiente para demonstrar o dolo dos réus e caracterizar, assim, a ocorrência de um ilícito penal. 5. Recurso especial provido, com extensão dos efeitos aos corréus. (STJ - REsp: 2022490 PB 2020/0299546-7, Data de Julgamento: 04/10/2022, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/10/2022)

Mesmo no âmbito administrativo, a presunção de inocência prevalece em favor de todos, o que só será ultrapassado, respeitado o devido processo legal e a ampla defesa, com a apresentação de elementos concretos e com peso probatório apto a não deixar qualquer dúvida quanto à atuação dolosa dos acusados de fraude ou conluio.

No caso dos autos, as acusações feitas pela recorrente não estão acompanhadas de elementos que possam corroborar com as afirmações, deixando a questão no campo das suposições.

Um dos argumentos levantados pela recorrente dá conta de que o conluio entre as recorridas estaria demonstrado pelo fato de uma delas, DANILA MARQUES COLOMBO FARIA LTDA, ter indicado como condutor habilitado o Senhor Paulo Sérgio Bucioli que é sócio administrador da empresa BUCIOLI & BUCIOLI TRANSPORTE LTDA, também recorrida.

Tal fato por si só não é capaz de demonstrar que as empresas recorridas atuaram em conluio.

O ordenamento jurídico pátrio, em especial a Lei nº 14.133/2021, não proíbe nem mesmo que empresas com sócios comuns disputem a mesma licitação. Da mesma forma não há proibição para que uma licitante apresente como condutor de veículos, uma pessoa que faça parte do quadro societário de outra licitante.

Para a doutrina, assim como para a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, o simples fato de duas empresas possuírem sócios em comum não constitui qualquer vício ou irregularidade que, de plano e por si só, autorize que a Administração Pública preveja no instrumento convocatório da licitação processada pela modalidade pregão (especialmente na sua forma eletrônica), vedação à participação no certame.

Vejamos a decisão do Tribunal de Contas da União em seu Acórdão nº 010.468/2008-8:

“Hoje, diante do texto legal, tal como se encontra redigido há mais de vinte anos, 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 comprometedoras da competitividade do certame.”

Aliás tem sido corriqueiro que empresas do mesmo ramo tenham sócios em comum



Prefeitura Municipal de São Joaquim da Barra
ESTADO DE SÃO PAULO

pois, por questões tributárias ou mercadológicas, a abertura de novas empresas muitas vezes se mostra acertada.

Em caso semelhante ao dos autos, o Tribunal de Contas da União já proferiu decisão no sentido de que não pode ser vedada a participação de empresas em licitação quando o sócio de uma licitante for empregado da outra. Vejamos:

“4.2.6. Análise dos elementos apresentados:

(...)

Sobre a participação em licitações de empresas distintas, com CNPJ diferentes, que possuem sócios em comum ou mesmo o sócio de uma empresa ser empregado de outra, que é o caso aqui discutido, concordamos com as alegações dos responsáveis de que as Leis nos 8.666/1993 e 10.520/2002 não contemplam nenhuma cláusula de impedimento.” (TCU. Acórdão 607/08 – Plenário).

Sempre que a lei quiser proibir determinada prática ou a participação de empresas em licitações, ela o fará de forma expressa, assim como pode ser observado pela simples leitura do Artigo 14 da Lei 14.133/2021:

“Art. 14. Não poderão disputar licitação ou participar da execução de contrato, direta ou indiretamente:

I - autor do anteprojeto, do projeto básico ou do projeto executivo, pessoa física ou jurídica, quando a licitação versar sobre obra, serviços ou fornecimento de bens a ele relacionados;

II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou do projeto executivo, ou empresa da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, controlador, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto, responsável técnico ou subcontratado, quando a licitação versar sobre obra, serviços ou fornecimento de bens a ela necessários;

III - pessoa física ou jurídica que se encontre, ao tempo da licitação, impossibilitada de participar da licitação em decorrência de sanção que lhe foi imposta;

IV - aquele que mantenha vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista ou civil com dirigente do órgão ou entidade contratante ou com agente público que desempenhe função na licitação ou atue na fiscalização ou na gestão do contrato, ou que deles seja cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, devendo essa proibição constar expressamente do edital de licitação;

V - empresas controladoras, controladas ou coligadas, nos termos da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, concorrendo entre si;

VI - pessoa física ou jurídica que, nos 5 (cinco) anos anteriores à divulgação do edital, tenha sido condenada judicialmente, com trânsito em julgado, por exploração de trabalho infantil, por submissão de trabalhadores a condições análogas às de escravo ou por contratação de adolescentes nos casos vedados pela legislação trabalhista.”



Prefeitura Municipal de São Joaquim da Barra
ESTADO DE SÃO PAULO

22
4

A presunção sempre será a da boa-fé e da inocência dos licitantes, até que se prove o contrário através de provas consistentes e inequívocas. É por isso que a legislação de regência, em especial a Lei nº 14.133/2021 não prevê as situações narradas pela recorrente como impeditivas para a participação em licitações.

Para a caracterização de fraude ou conluio, 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.

Outro argumento da recorrente se baseia no fato de que as duas recorridas teriam participado de vários lotes em conjunto. Novamente, os argumentos não trazem elementos consistentes capazes de demonstrar o conluio ou fraude. As empresas tem livre arbítrio para participarem de tantos lotes ou itens quanto entenderem pertinentes do ponto de vista comercial.

Além disso, no pregão eletrônico não é possível que as empresas sejam identificadas durante o desenrolar da licitação, em especial na fase de lances. Sendo assim, a Administração Municipal não tem como acatar a suposição de que as recorrentes teriam combinado a sua participação na fase de lances de modo a prejudicar a disputa no certame.

No caso dos autos, em que 14 (quatorze) empresas participaram do pregão, pode ser observado que houve intensa disputa em todos os lotes. Sendo assim, é correto afirmar que a atuação das recorridas no certame não caracterizou qualquer prejuízo à competitividade do certame.

Há que se destacar ainda, que na imensa maioria dos casos, a prática de conluio em pregões eletrônicos se evidencia através da atuação de uma ou mais licitantes na figura do "coelho". Uma prática que infelizmente tronou-se comum encontrada nos Pregões refere-se à chamada participação dos coelhos. Embora seja de difícil comprovação, a figura do coelho ocorre quando uma ou mais licitantes ofertam preços quase inexequíveis com o fim de ficarem em primeiro lugar da classificação, e logo em seguida não encaminham a documentação exigida ou simplesmente alegam que houve um equívoco na digitação do lance, beneficiando então, o segundo colocado, que oferta uma proposta com valor maior.

Como última argumentação, a recorrente apresenta o fato de que a documentação de ambas as recorridas teria sido elaborada pela mesma pessoa.

Estamos diante de mais uma situação para a qual o ordenamento jurídico não apresenta vedação. Não há proibição de que a documentação de empresas licitantes seja elaborada por uma mesma pessoa. Tal fato não se confunde com a elaboração de documentação de empresas por uma mesma pessoa com o intuito fraudulento.

Ocorre que em cidades de pequeno e médio porte, é comum que empresas de contabilidade providenciem a documentação das licitantes locais que pretendem participar de licitações. Resta demonstrado nos autos que foi exatamente isso o que aconteceu.

A falha idêntica encontrada nas declarações apresentadas pelas recorridas se deu porque estas foram elaboradas pela mesma empresa, que presta serviços contábeis e administrativos para ambas.

A legislação não veda a participação em uma mesma licitação de licitantes que tenham o profissional contábil em comum, considerando que, em regra, esse fato, por si só, não configura fraude ou restrição à competitividade do certame.



Prefeitura Municipal de São Joaquim da Barra
ESTADO DE SÃO PAULO

O Departamento de Licitação da Administração Municipal de São Joaquim da Barra e seus respectivos agentes, responsáveis pela condução dos certames, atuam com a cautela devida, atentando-se a detalhes que sejam indicativos da ocorrência de fraude, conluio ou restrição à competitividade do certame e a busca pela proposta mais vantajosa para o interesse público. Somente se presentes elementos contundentes da possível ocorrência de práticas fraudulentas é que deverá se adotar as providências necessárias, como o alijamento dos licitantes ou quiçá a revogação ou anulação do certame, a depender do caso, informando a ocorrência ao Ministério Público.

3 - DA DECISÃO.


Ante todo o exposto, recebo o recurso interposto, dele conheço porque tempestivo, para no mérito **negar-lhe** provimento, considerando os termos e fundamentos mencionados. Diante de tudo, fica mantida a decisão que habilitou as empresas ora recorridas DANILA MARQUES COLOMBO FARIA LTDA e BUCIOLI & BUCIOLI TRANSPORTE LTDA.

Encaminho os autos ao Departamento Jurídico, para análise e parecer, e após o processo segue para o Senhor Prefeito, para decisão final.

São Joaquim da Barra, 04 de abril de 2024.


Andréia Santos Oliveira
PREGOEIRA

*Acompanhe a Sua Pregoeira
pelos seus termos.*


Leonardo A. Selgueiro Pinheiro
OAB/SP N.º 277/260
Procurador Jurídico

04/04/24



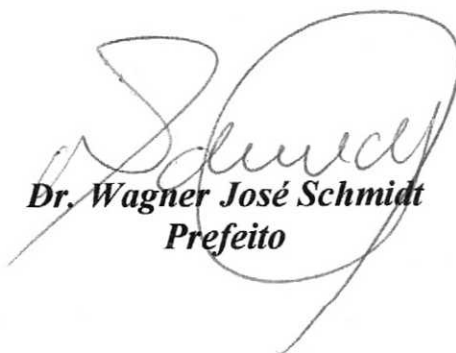
PROCESSO ADMINISTRATIVO nº 0029/2024
PROCESSO ADMINISTRATIVO nº 0643/2024 - RECURSO
PREGÃO ELETRÔNICO nº 004/2024.

GABINETE DO PREFEITO

*Acolho os pareceres da Pregoeira e do
Departamento Jurídico.*

*Ao Departamento de Licitação para as
providências necessárias.*

São Joaquim da Barra, 04 de abril de 2024.



Dr. Wagner José Schmidt
Prefeito



Prefeitura Municipal de São Joaquim da Barra
ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO EM SEDE DE RECURSO ADMINISTRATIVO

PROCESSO LICITATÓRIO Nº 0029/2024.

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 004/2024.

RECORRENTE: CRISP TRANSPORTES E TURISMO LTDA., já qualificada nos autos do processo em epígrafe.

RECORRIDAS: DANILA MARQUES COLOMBO FARIA LTDA. e BUCIOLI & BUCIOLI TRANSPORTE LTDA, já qualificadas nos autos do processo em epígrafe.

1 – HISTÓRICO:

A Administração Municipal de São Joaquim da Barra deu início a processo licitatório, na modalidade Pregão Eletrônico, cujo objeto é o seguinte: *“CONTRATAÇÃO DE 08 VEÍCULOS ESCOLARES (ÔNIBUS/MICRO-ÔNIBUS/VAN), TODOS COM MOTORISTA APTO À SUA CONDUÇÃO, PARA EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS DE TRANSPORTE DE ESCOLARES, ZONA RURAL E URBANA NO MUNICÍPIO DE SÃO JOAQUIM DA BARRA, CONFORME ESPECIFICAÇÕES DO ANEXO I DO EDITAL.”*

No dia 7 de março de 2024 ocorreu a sessão pública de análise das propostas, fase de lances e análise dos documentos de habilitação das empresas melhor classificadas.

Ao final da sessão a Senhora Pregoeira abriu a oportunidade para que as licitantes manifestassem a intenção de interpor recurso. A licitante CRISP TRANSPORTES E TURISMO LTDA., manifestou a intenção de interpor recurso em face da habilitação das licitantes DANILA MARQUES COLOMBO FARIA LTDA. e BUCIOLI & BUCIOLI TRANSPORTE LTDA.

Dentro do prazo legal, a licitante CRISP TRANSPORTES, ora recorrente, apresentou suas razões recursais alegando que as empresas DANILA MARQUES COLOMBO FARIA LTDA. e BUCIOLI & BUCIOLI TRANSPORTE LTDA, ora recorridas, teriam participado da licitação em conluio para vencerem a licitação e conseqüentemente serem contratadas pela Administração Municipal.

Alegou a recorrente:

“Ocorre que, analisando detalhadamente a documentação apresentada pelas empresas arrematantes, nota-se que, há fortes indícios de conluio entre as empresas que arremataram os lotes 1, 2, 3 e 4, desrespeitando o edital, notadamente o item 12.7.6.1, a legislação que regulamenta as licitações públicas e os princípios que norteiam a administração pública, razão pela qual ambas devem ser inabilitadas em todos os lotes em que concorreram conjuntamente.”

Ao final requer:

Praça Prof. Ivo Vannuchi, S/N – Bela Vista - São Joaquim da Barra – SP – CEP 14600-000
Fone: (0**16) 3810-9000 – Fax: (0**16) 3810-9040
licitacao@saojoaquimdabarra.sp.gov.br



Prefeitura Municipal de São Joaquim da Barra
ESTADO DE SÃO PAULO

“Ante ao exposto, requer seja este recurso administrativo recebido, processado, conhecido e deferido, integralmente, para o fim de:

No mérito, REVISAR a decisão que classificou e habilitou as empresas DANILA MARQUES COLOMBO FARIA LTDA. e BUCIOL1 & BUCIOL1 TRANSPORTE LTDA., pelos motivos de fato e de direito susobgrafados, para o fim de DECLARAR INABILITADAS pelo descumprimento dos requisitos de habilitação pré-estabelecidos no instrumento convocatório.

REQUER ainda, a aplicação das devidas sanções às recorridas em face de fraude à licitação diante dos indícios de conluio.

Não sendo acatado os pedidos acima formulados, REQUER que se digne a Nobre Pregoeira de fazer remessa do presente recurso à autoridade que for imediatamente superior, a fim de que ela aprecie, como de direito.

Não sendo acatado a presente medida recursal, REQUER que sejam extraídas peças de todo o processo licitatório, remetendo ao ilustre representante do Ministério Público responsável pela análise das irregularidades decorrentes das contratações públicas com o fim de apurar possíveis ilegalidades.

Não sendo acatado a presente medida recursal, REQUER que sejam extraídas peças de todo o processo licitatório, remetendo-as ao Egrégio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, com o fim de se apurar a necessidade de instauração de uma tomada de contas específica quanto ao presente certame licitatório.”

2 - DAS RAZÕES RECURSAIS:

Analisando o mérito do recurso apresentado, temos que o cerne da questão gira em torno da decisão que habilitou as recorridas e as declarou vencedoras do certame, em razão de supostamente terem atuado de forma fraudulenta.

Ocorre que as alegações da recorrente não são suficientes para demonstrar que as recorridas agiram dolosamente com o intuito de conseguir vantagem no certame.

A tese desenvolvida pela recorrente não evidencia um plano arquitetado pelas recorridas, ao arpejo do ordenamento jurídico vigente, com a clara intenção de lesar a outrem e assim conseguir vantagem. A caracterização de ação fraudulenta das licitantes exige prova robusta e inequívoca que ateste, de forma incontestável, o alegado ajuste fraudulento, o que não é o caso.

As argumentações da recorrente não se mostraram suficientemente consistentes para que se possa definir pela conduta dolosa das licitantes com a intenção de agir em conluio para fraudar o procedimento licitatório.

Vale destacar que o Decreto Federal 11.129/2022, que regulamenta a Lei nº 12.846/13, a chamada Lei anticorrupção, trouxe maior exigência de caracterização de autoria e materialidade para que se possa haver processo administrativo que leve à responsabilização de pessoas físicas ou jurídicas envolvidas na prática de atos ilícitos.



Prefeitura Municipal de São Joaquim da Barra
ESTADO DE SÃO PAULO

Embora não estejamos diante de um processo administrativo sancionador, é evidente que uma eventual decisão que impute culpa às recorridas pela prática de ato fraudulento, dará início a processo administrativo para apuração das responsabilidades e aplicação de sanções. Sendo assim, no julgamento do recurso ora analisado, devem ser observados os mesmos princípios apresentados pela lei anticorrupção.

Resta evidente que uma das principais inovações da referida lei foi a exigência de comprovação de autoria e materialidade dos atos lesivos à Administração Pública como critério para instauração de procedimento administrativo de responsabilização. Isso se dá em razão da consagrada garantia da presunção de inocência que deve imperar, inclusive, nos processos administrativos. Este é o entendimento que se extrai da interpretação do art. 5º, LVII da Constituição Federal, dos princípios fundamentais que orientam a atuação da Administração Pública e da Lei Federal nº 9.784/99 que regulamenta o processo administrativo no âmbito da União.

A acusação apresentada pela recorrente é deveras grave e, caso apresentasse consistência, poderia levar os representantes das recorridas a responsabilização criminal pela prática do crime de "frustração do caráter competitivo de licitação", cuja conduta está tipificada no Art337-F do Código Penal. Vejamos:

*"Art. 337-F. Frustrar ou fraudar, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório:
Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa."*

O Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência firmada no sentido de que para a caracterização de conluio em licitações públicas e consequente caracterização do crime de fraude em licitação, se faz necessária a comprovação, através de conjunto probatório robusto, de que o agente agira de forma dolosa com o intuito de fraudar o caráter competitivo da licitação.

Vejamos:

PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL DE JOSÉ ROFRANTS LOPES CASIMIRO. LICITAÇÃO. FRUSTRAR/FRAUDAR O CARÁTER COMPETITIVO (ART. 90 DA LEI N. 8.666/1990). ABSOLVIÇÃO. MERAS IRREGULARIDADES. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DOLO DE FRUSTRAR OU FRAUDAR O CARÁTER COMPETITIVO DA LICITAÇÃO. RECURSO PROVIDO. 1. O art. 90 da Lei n. 8.666/1990 prevê o tipo penal consistente em "frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente de adjudicação do objeto da licitação". 2. Dessa forma, para que o agente seja condenado por esse artigo, é necessário demonstrar o conluio doloso de frustrar ou fraudar o caráter competitivo da licitação. 3. E, apesar de os erros apontados poderem, de fato, ter comprometido a lisura da licitação, não ficou devidamente demonstrado o dolo dos agentes de frustrar ou fraudar



Prefeitura Municipal de São Joaquim da Barra
ESTADO DE SÃO PAULO

o procedimento, tampouco o conluio entre eles. 4. A menção a irregularidades, tais como erro na numeração das folhas; ausência de indicação do agente público; falta de projeto básico; prática de vários atos na mesma data; irregularidade no comprovante de entrega de ato convocatório, entre outras, não é suficiente para demonstrar o dolo dos réus e caracterizar, assim, a ocorrência de um ilícito penal. 5. Recurso especial provido, com extensão dos efeitos aos corréus. (STJ - REsp: 2022490 PB 2020/0299546-7, Data de Julgamento: 04/10/2022, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/10/2022)

Mesmo no âmbito administrativo, a presunção de inocência prevalece em favor de todos, o que só será ultrapassado, respeitado o devido processo legal e a ampla defesa, com a apresentação de elementos concretos e com peso probatório apto a não deixar qualquer dúvida quanto à atuação dolosa dos acusados de fraude ou conluio.

No caso dos autos, as acusações feitas pela recorrente não estão acompanhadas de elementos que possam corroborar com as afirmações, deixando a questão no campo das suposições.

Um dos argumentos levantados pela recorrente dá conta de que o conluio entre as recorridas estaria demonstrado pelo fato de uma delas, DANILA MARQUES COLOMBO FARIA LTDA, ter indicado como condutor habilitado o Senhor Paulo Sérgio Bucioli que é sócio administrador da empresa BUCIOLI & BUCIOLI TRANSPORTE LTDA, também recorrida.

Tal fato por si só não é capaz de demonstrar que as empresas recorridas atuaram em conluio.

O ordenamento jurídico pátrio, em especial a Lei nº 14.133/2021, não proíbe nem mesmo que empresas com sócios comuns disputem a mesma licitação. Da mesma forma não há proibição para que uma licitante apresente como condutor de veículos, uma pessoa que faça parte do quadro societário de outra licitante.

Para a doutrina, assim como para a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, o simples fato de duas empresas possuírem sócios em comum não constitui qualquer vício ou irregularidade que, de plano e por si só, autorize que a Administração Pública preveja no instrumento convocatório da licitação processada pela modalidade pregão (especialmente na sua forma eletrônica), vedação à participação no certame.

Vejamos a decisão do Tribunal de Contas da União em seu Acórdão nº 010.468/2008-8:

“Hoje, diante do texto legal, tal como se encontra redigido há mais de vinte anos, 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



Prefeitura Municipal de São Joaquim da Barra
ESTADO DE SÃO PAULO

de pessoas, não configura violação ao sigilo da licitação nem fraude comprometedora da competitividade do certame.”

Aliás tem sido corriqueiro que empresas do mesmo ramo tenham sócios em comum pois, por questões tributárias ou mercadológicas, a abertura de novas empresas muitas vezes se mostra acertada.

Em caso semelhante ao dos autos, o Tribunal de Contas da União já proferiu decisão no sentido de que não pode ser vedada a participação de empresas em licitação quando o sócio de uma licitante for empregado da outra. Vejamos:

“4.2.6. Análise dos elementos apresentados:

(...)

Sobre a participação em licitações de empresas distintas, com CNPJ diferentes, que possuem sócios em comum ou mesmo o sócio de uma empresa ser empregado de outra, que é o caso aqui discutido, concordamos com as alegações dos responsáveis de que as Leis nos 8.666/1993 e 10.520/2002 não contemplam nenhuma cláusula de impedimento.” (TCU. Acórdão 607/08 – Plenário).

Sempre que a lei quiser proibir determinada prática ou a participação de empresas em licitações, ela o fará de forma expressa, assim como pode ser observado pela simples leitura do Artigo 14 da Lei 14.133/2021:

“Art. 14. Não poderão disputar licitação ou participar da execução de contrato, direta ou indiretamente:

I - autor do anteprojeto, do projeto básico ou do projeto executivo, pessoa física ou jurídica, quando a licitação versar sobre obra, serviços ou fornecimento de bens a ele relacionados;

II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou do projeto executivo, ou empresa da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, controlador, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto, responsável técnico ou subcontratado, quando a licitação versar sobre obra, serviços ou fornecimento de bens a ela necessários;

III - pessoa física ou jurídica que se encontre, ao tempo da licitação, impossibilitada de participar da licitação em decorrência de sanção que lhe foi imposta;

IV - aquele que mantenha vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista ou civil com dirigente do órgão ou entidade contratante ou com agente público que desempenhe função na licitação ou atue na fiscalização ou na gestão do contrato, ou que deles seja cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, devendo essa proibição constar expressamente do edital de licitação;



Prefeitura Municipal de São Joaquim da Barra
ESTADO DE SÃO PAULO

*V - empresas controladoras, controladas ou coligadas, nos termos da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, concorrendo entre si;
VI - pessoa física ou jurídica que, nos 5 (cinco) anos anteriores à divulgação do edital, tenha sido condenada judicialmente, com trânsito em julgado, por exploração de trabalho infantil, por submissão de trabalhadores a condições análogas às de escravo ou por contratação de adolescentes nos casos vedados pela legislação trabalhista.”*

A presunção sempre será a da boa-fé e da inocência dos licitantes, até que se prove o contrário através de provas consistentes e inequívocas. É por isso que a legislação de regência, em especial a Lei nº 14.133/2021 não prevê as situações narradas pela recorrente como impeditivas para a participação em licitações.

Para a caracterização de fraude ou conluio, 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.

Outro argumento da recorrente se baseia no fato de que as duas recorridas teriam participado de vários lotes em conjunto. Novamente, os argumentos não trazem elementos consistentes capazes de demonstrar o conluio ou fraude. As empresas tem livre arbítrio para participarem de tantos lotes ou itens quanto entenderem pertinentes do ponto de vista comercial.

Além disso, no pregão eletrônico não é possível que as empresas sejam identificadas durante o desenrolar da licitação, em especial na fase de lances. Sendo assim, a Administração Municipal não tem como acatar a suposição de que as recorrentes teriam combinado a sua participação na fase de lances de modo a prejudicar a disputa no certame.

No caso dos autos, em que 14 (quatorze) empresas participaram do pregão, pode ser observado que houve intensa disputa em todos os lotes. Sendo assim, é correto afirmar que a atuação das recorridas no certame não caracterizou qualquer prejuízo à competitividade do certame.

Há que se destacar ainda, que na imensa maioria dos casos, a prática de conluio em pregões eletrônicos se evidencia através da atuação de uma ou mais licitantes na figura do “coelho”. Uma prática que infelizmente tronou-se comum encontrada nos Pregões refere-se à chamada participação dos coelhos. Embora seja de difícil comprovação, a figura do coelho ocorre quando uma ou mais licitantes ofertam preços quase inexequíveis com o fim de ficarem em primeiro lugar da classificação, e logo em seguida não encaminham a documentação exigida ou simplesmente alegam que houve um equívoco na digitação do lance, beneficiando então, o segundo colocado, que oferta uma proposta com valor maior.

Como última argumentação, a recorrente apresenta o fato de que a documentação de ambas as recorridas teria sido elaborada pela mesma pessoa.

Estamos diante de mais uma situação para a qual o ordenamento jurídico não apresenta vedação. Não há proibição de que a documentação de empresas licitantes seja elaborada por uma mesma pessoa. Tal fato não se confunde com a elaboração de documentação de empresas por uma mesma pessoa com o intuito fraudulento.



Prefeitura Municipal de São Joaquim da Barra
ESTADO DE SÃO PAULO

Ocorre que em cidades de pequeno e médio porte, é comum que empresas de contabilidade providenciem a documentação das licitantes locais que pretendem participar de licitações. Resta demonstrado nos autos que foi exatamente isso o que aconteceu.

A falha idêntica encontrada nas declarações apresentadas pelas recorridas se deu porque estas foram elaboradas pela mesma empresa, que presta serviços contábeis e administrativos para ambas.

A legislação não veda a participação em uma mesma licitação de licitantes que tenham o profissional contábil em comum, considerando que, em regra, esse fato, por si só, não configura fraude ou restrição à competitividade do certame.

O Departamento de Licitação da Administração Municipal de São Joaquim da Barra e seus respectivos agentes, responsáveis pela condução dos certames, atuam com a cautela devida, atentando-se a detalhes que sejam indicativos da ocorrência de fraude, conluio ou restrição à competitividade do certame e a busca pela proposta mais vantajosa para o interesse público. Somente se presentes elementos contundentes da possível ocorrência de práticas fraudulentas é que deverá se adotar as providências necessárias, como o alijamento dos licitantes ou quiçá a revogação ou anulação do certame, a depender do caso, informando a ocorrência ao Ministério Público.

3 - DA DECISÃO.

Ante todo o exposto, recebo o recurso interposto, dele conheço porque tempestivo, para no mérito **negar-lhe** provimento, considerando os termos e fundamentos mencionados. Diante de tudo, fica mantida a decisão que habilitou as empresas ora recorridas DANILA MARQUES COLOMBO FARIA LTDA e BUCIOLI & BUCIOLI TRANSPORTE LTDA.

Encaminho os autos ao Departamento Jurídico, para análise e parecer, e após o processo segue para o Senhor Prefeito, para decisão final.

São Joaquim da Barra, 10 de 2024.


Andréia Santos Oliveira
PREGOEIRA




PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO JOAQUIM DA BARRA
Estado de São Paulo

PROCURADORIA

PROCESSO Nº 643/2024

Acompanho entendimento da Sra. Pregoeira pelos seus termos.


Leonardo A. Salgueiro Pires
OAB/SP N.º 277.260
Procurador Jurídico

10/05/24



PROCESSO ADMINISTRATIVO nº 0029/2024
PROCESSO ADMINISTRATIVO nº 0643/2024 - RECURSO
PREGÃO ELETRÔNICO nº 004/2024.

GABINETE DO PREFEITO

*Acolho os pareceres da Pregoeira e do
Departamento Jurídico.*

*Ao Departamento de Licitação para as
providências necessárias.*

São Joaquim da Barra, 17 de maio de 2024.



Dr. Wagner José Schmidt
Prefeito