

ILMO. SR. PRESIDENTE DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DO MUNICÍPIO DE PETRÓPOLIS.

Processo n. 21.510/2023

BARRA NOVA ENGENHARIA LTDA., sociedade empresarial inscrita no CNPJ sob o n. 05.338.129/0001-28, sediada na cidade do Rio de Janeiro à Av. Amaro Cavalcanti, 1973-Fundos, Engenho de Dentro, Cep 20.735-042, por seus procuradores signatários, conforme instrumento de mandato em anexo, vem, respeitosamente, no prazo da lei, apresentar

CONTRARRAZÕES

ao recurso administrativo apresentado pela **MONOBLOCO CONSTRUÇÃO LTDA.**, com objetivo de inabilitar a presente empresa recorrida, o que não merece prosperar pela seguinte fundamentação fática e jurídica.

-1-

DA TEMPESTIVIDADE

O prazo adjetivo de 05 dias úteis para a apresentação das contrarrazões terminará em 07/08/2023. Protocolada a presente em observância ao referido prazo fatal, faz com que seja indene de dúvidas a tempestividade da defesa.

-2-

DO BREVE APANHADO FÁTICO

Trata-se de contrarrazões ofertada em face do recurso administrativo interposto pela empresa **MONOBLOCO CONSTRUÇÃO LTDA.**, que objetiva verem inabilitadas a empresa recorrida e a empresa **LASC ENGENHARIA E GEOTECNIA LTDA.**

Argumenta o recorrente que dos 04 sócios da **LASC**, **03** pertencem ao quadro societário da **BARRA NOVA**, hipótese em que supostamente evidenciaria um conflito de interesses que iria de encontro aos postulados da isonomia, do sigilo das propostas e da competitividade.

Desse modo, pede a inabilitação de ambas as empresas no âmbito da Tomada de Preços nº 21/2023.

Contudo, como será demonstrado no desenho de fato e de direito esposado adiante, a argumentação empreendida pela recorrente é demasiada rasa, insuficiente para cumprir com o

seu objetivo de inabilitar a **BARRA NOVA** no certame, sendo certo que as razões recursais não merecem prosperar.

-3-

DA PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS COM SÓCIOS EM COMUM EM LICITAÇÕES. NÃO IMPLICAÇÃO AUTOMÁTICA DE INABILITAÇÃO LICITATÓRIA. NECESSIDADE DE INVESTIGAÇÃO DE ATIVIDADE FRAUDULENTA. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE FRAUDE PELA BARRA NOVA E DA NECESSIDADE DE INVESTIGAÇÃO DA EMPRESA LASC.

A mera presença de duas empresas do mesmo grupo econômico ou com composições societárias parecidas não é, sozinho, fator suficiente para comprovar irregularidade alguma. Para isso, em qualquer caso, seria necessário um escorço probatório ampliado — para além de uma simples tabela que exhibe a composição societária similar —, que não foi apresentado pela recorrente em momento nenhum.

Vale ressaltar, aliás, que a situação da participação de duas sociedades do mesmo grupo econômico ou com composições societárias similares sequer é disposta no rol do art. 9º da Lei nº 8.666/93, que estabelece as situações que podem implicar no impedimento do direito de participar de licitações. Confira-se:

Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;

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

III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

Da interpretação do dispositivo acima, torna-se muito claro que o simples fato de duas empresas possuírem sócios em comum não constitui qualquer vício ou irregularidade que

justifique, de imediato, a proibição de participação no processo licitatório. O comando legal não traz impeditivo da participação de pessoa física ou jurídica faça do quadro societário de mais de uma pessoa jurídica, conforme visto pela disposição acima. Se assim fosse, como seria realizado, por exemplo, esse tipo de controle em sociedades anônimas? E ainda, as pessoas jurídicas transcendem os seus membros, existindo independentemente deles — esta é a própria razão de existir da pessoa jurídica, inclusive. Por todas essas razões, não se pode presumir que o fato de empresas com sócios em comum, participantes de licitação, seja sinônimo de atividade fraudulenta ou frustradora dos objetivos licitatórios.

Inclusive, já há jurisprudência no Tribunal de Contas da União quanto ao tema em questão. Na ocasião do julgamento do Acórdão 952/2018, de relatoria de Vital do Rêgo, colocou-se claramente:

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, embora, de fato, tal situação possa acarretar, em tese, quebra de isonomia entre as licitantes.

Ainda, a exigência de escorço probatório para aferir possíveis fraudes, nesses casos, é ressaltada pelo relator:

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 (Acórdão 2803/2016-TCU-Plenário, Ministro-Substituto André de Carvalho) , o que não ficou caracterizado no presente caso. Como deixei consignado ao relatar o TC Processo 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". (Acórdão nº 952/2018, Rel. Vital do Rêgo, julgado em 02/05/2018)

De acordo com o entendimento sufragado pelo TCU, a única ressalva para a qual a jurisprudência vem se inclinando em sentido diverso, considerando a participação de empresas com sócios em comum, seria nas situações de convite, contratação por dispensa de licitação, existência de relação entre as licitantes e a empresa responsável pela elaboração do projeto

executivo, ou contratação de uma das empresas para fiscalizar serviço prestado por outra. Confira-se o julgado paradigmático:

Acórdão nº 2.341/2011 – Plenário

Voto

(...)

3. Rememorando, a providência cautelar foi adotada ante a iminência da abertura do certame, o que caracterizaria o perigo na demora, e tendo em vista a presença de indícios do bom direito, eis que a cláusula do edital questionada pela autora, relativa à vedação da participação simultânea de empresas com sócios comuns poderia alijar potenciais interessados do certame, não possuía amparo na Lei nº 8.666/1993, nos regulamentos próprios das entidades ou na jurisprudência do TCU.

4. Na oportunidade, foi suscitado o entendimento estabelecido no Acórdão nº 297/2009-Plenário, que somente considera irregular a situação em apreço quando a participação concomitante das empresas se der em:

i. convite;

ii. contratação por dispensa de licitação;

iii. existência de relação entre as licitantes e a empresa responsável pela elaboração do projeto executivo; e

iv. contratação de uma das empresas para fiscalizar serviço prestado por outra.

(...)

Contudo, conforme se verifica dos autos, o torneio licitatório em comento trata-se de uma tomada de preços, modalidade esta que não se amolda a nenhum dos proibitivos acima, a denotar, pois, inexistência de ilegalidades que venham a excluir a **BARRA NOVA**, na medida em que não se afigura ilícito 02 ou mais empresas, com os mesmos sócios, atuarem numa licitação. A proibição da participação, nesse caso, seria apenas na hipótese de conluio. Assim, as ilegalidades alegadas não encontram respaldo nem na interpretação fria da Lei nº 8.666/1993, nem na jurisprudência.

Sendo assim, é evidente que o mero fato de estarem presentes duas empresas com composições societárias similares não pode ser automaticamente interpretado como uma presunção absoluta de atividade fraudulenta, sendo exigido um arcabouço probatório que não

foi apresentado. No máximo, poderia ser considerado mero fator indiciário que, no caso, não prospera. Cada caso deve ser examinado isoladamente, e no caso específico em questão, resta evidente que a empresa **BARRA NOVA** não contribuiu para nenhuma atividade fraudulenta, sendo lícita sua participação no certame.

Contudo, nada impede que a Administração possa e deva investigar eventuais fraudes licitatórias. E, conforme se explicará abaixo, a **LASC** é empresa resultante de dissidência societária da **BARRA NOVA** que está em inequívoca conduta de má-fé e fraudulenta, na medida em que está ativamente tentando se valer, de forma ilícita, da mesma estrutura operacional de que goza a **BARRA NOVA**.

Além disso, na presente hipótese, resta demonstrado que o caráter competitivo da licitação não foi afetado, principalmente porque a empresa **BARRA NOVA** vem recorrendo da habilitação da **LASC** em razão justamente da indevida utilização de elementos materiais e imateriais da recorrente, o que evidencia que as empresas estão competindo de fato nesse certame.

-4-

DA AUSÊNCIA DE CAPACIDADE TÉCNICA-OPERACIONAL DA LASC, QUE É PROVENIENTE DE DISSIDÊNCIA SOCIETÁRIA DA BARRA NOVA, NÃO POSSUINDO FUNCIONÁRIOS, ENDEREÇO, INSTALAÇÕES, MATERIAIS E EQUIPAMENTOS PARA A PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS LICITADOS.

A **BARRA NOVA** passa, nesse momento, por um processo de dissolução parcial, sendo certo que os sócios da **LASC** estão em processo de saída do seu quadro societário.

Nesse sentido, as tratativas para retirada desses sócios perpassam pela transferência de equipamentos, insumos e mão de obra, que atualmente são de propriedade da **BARRA NOVA** e quando da retirada dos sócios poderão passar à **LASC**.

Todavia, a negociação não foi concluída e todos esses equipamentos, insumos e mão de obra são de propriedade e estão sob controle e à disposição da **BARRA NOVA** e não da **LASC**.

Com efeito, a **BARRA NOVA** tem notícias de que a **LASC** não possui empregados contratados, não possui equipamentos e insumos para a prestação dos serviços. Corrobora esta denúncia o fato de a **LASC** sequer possuir um estabelecimento, um endereço ou instalações conhecidas.

Portanto, ainda que se entenda que o *RT CREA-RJ* apresentado pela **LASC** qualifique-a sob a ótica técnico-profissional, há claros indícios de ausência de capacidade técnico-operacional.

Não se pode confundir a capacidade técnico-profissional com a capacidade técnico-operacional, valendo citar o seguinte excerto do Acórdão 2208/2016-TCU-Plenário:

Enquanto a capacitação técnico-profissional está relacionada à qualificação do corpo técnico, a capacitação técnico-operacional, por sua vez, é bem mais ampla e alcança requisitos empresariais, tais como estrutura administrativa, métodos organizacionais, processos internos de controle de qualidade, etc. Na prática, a qualificação comprovada de um profissional não é suficiente para garantir a experiência operacional da empresa à qual esse profissional esteja vinculado, seja na condição de prestador de serviço ou na condição de sócio, e, conseqüentemente, a qualidade da execução contratual poderá ser comprometida.

Por sua vez, a Lei 8.666/93 trata da qualificação técnico-operacional em seu art. 30, inciso II, a saber:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

Com efeito, a qualificação técnica-operacional consiste em qualidade pertinente às empresas que participam da licitação. Envolve a comprovação de que a empresa, como unidade jurídica e econômica, detém experiência e participou anteriormente de modo satisfatório de contrato com objeto similar ao previsto na licitação almejada.

É o que sintetiza a Súmula 263 do Tribunal de Contas da União, que assim dispõe: *Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado.*

Neste sentido, requer-se seja a **LASC** intimada a prestar informações, acompanhadas dos respectivos documentos, sobre suas instalações, aparelhamento, mão de obra, e experiências anteriores no objeto da licitação, que lhe qualifiquem sob a ótica técnico-operacional, na forma do paradigmático acórdão TCU nº 285/2000 – PLENÁRIO:

8. Logo, as exigências de qualificação técnica não estão limitadas à capacitação técnico-profissional. Esta é que deve observar o limite imposto pelo § 1º do art. 30 da Lei.

9. Considerando, pois, que a indicação do pessoal técnico e as exigências da comprovação de sua qualificação são necessárias, porém não suficientes, a habilitar tecnicamente o interessado, cabe identificar a melhor forma de atender aos comandos constitucional e legal que determinam a aferição da capacidade de o licitante cumprir as obrigações assumidas.

10. Retornando ao texto da Lei nº 8.666/93, art. 30, inciso II, a Administração pode solicitar, além da indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, a comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com tal objeto. Assim, a forma como tais requisitos devem ser exigidos é que vai demonstrar a observância do disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, no que concerne à limitação das exigências e, conseqüentemente, à observância do princípio da isonomia.

Diante do exposto, ante os claros indícios de atividade fraudulenta pela **LASC**, requer-se seja realizada diligência visando aferir a capacidade operacional dessa empresa, exigindo-se, no mínimo, a comprovação documental de suas instalações, aparelhamento e mão de obra, mediante apresentação, por exemplo, de:

A – Faturas de serviços essenciais ao funcionamento de qualquer empresa, como água, luz, telefone e internet;

B – Relatório Anual de Informações Sociais (RAIS) -> Documento obrigatório onde constam informações sobre os empregados das empresas


C – Outros documentos que comprovem capacidade operacional, como atestados de capacidade técnica referente a obras de contenção anteriormente realizadas pela recorrida.

CONCLUSÃO E PEDIDOS.

Por tudo que aqui foi discorrido, a **BARRA NOVA** requer seja improcedido o recurso administrativo com relação à presente recorrida, uma vez que a existência de 02 ou mais empresas com os mesmos sócios não significa presunção de violação ao caráter competitivo da licitação, devendo a Administração perquirir a realidade dos fatos sendo que, neste caso, está evidenciada a higidez do caráter competitivo da licitação, pois a **BARRA NOVA**, inclusive, está recorrendo da habilitação da empresa **LASC ENGENHARIA E GEOTECNIA LTDA.**

Do Rio de Janeiro para Petrópolis, 07 de agosto de 2023.

RICARDO ALMEIDA RIBEIRO DA SILVA
OAB/RJ 81.438


ALEXANDRE GRABERT BARANJAK
OAB/RJ 214.669

VICTOR SOARES DA ROCHA
OAB/RJ 174.358