

➤ Pregão/Concorrência Eletrônica

▪ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

RECURSO :

EXCELENTÍSSIMA SENHORA PREGOEIRA DO MUNICÍPIO DE VOLTA REDONDA - RJ

Pregão Eletrônico nº 131/2022
Processo Administrativo nº 11562/2022

RBX ALIMENTAÇÃO E SERVIÇOS LTDA, pessoa jurídica de direito privado devidamente inscrita no CNPJ/MF sob o nº 17.033.316/0001-82, com sede na Avenida Nelson D´Avila, 389, Sala 71 A, Centro, São José dos Campos, SP, CEP. 12245-030, neste ato representada por sua representante legal, Sra. Bruna Aparecida Salgado Moreira, brasileira, solteira, empresária, portadora da Cédula de Identidade RG nº 33.048.526 SSP/SP, inscrita no CPF/MF sob o nº 325.856.228-86, vem, respeitosamente à presença de Vossa Excelência, apresentar seu RECURSO ADMINISTRATIVO, em razão da indevida e ilegal habilitação da empresa Ômega Alimentação Serviços Especializados S/A, o que faz nos seguintes termos:

I – DAS RAZÕES RECURSAIS

O Município de Volta Redonda, por meio do Fundo Municipal de Educação de Volta Redonda, através da Secretaria Municipal de Educação, na forma do disposto no Processo Administrativo em epígrafe, realiza o Pregão Eletrônico nº 131/2022, o qual tem por

objeto a “contratação de empresa especializada no preparo e fornecimento de alimentação escolar, para atender as necessidades da Secretaria Municipal de Educação” conforme especificação detalhada no respectivo Edital e seu Termo de Referência – Anexo I.

Conforme se verifica da Ata de Realização do Pregão Eletrônico, após o seu processamento, foi a empresa Ômega Alimentação Serviços Especializados S/A declarada vencedora e habilitada.

Ocorre, no entanto, que referida habilitação foi indevida e ilegal, devendo tal decisão ser revista, conforme passa agora a recorrente a demonstrar.

Inicialmente, de acordo com o item 12.3 do Edital, temos:

“12.3 Regularidade Fiscal e Trabalhista

12.3.1. Para fins de comprovação da regularidade fiscal e trabalhista, deverão ser apresentados os seguintes documentos:

(...)

e) prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT) ou da Certidão Positiva de Débitos

Trabalhistas com os mesmos efeitos da CNDT”. (g.n.).

Ora, conforme se verifica dos documentos em anexo, deve referida empresa ser imediatamente desclassificada e inabilitada de plano, haja vista que possui Certidão Positiva de Débitos Trabalhistas, com 05 (cinco) apontamentos de dois Tribunais Regionais do Trabalho diferentes, sendo em apenas 02 (dois) de referidos apontamentos com efeitos de negativa!!!

E nem se diga, Sra. Pregoeira, que a Certidão apresentada possui validade, atendendo, portanto, às normas editalícias. Tal fato deve ser verificado pelo condutor do certame quando da habilitação, o que aparentemente, não ocorreu!!!

Ora, tal apontamento já é suficiente para que seja a recorrida declarada desclassificada e inabilitada, contudo, não é só!!! Fatos muito mais gravosos a norteiam!!!

Atualmente e, de forma lamentável, em razão das artimanhas de alguns empresários, não se pode fugir de um assunto de extrema relevância.

No Direito denomina-se "desconsideração da personalidade jurídica da empresa" e não só pode, como deve, ser feita pela própria Administração, sem necessidade de intervenção do Poder Judiciário.

A desconsideração no âmbito administrativo pode ser analisada pela Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), que prevê

como ato lesivo à Administração Pública, a criação, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo (art. 5º, IV, "e", sendo que em seu artigo 14:

"Art. 14 – A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática de atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa.". (g.n.).

Explica-se melhor...

Um artifício que alguns empresários utilizam, ao receber uma sanção administrativa "pesada" como a Declaração de Inidoneidade (87, IV, Lei nº 8.666/93), essa empresa fica proibida de participar de Licitações e Contratos Administrativos em todo o Brasil, ou seja, em todas as esferas da Administração Pública, enquanto a sanção estiver vigente.

Com o intuito de tentar "fugir" da sanção, cria uma nova sociedade, com o mesmo objeto social e, com ou sem os mesmos sócios. Não raras vezes, o mesmo endereço.

Verificada a tentativa de burla ou fuga à sanção, a Administração deverá abrir um processo administrativo para desconsiderar a personalidade jurídica da nova empresa, de forma que a pena aplicada à empresa anterior alcance e abranja a atual.

Importante frisar, inclusive, que para que haja o cruzamento de informações a fim de tentar pegar casos assim, foi implantado um mecanismo no SICAF, denominado "ocorrências impeditivas indiretas".

Por intermédio de referido mecanismo, ao consultar o CNPJ do licitante, o sistema busca se qualquer um dos sócios da referida participante (pelo CPF) consta como sócios de outras empresas (CNPJ) com sanção aplicada e vigente, mostrando, ainda, o detalhamento, ou seja, qual a pena, quem aplicou, tempo, CPF do sócio da empresa atual atrelado a outra empresa e dados da empresa penalizada.

Inclusive, sobre a fraude, o TCU já orientou (Acórdão 2218/11):

"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".

Mas e se o empresário, ao tentar burlar a pena, reestrutura o quadro societário ou a estrutura organizacional da empresa?

O SICAF já foi adaptado para, ainda que isso ocorra, não será desativado o alerta da ocorrência impeditiva indireta que somente ocorrerá após decorrer o prazo da penalidade!

Em outras palavras, sócio de empresa declarada inidônea ou com pena similar, utiliza-se de outro CNPJ para participar de certames licitatórios, é ato ilegal e providências devem ser tomadas pela Comissão Licitante.

O artigo 87 da Lei 8.666/93 contém um rol taxativo das penalidades que serão aplicadas àquelas empresas que não cumprem com as obrigações assumidas nos certames licitatórios. Especificamente, o inciso IV do artigo citado, do referido diploma, elenca que pelo descumprimento do contrato, poderá a Administração Pública, diante da inexecução parcial ou total do contrato, declarar determinada empresa inidônea o que lhe impedirá de participar de licitações enquanto perdurar os efeitos da sanção.

Importante não olvidar que a declaração de inidoneidade aplicada por um ente administrativo de alguma das esferas estatais, subsiste aos outros; ou seja, se a sanção fora aplicada por órgão municipal, tal punição deverá ser observada pelos entes federais e estaduais. É o que se extrai da respeitável decisão 2.218/2011 do TCU, vejamos: "O entendimento do Tribunal a quo, no sentido de que a suspensão imposta

por um órgão administrativo ou um ente federado não se estende aos demais, não se harmoniza com o objetivo da Lei n. 8.666/93, de tornar o processo licitatório transparente e evitar prejuízos e fraudes ao erário, inclusive impondo sanções àqueles que adotarem comportamento impróprio ao contrato firmado ou mesmo ao procedimento de escolha de propostas. Há, portanto, que se interpretar os dispositivos legais estendendo a força da punição a toda a Administração, e não restringindo as sanções aos órgãos ou entes que as aplicarem. De outra maneira, permitir-se-ia que uma empresa, que já se comportara de maneira inadequada, outrora, pudesse contratar novamente com a Administração durante o período em que estivesse suspensa, tornando esta suspensão desprovida de sentido."

Nesta toada, insta ainda ressaltar que o artigo 97 da Lei 8.666/93 tipificava como crime a admissão ou celebração de contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo, bem como incide no mesmo crime aquele que participa de licitações ou contrata com a Administração Pública.

Superada a análise das particularidades do mundo do "Dever Ser", observa-se que na prática deparamo-nos diariamente com empresas enquadradas nos artigos acima, declaradas inidôneas participando livremente de certames licitatórios e contratando com a Administração Pública. Outra prática muito comum observada é quando o sócio de uma empresa declarada inidônea, para burlar tal sanção, acaba por abrir um novo CNPJ e volta a participar de licitações normalmente, até que seja novamente punido, e repete o procedimento. Tal fato já é de conhecimento do TCU que na decisão acima referenciada deliberou o seguinte:

"Não raro, integrantes de comissões de licitação verificam que sociedades empresárias afastadas das licitações públicas, em razão de suspensão do direito de licitar e de declaração de inidoneidade, retornam aos certames promovidos pela Administração valendo-se de sociedade empresária distinta, mas constituída com os mesmos sócios e com objeto social similar. Por força dos princípios da moralidade pública, prevenção, precaução e indisponibilidade do interesse público, o administrador público está obrigado a impedir a contratação dessas entidades, sob pena de se tornarem inócuas as sanções aplicadas pela Administração. O instituto que

permite a extensão das penas administrativas à entidade distinta é a desconsideração da personalidade jurídica. Sempre que a Administração verificar que pessoa jurídica apresenta-se a licitação com objetivo de fraudar a lei ou cometer abuso de direito, cabe a ela promover a desconsideração da pessoa jurídica para lhe estender a sanção aplicada. Desse modo, não estará a Administração aplicando nova penalidade, mas dando efetividade à sanção anteriormente aplicada pela própria Administração." (g.n.).

Observa-se que tal prática é comum, onde algumas das pessoas que praticam, ou não tem conhecimento acerca das implicações legais de tal ato, ou, aqueles que conhecem o teor legal, utilizam-se astutamente de tal instituto para fraudar ou burlar a lei. Com o entendimento atual dos Tribunais tais práticas hoje podem ensejar a desconsideração da Personalidade Jurídica de modo a garantir efetividade à sanção não cumprida. Destarte, conclui-se que tal prática é vedada pelo ordenamento jurídico, e deve ser rigorosamente observado pelos administrados e administradores da Máquina Administrativa.

Pois bem, colocado o tema, vamos agora à análise do caso concreto.

A empresa Ômega Alimentação Serviços Especializados S/A, possui em seu quadro societário os Senhores Gerson Jonas Pitorri, Ignácio de Moraes Júnior, Ignácio de Moraes e Miriam de Moraes Moretti, Referida empresa, conforme se verifica de sua última alteração contratual, foi transformada em S/A e as quotas sociais em ações, sendo eleito para o cargo de Diretor Presidente o Sr. Ignácio de Moraes Junior e, no cargo de Diretor Vice Presidente o Sr. Gerson Jonas Pitorri.

Ocorre que, o Sr. Ignácio de Moraes, portador da Cédula de Identidade RG nº 6.363.895 SSP/SP, inscrito no CPF/MF sob o nº 038.445.108-00 e o Sr. Gerson Jonas Pitorri, portador da Cédula de Identidade RG nº 14.302.667 SSP/SP, inscrito no CPF/MF sob o nº 057.958.598-00 integram o quadro societário da empresa NUTRIPLUS ALIMENTAÇÃO E TECNOLOGIA S/A, inscrita no CNPJ sob o nº 49.254.634/0001-60.

Referida empresa (Nutriplus) encontra-se sancionada com Impedimento/Proibição de Contratar com a Administração Pública pelo CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, com abrangência definida em todas as esferas e em todos os poderes, pelo período de 05 (cinco) anos, cuja sanção teve início em 18/08/2021 e término previsto para 18/08/2026.

Possui, ainda, mais uma Sanção, essa de suspensão de 02 (dois) anos, aplicada pela Prefeitura Municipal de Uberaba/MG e que abrange a esfera e o poder do órgão sancionador.

Integra, referida empresa, ainda, o quadro societário da empresa Alimentare Serviços de Alimentação Ltda, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 22.391.172/0001-76, juntamente com os Senhores Gerson Jonas Pitorri e Ignácio de Moraes Júnior, ambos, respectivamente, Diretor Vice Presidente e Diretor Presidente da empresa declarada vencedora, ora recorrida.

A fundamentação da sanção aplicada pelo CADE, que culminou no Impedimento/Proibição de Contratar com a

Administração Pública em todas as esferas, foi com base no artigo 38, inciso II, da Lei nº 12.529/2011, a qual estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC. Referido artigo da lei em comento, determina que:

“Art. 38 – Sem prejuízo das penas cominadas no art. 37 desta Lei, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente:

- I – a publicação, em meia página e a expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por 2 (dois) dias seguidos, de 1 (uma) a 3 (três) semanas consecutivas;
- II – a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e

participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, na administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta, por prazo não inferior a 5 (cinco) anos);

III – a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor;

IV – a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:

a) seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito;

b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos;

c) a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial da atividade;

d) a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, e;

e) qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.”

Sra. Pregoeira, escancarada e indiscutível a ILEGALIDADE na habilitação da empresa Ômega Alimentação Serviços Especializados S/A.

Comprovada a identidade de sócios, grupo econômico e cargos diretivos entre a empresa recorrida e a empresa sancionada, sem mencionar a Certidão Positiva de Débitos Trabalhistas, não resta outra alternativa à Sra. Pregoeira e à Comissão, que não a sua indiscutível INABILITAÇÃO, sem prejuízo da imediata abertura de Processo Administrativo, nos moldes supra mencionados, para que as sanções aplicadas à empresa Nutriplus abranjam também as demais

empresas, quais sejam, Alimentare Serviços de Alimentação Ltda e Ômega Alimentação Serviços Especializados S/A.

Mas não é só... A recorrida, além dos fatos supra mencionados, não comprovou sua capacidade técnica para a execução do contrato, conforme restará demonstrado. Veja-se:

O Edital, em seu item 12.5.1, determina o seguinte:

“12.5.1 Comprovação de aptidão por meio de atestado de capacidade técnica, podendo ser emitido por pessoa jurídica de direito público ou privado, que comprove aptidão para desempenho das atividades compatíveis em características com o objeto desta licitação, devidamente registrado no CRN, conforme este Edital, assim considerados o(s) atestado(s) que contenha(m) no mínimo os seguintes elementos.

a) Quantitativos: fornecimento de, no mínimo, 175.862 (cento e setenta e cinco mil, oitocentos e sessenta e duas) refeições/merendas/mês, equivalente a 40 % do somatório

dos almoços do Subitem 1.2 – PLANILHA ESTIMATIVA DE QUANTITATIVO, podendo ainda serem apresentados mais de um atestado a fim de se comprovar o quantitativo;

(...)” (g.n.).

Pois bem, de acordo com os Atestados de Capacidade Técnica apresentados pela empresa Recorrida, sendo aqui considerados, nos termos do Edital, somente os devidamente registrados junto ao CRN, descartando-se os demais, temos:

ALMOÇO JANTAR ALMOÇO MENSAL JANTAR MENSAL

ABB LTDA 750 80 16.500 1.760

ABB SOROCABA 450 0 9.900 0

AMETEK 100 2.200 0

CONDOMINIO BRACAIUVA 170 40 4.420 1040

BRAVOX S/A 170 4.420 0

PRÓ-SAUDE 170 110 5.100 3300

LOJAS CEM 600 50 18.000 1500

CENTRO PESQUISA 770 0 16.940 0

EATON LTDA 30 900 0

FUPRESA S/A 210 88 5.460 2288

HOSPITAL MARIO GATTI 210 90 6.300 2700

HOSPITAL NOSSA SENHORA 165 125 4.950 3750

IBBL BEBEDOUROS 200 0 4.400 0

IBER OIEFF 210 75 5.460 1950

PREF. INDAIATUBA 1405 0 42.150 0
ISOLET 180 25 3.960 550
PREF. ITU 272 24 8.160 720
INNARA IND. 170 37 3.740 814
LS LINK STEEL 240 25 5.280 550
NAGEL DO BRASIL 129 11 2.838 242
SALTOS ALIMENTOS 85 20 2.550 600
TOYOBO 80 2 1.760 44
YORK 210 60 4.620 1320
TOTAL: 180.008 23.128

Note-se, Sra. Pregoeira, que houve um equívoco, para não dizer que foi a Administração Pública induzida a erro, nos cálculos dos totais apresentados pela recorrida. Isso porque, de acordo com sua tabela, a qual, inclusive, foi objeto de análise da Sra. Nutricionista Responsável Técnica pela alimentação escolar do Município, as somas não equivalem ao disposto nos respectivos Atestados de Capacidade Técnica, haja vista ter sido considerados como serviços ininterruptos, ao passo que, de acordo com os documentos, a maioria era prestada de segunda a sexta-feira.

Assim, o quantitativo total mensal, correto, de acordo com os Atestados de Capacidade Técnica apresentados, perfaz a quantia total de 203.136 (duzentas e três mil, cento e trinta e seis refeições/mês) e, portanto, estaria, em tese, de acordo com o determinado pelo Edital.

Isso porque, chama-nos a atenção o primeiro atestado apresentado, qual seja, da ABB Ltda, cujos serviços teriam sido prestados em Guarulhos. Note-se que os Serviços foram de "Preparo e Fornecimento de Refeições Industriais Transportadas". Ora, a distância da sede da empresa recorrida para a empresa que recebeu o serviço é de aproximadamente 130 km e o tempo de viagem de mais de duas horas, de carro, inexistindo filial na localidade que pudesse prestar os serviços.

Desta forma e, com o mais absoluto respeito à recorrida, desde já se requer que diligências sejam realizadas no sentido de que a recorrida apresente o contrato firmado de referido atestado, sem prejuízo das Notas Fiscais emitidas, como complementação e confirmação da veracidade do documento em comento.

Aliás, apenas por amor ao debate, "ceia" não pode, em nenhuma hipótese, ser considerada uma grande refeição. Dez pequenas refeições (desjejum, lanche ou ceia) equivalem a uma grande refeição.

Ainda no quesito indicado, verifica-se que todos os Atestados de Capacidade Técnica fornecidos por empresas privadas, foram objeto de registro na mesma época, mesmo sendo os serviços com datas muito divergentes entre si.

Ora, de acordo com o CRN, existe prazo para cadastro da empresa prestadora dos serviços e prazo para regular registro dos Atestados de Capacidade Técnica, nos quais, inclusive, devem constar prazo da execução dos serviços, sendo, portanto, necessária a realização de diligências junto ao CRN para atestar a veracidade dos Registros apresentados nos atestados. Tal fato é de suma relevância, haja vista que, caso reste comprovada a utilização de documentos falsos, deverá a empresa ser sancionada, nos moldes da legislação aplicável à espécie, sem prejuízo das providências penais cabíveis.

II – DOS PEDIDOS

Ante o exposto e, com fundamento nas razões ora expostas e documentos que o acompanham, é pela presente para requerer seja recebido o presente Recurso Administrativo, com seu regular processamento e, ao final, seja a ele dado TOTAL PROVIMENTO para os fins de:

a) Seja a empresa declarada vencedora e habilitada, ora recorrida, Ômega Alimentação e Serviços Especializados S/A declarada INABILITADA, em razão de possuir Certidão Positiva de Débitos Trabalhistas com 05 apontamentos (estando apenas 02 com efeitos de negativa), além do fato de parte de seu quadro diretivo e acionistas (numa clara e inequívoca tentativa de burlar e fraudar a lei) integrarem empresa sancionada pelo CADE, em todo o Território Nacional e em todas as esferas, devendo referida sanção alcançar a empresa em comento, sob pena de ineficácia da medida sancionatória imposta;

b) Sem prejuízo, ante a notícia que envolve a empresa recorrida, em especial a suposta e aparente tentativa de fraude e burlar o sistema, seja aberto o devido processo administrativo para apurar os fatos e oportunamente, seja a sanção aplicada à empresa Nutriplus Alimentação e Tecnologia S/A seja estendida

às demais empresas do indiscutível e indubitável Grupo Econômico;

c) Sejam realizadas diligências no sentido de atestar a veracidade dos Atestados de Capacidade Técnica apontados, com a apresentação do contrato e principalmente das Notas Fiscais de fornecimento da época, sem prejuízo de verificar junto ao CRN acerca da veracidade dos Registros realizados, pelos motivos expostos na presente peça;

d) Por fim, com a Inabilitação da empresa recorrida, seja dada continuidade ao presente Certame, com a reabertura da Sessão e convocação da próxima colocada.

Termos em que,

Pede e Espera Deferimento.

São Paulo, 09 de janeiro de 2023.

RBX ALIMENTAÇÃO E SERVIÇOS EIRELI
Bruna Aparecida Salgado Moreira

Fechar