

LICITANTES COM SÓCIOS EM COMUM NUMA MESMA LICITAÇÃO: POSSIBILIDADE OU ILICITUDE?

LUCIANO ELIAS REIS (Advogado; Sócio do escritório Reis, Correa e Lippmann Advogados Associados; Mestre em Direito Econômico pela PUCPR; Especialista em Processo Civil e em Direito Administrativo, ambos pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar; Presidente da Comissão de Gestão Pública e Controle da Administração da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Paraná; Professor de Direito Administrativo da UNICURITIBA; Professor convidado de diversas Instituições de Ensino em cursos de Pós-Graduação Autor das obras “Licitações e Contratos: um guia da jurisprudência (Editora Negócios Públicos, 2013) e “Convênio administrativo: instrumento jurídico eficiente para o fomento e desenvolvimento do Estado” (Editora Juruá, 2013); Autor de diversos artigos jurídicos e coautor com artigos publicados também nas seguintes obras “Estado, Direito e Sociedade” (Editora Iglu), “Estudos dirigidos de gestão pública na América Latina”(Editora Fórum), “Direito Administrativo Contemporâneo” (2. Ed. - Editora Fórum), “Direito Público no MERCOSUL” (Editora Fórum, 2013), Co-coordenador dos “Anais do Prêmio 5 de junho 2011: Sustentabilidade na Administração Pública” (Editora Negócios Públicos); Ministrante de cursos e palestras na área de licitações públicas e contratos administrativos).

O assunto deste ensaio é a possibilidade de licitantes com sócios em comum participarem e disputarem uma mesma licitação.

O processo licitatório é um procedimento administrativo burocrático que tem por finalidade escolher a proposta mais vantajosa para a Administração Pública a partir de uma disputa isonômica, competitiva e que busque o desenvolvimento nacional sustentável.

Nesta linha, os princípios da isonomia, da competitividade e do desenvolvimento nacional sustentável constituem os pilares embaixadores e finalísticos de uma licitação. Sobre este prisma, apreciar-se-á a legalidade ou não de participação de dois ou mais licitantes com sócios em comum num mesmo certame.

A promoção do desenvolvimento nacional sustentável é um princípio relativamente recente no artigo 3º, *caput*, da Lei de Licitações, já que decorre da alteração advinda da Lei n. 12.349/2010. Apesar de inserido há pouco tempo na legislação de licitações, o dever de busca ao desenvolvimento nacional já estava determinado pelo sistema jurídico brasileiro, uma vez que a nossa Constituição da República estatui o “desenvolvimento nacional” como objetivo fundamental (Art. 3º, II). E, vale lembrar, que licitações e contratos sustentáveis não são restritas ao viés

ambiental, mas sim ao ideal de sustentabilidade perpassando pelas áreas social, ambiental, cultural e econômica. Este princípio não será inicialmente maculado pela existência de sócios em comum.

Já o princípio da competitividade relaciona-se à proposta mais vantajosa ao interesse público. Isso pode ou não, conforme o objeto licitado, ser sinônimo de menor preço, porque em certas hipóteses, será necessário avaliar aspectos diversos do preço para se selecionar a melhor oferta.¹ Por sua vez, o princípio da isonomia prevê, em linhas gerais, o tratamento igualitário para os iguais e desigual para os desiguais na medida de suas desigualdades.

Os princípios da competitividade e da isonomia poderão ser questionados quanto a uma suposta violação ante a existência de licitantes com sócios comuns. Será que existe algum fator de diferença entre os licitantes que possuem sócios em comum e os demais? Há algum prejuízo à lisura e lhanza da disputa? Prejudicará a busca da proposta mais vantajosa pela participação de licitantes com sócios em comum? Existe adequação entre a possível exclusão de tais licitantes e um suposto benefício à igualdade entre os demais na disputa?

Ora, estas são algumas perguntas que precisam ser enfrentadas para examinar a ilegalidade ou não na conduta dos licitantes que possuem sócios em comum. Em que pese os estudos acadêmicos e doutrinários sobre o tema, o Tribunal de Contas da União em 2011 e 2012 manifestou-se em alguns julgados contrário à participação de empresas concorrentes com sócios em comum ou que possuam parentesco entre si:²

Contratações públicas: Licitação com a participação de empresas com sócios em comum e que disputam um mesmo item prejudica a isonomia e a competitividade do certame

(...). Para ela, “se houver a existência de sócios em comum de empresas que disputam o mesmo item de um mesmo certame, há evidente prejuízo à isonomia e à competitividade da licitação”. Como consequência, ainda para unidade técnica, “é possível que existam empresas atuando como ‘coelho’, ou seja, reduzindo os preços a fim de desestimular a participação de outros licitantes na etapa de lances, desistindo posteriormente do certame para beneficiar a outra empresa que esteja participando do conluio, que, por sua vez, acaba sendo contratada sem ter apresentado a melhor proposta, provocando, assim, prejuízo para a Administração”. Para minimizar a possibilidade da ocorrência desses conluios, seria recomendável, então, que os pregoeiros e demais servidores responsáveis pela condução dos procedimentos licitatórios, tomassem ciência da

¹ REIS, Luciano Elias. **Convênio administrativo**: instrumento jurídico eficiente para o fomento e desenvolvimento do Estado. Curitiba: Juruá, 2013, p. 129.

² Todas as decisões colacionadas neste breve ensaio constam na obra “Licitações e Contratos: um guia da jurisprudência (Editora Negócios Públicos, 2013).

composição societária das empresas participantes dos certames, mediante alerta por intermédio do Comprasnet, a partir de modificações no sistema a serem feitas pela (omissis), o que foi sugerido pela unidade técnica ao relator, que acolheu a proposta, a qual foi referendada pelo Plenário. Precedentes citados: Acórdãos nos 1433/2010 e 2143/2007, ambos do Plenário.

(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 70 do Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 1793/2011-Plenário, TC-011.643/2010-2, Rel. Min. Valmir Campelo, 06.07.2011).

“(...) determinação a um município no sentido de que evite a participação de empresas com sócios em comum e/ou com relação de parentesco entre eles em licitações que envolvam recursos federais repassados mediante convênio, acordo, contrato de repasse ou instrumentos congêneres, para evitar a afronta aos princípios insculpidos no art. 3º da Lei nº 8.666/1993, em especial os da competitividade, da isonomia, da impessoalidade, da moralidade e da probidade administrativa.”

(Tribunal de Contas da União, item 9.10, TC-021.929/2010-6, Acórdão nº 2.809/2012-Plenário).

Em 2013, no Acórdão 526/2013-Plenário, o Tribunal de Contas da União enfrentou a questão um pouco diferente, recordando o Acórdão n. 297/2009 – Plenário, porque deliberou que não existe qualquer impedimento pela legislação vigente que obstaculize ou determine o afastamento de licitantes com sócios em comum para competir num mesmo certame. Contudo, analisando o caso à baila, verifica-se que a Corte de Contas compreendeu que este raciocínio não prevalece para casos de convite, dispensa de licitação, de relação entre os licitantes e o autor do projeto executivo e se for para contratar uma empresa para fiscalizar serviço prestado pela outra.

A participação simultânea de empresas com sócios comuns em licitação não afronta a legislação vigente e somente merece ser considerada irregular quando puder alijar do certame outros potenciais participantes, como nos casos de: a) convite; b) contratação por dispensa de licitação; c) existência de relação entre as licitantes e a empresa responsável pela elaboração do projeto executivo; d) contratação de uma das empresas para fiscalizar serviço prestado por outra (...). O relator anotou, a esse respeito, que “nem os regulamentos próprios das entidades nem a Lei n. 8.666/1993 vedam essa situação”. E mais: “A interpretação teleológica da legislação, especialmente a do princípio da igualdade de condições a todos os interessados, conduz ao entendimento de que o concurso de licitantes pertencentes a sócios comuns somente é irregular quando puder alijar do certame outros potenciais participantes”. Acrescentou que, de acordo com o precedente revelado pelo Acórdão 297/2009 – Plenário, a participação simultânea de empresas que tenham sócios comuns em um mesmo certame configuraria irregularidade nos casos de: “a) convite; b) contratação por dispensa de licitação; c) existência de relação entre as licitantes e a empresa responsável pela elaboração do projeto executivo; d) contratação de uma das empresas para

fiscalizar serviço prestado por outra". (...) O Tribunal, então, em face de falhas outras identificadas na auditoria decidiu efetuar recomendações e determinações aos (omissis) e (omissis), e deixou de expedir determinação corretiva acerca do quesito acima destacado, tendo em vista a informação de que a referida vedação não mais tem sido inserida em editais dessas entidades. Precedentes mencionados:

(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 143 do Tribunal de Contas da União, Acórdão 526/2013-Plenário, TC 028.129/2012-1, Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, 13.3.2013).

As quatro situações indicadas que inclinam para uma presunção de ilegalidade são apontadas justamente pelo fato de prejudicar a isonomia e a competitividade entre os licitantes.

A relação do autor do projeto executivo ou ainda do autor do projeto básico com o possível executor é causa de impedimento taxada pelo artigo 9º, inciso I, da Lei n. 8.666/1993. Na mesma diretriz, a questão do enlace entre o executor e o possível fiscalizador também é inviável de acontecer sob pena de propiciar ou permitir um possível prejuízo ao interesse público.

Quanto à dispensa de licitação e os casos de convite, aqui merece uma atenção maior. Parece-me que a ideia do julgador não foi de alijar os participantes com sócios ou parentesco em comum em situações de dispensa eletrônica (cotação eletrônica) em função do valor (artigos 24, I e II, da Lei de Licitações), até porque nestes casos o raciocínio é o mesmo de um pregão eletrônico. Isto é, como o sistema é aberto e franqueado a qualquer interessado, bem como transparente (acessível a qualquer cidadão para fiscalização), não faria sentido obstaculizar a participação de licitantes já que não haveria em princípio margem para possível conluio. Não se afirma que é impossível o conluio, até porque os golpistas não costumam ver barreiras para os seus objetivos ilícitos.

Ao que parece, a menção dos Ministros do Tribunal de Contas da União à dispensa de licitação foi para aqueles casos que são implementados por intermédio da pesquisa de mercado arrolada no processo administrativo e demais procedimentos de praxe, porém sem nenhuma sessão pública ou qualquer publicidade para fins de controle durante a sua confecção. Abre-se parêntese para alertar que a publicidade dos procedimentos de contratação direta, mais precisamente do termo de ratificação se faz imprescindível nos termos da Lei (art. 26), porém esta publicização ocorre como até derradeiro da dispensa, até porque o termo de ratificação é um ato de homologação e controle da autoridade superior.

Portanto, no intuito de evitar que “apareçam três ou quatro orçamentos arranjados” de empresas parceiras (com sócios ou parentes em comum) para concretizar uma dispensa, o Tribunal de Contas da União optou, corretamente, por esta frenagem a possíveis arbítrios e desmandos.

Na mesma esteira de raciocínio é a questão dos convites. O convite é uma modalidade de licitação mais célere, no entanto de publicidade e formalismo mais fracos, pois não há a necessidade legal de publicação da carta-convite e o prazo de publicidade mais exíguo. Dessa feita, como é factível, infelizmente ainda na realidade brasileira, desenvolver um convite em algum órgão ou entidade pública a partir da presença de “um” licitante que traga “três propostas” (“aquele que arranja mais duas propostas para acontecer o convite”), o Tribunal optou por impedir e considerar ilegal os convites com empresas com sócios em comum ou sócios de duas ou mais empresas que sejam parentes.

Sobre a questão dos convites, vide decisão abaixo:

Em licitações sob a modalidade convite é irregular a participação de empresas com sócios em comum

(...). Nesse quadro, foram consideradas lesivas à ordem jurídica a adjudicação e a homologação de certames licitatórios, na modalidade convite, para a prestação de serviços ou para a aquisição de bens por parte do (omissis), com menos de três propostas de preços válidas e independentes entre si. A ausência de independência das propostas, no ponto de vista do relator, seria perceptível, ante a imbricada rede de relacionamentos, inclusive de parentescos familiares, entre representantes legais de empresas participantes de licitações realizadas pelo (omissis), sob a modalidade convite. A esse respeito, o relator consignou em seu voto a ocorrência de, senão má-fé, no mínimo grave omissão e falta de zelo por parte dos gestores responsáveis pelas contratações. Anotou, ainda, com base em decisões anteriores do Tribunal, entendimento no sentido de considerar “irregular a participação de empresas com sócios em comum quando da realização de convites”. Por conseguinte, votou pelo provimento dos recursos de revisão intentados, e, no ponto, pela rejeição das justificativas apresentadas pelos responsáveis envolvidos, levando o fato em consideração para votar, ainda, pela irregularidade das contas correspondentes, sem prejuízo da aplicação de multa, o que foi aprovado pelo Plenário. Precedentes citados: Acórdãos nos 161/1998-Primeira Câmara e 297/2009 e 1.793/2009, ambos do Plenário.

(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 74 do Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 2003/2011-Plenário, TC-008.284/2005-9, Rel. Min. Augusto Nardes, 03.08.2011).

Em outro caso, o Tribunal de Contas da União alertou inclusive em uma licitação municipal com verbas federais:

“Orientação a um município no sentido de que, em licitações na modalidade convite que envolvam recursos federais, abstenha-se de permitir a participação de empresas que tenham sócios em comum ou em que haja relação de parentesco entre eles, por constituir afronta aos princípios insculpidos no art. 3º da Lei nº 8.666/1993, em especial os da competitividade, da isonomia, da impessoalidade, da moralidade e da probidade administrativa”.

(Tribunal de Contas da União, item 9.10, TC-005.037/2009-7, Acórdão nº 1.047/2012-Plenário).

Para complementar, convém ainda enfatizar que independentemente do caso (se é dispensa, convite, pregão, etc.), se a Administração Pública averiguar a existência de empresas concorrentes com sócios em comum ou que possuam parentesco entre si e que tais estão mancomunadas a fim de prejudicar a isonomia, a competitividade e a lisura do certame a partir de algum indício ou prova material, é dever da Administração Pública tomar as devidas providências para afastá-las da disputa, dependendo do caso até anular a licitação e deve também instaurar o devido processo administrativo sancionador visando à aplicação das penalidades administrativas, fora o encaminhamento do processo administrativo sancionador ao Ministério Público para constatação de possível crime.

Por exemplo, se em um pregão presencial ou eletrônico, verifica-se a prática de mergulho ou de parede para o beneficiamento de licitantes mancomunados, não importa se eles possuem sócios ou parentes em comum ou nem possuem qualquer vinculação tão evidenciado no corpo dos seus contratos sociais, é dever da Administração tomar as providências anteriormente descritas para cessar imediatamente o ilícito praticado.

Este é um dever de cautela ínsito à atuação administrativa no dia a dia das licitações. Acerca do tema, o Tribunal de Contas da União já julgou:

Licitação de obra pública: Ainda que não haja vedação legal para a participação em concorrências de empresas com sócios em comum, a fraude à licitação, decorrente da frustração ao caráter competitivo e da quebra do sigilo das propostas, enseja a declaração de inidoneidade das empresas pertencentes a uma mesma pessoa

(...). Ao tratar do assunto, o relator, em seu voto, destacou que, em recente deliberação, o Tribunal ratificou entendimento de que “não há vedação legal para a participação, em concorrências, de empresas com sócios em comum, devendo, entretanto, tal informação ser confrontada com outras no decorrer do processo licitatório”. Na espécie, ainda consoante o relator, “constatou-se que as empresas apresentaram propostas com coincidência de texto, aí incluídos incorreções textuais e valores grafados, sendo também muito próximos os preços por elas oferecidos, nos lotes VI e VIII, em que eram as únicas participantes, o que obviamente deveria ter chamado a atenção dos responsáveis pelo certame, ante

o comprometimento da lisura do certame pela frustração ao caráter competitivo e o princípio do sigilo das propostas”. Além disso, para o relator, “diante da configuração de fraude à licitação, afigura-me pertinente a declaração de inidoneidade das referidas empresas, conforme proposto pela unidade técnica”. Assim, diante dessa e de outras irregularidades, entendeu o relator não merecerem ser acolhidas as razões de justificativa apresentadas pelos responsáveis, razão pela qual votou por que lhes fosse aplicada multa, no que foi acompanhado pelo Plenário, que também anuiu à proposta de declaração de inidoneidade das empresas participantes da fraude. (Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 80 do Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 2528/2011-Plenário, TC-010.428/2009-0, Rel. Min. José Jorge, 21.09.2011).

Portanto, estes são os breves comentários sobre o posicionamento específico do Tribunal de Contas da União quando ficar detectada a presença de licitantes com sócios em comum ou parentesco entre eles. Saudável lembrar que é conduta de cautela das Comissões de Licitação e dos Pregoeiros a conferência de todo o quadro social de todos os licitantes, a fim de constatar possíveis sócios em comum ou vínculo de parentesco entre eles. Com base nestas informações, deverão adotar a postura externada pelo Tribunal de Contas da União antes da abertura dos envelopes e possíveis julgamentos, bem como no caso de outras modalidades deverão utilizar tal informação para aumentar o cuidado e o monitoramento com o fito de evitar comportamentos ilícitos no certame.