

MUNICÍPIO DE RODEIO.

À

Secretaria de Administração e Fazenda.

PARECER JURÍDICO nº 020/2018.

INTERESSADO - PREFEITO MUNICIPAL DE RODEIO.

ASSUNTO: Recursos das empresas **EFETIVA CONSTRUÇÕES EIRELI** e **RCPA EMPREITEIRA LTDA**, contra decisão da Comissão de Licitação que desclassificou, por inexecuibilidade, com base no art. 48, §1º, b) da Lei 8666/93, as propostas vencedoras no Processo Licitatório nº 25/2018 - Modalidade: Concorrência para Obras e Serviços de Engenharia - 01/2018.

Vem ao exame desta Assessoria Jurídica, os recursos interpostos por **RCPA EMPREITEIRA LTDA**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob nº 08.920.909/0001-70, com sede na rua Carlos Moser, nº 350, em Rodeio, Estado de Santa Catarina, e **EFETIVA CONSTRUÇÕES EIRELI**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob nº 25.526.024/0001-00, com sede na Rodovia BR 470, nº 600 - Galpão Fundos, Bairro Diamante, em Rodeio, Estado de Santa Catarina, contra decisão da Comissão de Licitação que desclassificou, por inexecuibilidade, com base no art. 48, §1º, b) da Lei 8666/93, as propostas vencedoras no Processo Licitatório nº 25/2018 - Modalidade: Concorrência para Obras e Serviços de Engenharia - 01/2018, que tinha por objeto a " *CONTRATAÇÃO EM REGIME DE EMPREITADA POR MENOR PREÇO POR LOTE, DE EMPRESAS ESPECIALIZADAS PARA A EXECUÇÃO DE PAVIMENTAÇÃO EM LAJOTAS SEXTAVADAS DAS RUAS SILVIO SCOZ (TRECHO 1 E 2), LUIGI CAMPREGHER, IPIRANGA, JULIO BERRI, 14 DE MARÇO, ABISSINIA, RIO BELO E TIFA PAES, COM FORNECIMENTO DE MATERIAL E MÃO DE OBRA*"

Sustentaram, em apertada síntese, a exequibilidade das propostas, por terem as mesmas atendido ao que dispõe a alínea a do art.48, §1º da Lei 8.666/93.

É em suma o relatório.

Passo à análise da matéria.

Dita o artigo 48 da Lei de Licitações:

“Art. 48. Serão desclassificadas:

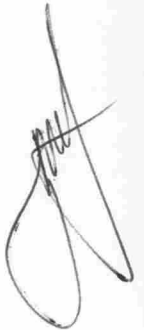
I - as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação;

II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexeqüíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 1º Para os efeitos do disposto no inciso II deste artigo consideram-se manifestamente inexeqüíveis, no caso de licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia, as propostas cujos valores sejam inferiores a 70% (setenta por cento) do menor dos seguintes valores: (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

a) média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela administração, ou (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

b) valor orçado pela administração.



Insta informar, de início, que a licitação destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa para aquele que a realiza (com observância do princípio da isonomia). A vantagem se caracteriza em face da adequação e satisfação ao interesse público por via da execução do contrato. A maior vantagem possível configura-se pela conjugação de dois aspectos complementares: um relaciona-se com a prestação a ser executada por parte do ente que a celebra e o outro, se vincula à prestação a cargo do particular. A maior vantagem se apresenta quando a Administração – bem como os outros entes que por força legal devem promovê-la - assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obrigar a realizar a melhor e mais completa prestação. Configura-se, pois, uma relação custo-benefício, na qual a maior vantagem corresponde à situação de menor custo e maior benefício para a Administração.

A apuração da vantagem depende da natureza do contrato a ser firmado. A definição dos custos e dos benefícios é sempre variável em função das circunstâncias relativas à natureza do contrato e das prestações dele derivadas. Verifica-se, nestes termos, que a vantagem de uma contratação é sempre um conceito relativo, no sentido de que as circunstâncias é que determinam a consistência da maior vantagem possível. Assim, pode-se afirmar que a licitação busca realizar dois fins igualmente relevantes: a seleção da proposta mais vantajosa e o princípio da isonomia. Tanto é verdadeira esta assertiva que o eminente Prof. Marçal Justen Filho¹ assevera que:

“(...) O art. 3.º reporta-se a um conjunto de princípios que norteia a licitação no que tange aos fins e aos meios.

A Lei n.º 8.666 ressaltou essa concepção ao modificar a redação consagrada do Dec.-lei 2.300. O art. 3.º alude tanto ao postulado da melhor proposta como ao princípio da

¹ FILHO, Marçal Justen. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 8.ª ed., São Paulo: Dialética, 2000, p. 59/60.



isonomia, dando a este destaque inexistente na redação da Lei anterior. Essa modificação redacional não alterou a relevância, sempre reconhecida, do princípio da isonomia. Destinou-se, muito mais, a evitar desvios na atuação prática dos envolvidos na licitação. Tornou-se claro que a licitação não se desenvolve apenas no interesse imediato da Administração, mas representa uma garantia aos próprios particulares que possam interessar-se em contratar com ela. Pode notar-se, porém, certa tendência a dar maior destaque à vantajosidade perante a isonomia. Pôde observar-se, durante esses anos de aplicação da Lei n.º 8.666, uma certa distorção do problema. A tutela à isonomia transformou-se em fim em si mesmo, olvidando-se que a maior vantagem para a Administração também se traduz em benefícios para todos os integrantes da comunidade. Dito de outro modo, o interesse privado e egoístico de cada licitante não pode merecer relevo idêntico ao interesse público de obter um contrato vantajoso. A afirmativa é extremamente perigosa, especialmente se isolada do contexto e das ressalvas que se seguem. Não se pretende negar que a isonomia é valor essencial, norteador da licitação. Mas é necessário, assegurando tratamento idêntico e equivalente a todos os licitantes, possibilitar a seleção da proposta mais vantajosa. Não é cabível excluir propostas vantajosas ou potencialmente satisfatórias apenas por apresentarem defeitos irrelevantes ou porque o 'princípio da isonomia' importaria tratamento de extremo rigor. A isonomia não obriga adoção de formalismo irracional. Atende-se ao princípio da isonomia quando se assegura que todos os licitantes poderão ser beneficiados por idêntico tratamento menos severo. Aplicando o princípio da proporcionalidade, poderia cogitar-se até mesmo de correção de defeitos secundários nas propostas dos licitantes.

A vedação à discriminação injustificada não importa proibição de superar defeitos menores, irregularidades irrelevantes e outros problemas encontrados na atividade diária de seleção de propostas.

Tem-se atribuído à Lei n.º 8.666 interpretação distinta, atribuindo enorme proeminência à isonomia – mas a uma isonomia que não conduz à seleção da proposta mais vantajosa. Essa posição terá de ser alterada, para o que poderão concorrer editais elaborados de modo mais adequado e compatível com esse espírito aqui defendido.”

(grifo nosso)

A respeito do princípio da proposta mais vantajosa (economicidade) e do princípio da isonomia, já se manifestou o E. Superior Tribunal de Justiça:

“...2. A licitação pública caracteriza-se como um procedimento administrativo que possui dupla finalidade, sendo a primeira a de escolher a proposta mais vantajosa para a Administração e a segunda, a de estabelecer a igualdade entre os participantes.” (STJ, 1ª Turma, RESP 447814/SP, DJU 10.03.03, p. 112)

Ademais, é importante ressaltar que seria equívoco supor que a isonomia veda diferenciação entre os particulares para contratação com a Administração. Note-se que a Administração necessita contratar terceiros para realizar seus fins e, portanto, deve escolher o contratante e a proposta. E isso, claro, acarreta inafastável diferenciação entre os particulares. Aliás, na mesma obra anteriormente citada, diz o Prof. Marçal acerca do assunto:



“(…) Quando a Administração escolhe alguém para contratar, está efetivando uma diferenciação entre os interessados. Em termos rigorosos, está introduzindo um tratamento diferenciado para os terceiros.

A diferenciação e o tratamento discriminatório são insuprimíveis, sob esse ângulo. Não se admite, porém, a discriminação arbitrária, produto de preferências pessoais e subjetivas do ocupante do cargo público. A licitação consiste em um instrumento jurídico para afastar a arbitrariedade na seleção do contratante.

(…)

A isonomia significa o tratamento uniforme para situações uniformes, distinguindo-se-as na medida em que exista diferença. Essa fórmula acarreta inúmeras consequências.

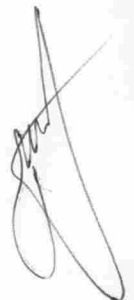
C. A. Bandeira de Mello pôs a nu a enorme gama de desdobramentos do princípio da isonomia. Igualdade não significa invalidade de todo e qualquer tratamento discriminatório. A discriminação entre situações pode ser uma exigência inafastável para atingir-se a igualdade. Nesse caso, o tratamento uniforme é que seria inválido, por ofender à isonomia. Seguindo o raciocínio de C. A. Bandeira de Mello, a discriminação pode ser admitida quando presentes três elementos:

a) a existência de diferenças nas próprias situações de fato que serão reguladas pelo direito;

b) correspondência (adequação) entre tratamento discriminatório e as diferenças existentes entre as situações de fato;

c) correspondência (adequação) entre os fins visados pelo tratamento discriminatório e os valores jurídicos consagrados pelo ordenamento jurídico.

(…)



Como afirmam Lucia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz, ‘a desigualdade não é repelida, o que se repele é a desigualdade injustificada’.” (grifo nosso)

Também no procedimento licitatório, desenvolve-se o que se denomina de atividade vinculada. Isso significa ausência de liberdade (como regra) para a autoridade administrativa. A lei define as condições da atuação dos agentes administrativos, estabelecendo a ordenação (sequência) dos atos a serem praticados e impondo condições excludentes de escolhas pessoais ou subjetivas. E mais: ressalva a liberdade à Administração – e outros entes - de definir as condições da contratação que pretende realizar.

No que se refere à inexequibilidade, entretanto, entende-se que a compreensão deve ser sempre no sentido de que a busca é pela satisfação do interesse público em condições que, além de vantajosas para a administração, contemplem preços que possam ser suportados pelo contratado sem o comprometimento da regular prestação contratada. Não é objetivo do Estado espoliar o particular. Por outro lado, cabe ao próprio particular a decisão acerca do preço mínimo que ele pode suportar.

Aliás, sobre inexequibilidade de preço proposto, decidiu o TCU, no Acórdão n.º 697/2006, remetendo-se à já citada obra do Prof. Marçal Justen Filho, o seguinte:

“(…) O que não se concebe é que, a pretexto de realizar o benefício para o Estado, comprometa-se a satisfação do interesse público. Não se admite que o particular formule previsões equivocadas e, pensando realizar proposta onerosa, assumam encargos incompatíveis com suas condições econômico-financeiras.

Portanto, a questão da proposta inexequível apenas adquire relevância jurídica quando colocar em risco o interesse



público. Vale dizer, se uma proposta de valor irrisório for plenamente executável por um particular, não estará em jogo o interesse público. A proposta não deverá ser excluída do certame.

(...)

Os dois parágrafos do art. 48 adotaram a presunção de que o meio mais eficiente para apurar a irrisoriedade é recorrer ao valor das próprias propostas apresentadas na licitação. Em vez de recorrer a parâmetros externos à licitação, recorre-se ao próprio âmbito do certame. Adota-se procedimento referível a postulados da Estatística, supondo-se que os desvios padrões apurados entre as propostas podem indicar anomalias e autorizam ilações acerca da inviabilidade da execução da proposta.

(...)

Não se afigura defensável, porém, transformar em absoluta a presunção do parágrafo 1.º. Se o particular puder comprovar que sua proposta é exequível, não se lhe poderá interditar o exercício do direito de apresentá-la. É inviável proibir o Estado de realizar contratação vantajosa. A questão é de fato, não de direito. Incumbe o ônus da prova da exequibilidade ao particular. Essa comprovação poderá fazer-se em face da própria Administração, pleiteando-se a realização de diligência para tanto.

Subordinar o direito do licitante à prévia impugnação ao orçamento apresentado é violar o princípio da isonomia. Todos os demais licitantes estariam advertidos de que um outro concorrente irá formular proposta de valor mais reduzido. Estaria comprometida a igualdade dos participantes. Por outro lado, seria um despropósito imaginar que a omissão ou silêncio dos licitantes tornaria válido orçamento excessivo ou desvinculado da realidade



econômica. Por tais motivos, reputa-se cabível que o particular, ainda que não impugne o valor orçado, defenda a validade de proposta de valor reduzido, mas exequível.

(...)

Por outro lado, as regras dos parágrafos 1.º e 2.º (do art. 48, inciso II) podem ser incluídas em editais cujo objeto não seja obras e serviços de engenharia. Tal conclusão decorre do reconhecimento da natureza da disposição. Como se trata de mera presunção relativa, pode aplicar-se a todos os setores ou objetos. (...).”

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela relatividade do conceito de exequibilidade do preço apresentado, conforme comprova o aresto que passamos a colacionar:

“RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PROPOSTA INEXEQUÍVEL. ART. 48, I E II, § 1º, DA LEI 8.666/93. PRESUNÇÃO RELATIVA. POSSIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO PELO LICITANTE DA EXEQUIBILIDADE DA PROPOSTA. RECURSO DESPROVIDO.

1. A questão controvertida consiste em saber se o não atendimento dos critérios objetivos previstos no art. 48, I e II, § 1º, a e b, da Lei 8.666/93 para fins de análise do caráter exequível/inexequível da proposta apresentada em procedimento licitatório gera presunção absoluta ou relativa de inexequibilidade.
2. A licitação visa a selecionar a proposta mais vantajosa à Administração Pública, de maneira que a inexequibilidade prevista no mencionado art. 48 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos não pode ser avaliada de forma absoluta e rígida. Ao contrário, deve ser examinada em cada caso, averiguando-se se a proposta apresentada, embora enquadrada em alguma das hipóteses de inexequibilidade, pode ser, concretamente,

executada pelo proponente. Destarte, a presunção de inexecutabilidade deve ser considerada relativa, podendo ser afastada, por meio da demonstração, pelo licitante que apresenta a proposta, de que esta é de valor reduzido, mas exequível.

3. Nesse contexto, a proposta inferior a 70% do valor orçado pela Administração Pública (art. 48, § 1º, b, da Lei 8.666/93) pode ser considerada exequível, se houver comprovação de que o proponente pode realizar o objeto da licitação. Nas palavras de Marçal Justen Filho, "como é vedado licitação de preço-base, não pode admitir-se que 70% do preço orçado seja o limite absoluto de validade das propostas. Tem de reputar-se, também por isso, que o licitante cuja proposta for inferior ao limite do § 1º disporá da faculdade de provar à Administração que dispõe de condições materiais para executar sua proposta. Haverá uma inversão do ônus da prova, no sentido de que se presume inexecutável a proposta de valor inferior, cabendo ao licitante o encargo de provar o oposto" (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 12ª ed., São Paulo: Dialética, 2008, p. 610).

4. Na hipótese dos autos, conforme se pode constatar na r. sentença e no v. acórdão recorrido, houve demonstração por parte da empresa classificada em primeiro lugar (LEÃO & LEÃO LTDA) e por parte do MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO de que a proposta apresentada por aquela era viável e exequível, embora em valor inferior ao orçado pela Administração. Conforme informações apresentadas pelo ora recorrido, a vencedora do certame "demonstrou que seu preço não é deficitário (o preço ofertado cobre o seu custo), tendo inclusive comprovado uma margem de lucratividade". Além disso, a empresa vencedora vem prestando devidamente o serviço contratado, o que demonstra a viabilidade da proposta por ela apresentada durante o procedimento licitatório (fls. 92/109, 170/172, 195/200 e 257/261). Assim, considerando que as instâncias ordinárias, com base na



interpretação do contexto fático-probatório dos autos, entenderam que houve a devida comprovação da viabilidade da proposta apresentada pela empresa classificada em primeiro lugar, não há como elidir a referida conclusão, sob pena de incorrer-se no óbice da Súmula 7/STJ.

5. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RMS 11.044/RJ, de relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros (1ª Turma, DJ de 4.6.2001), consagrou entendimento no sentido de que, "se a licitante vitoriosa cumpriu integralmente o contrato objeto de licitação, afasta-se logicamente a imputação de que sua proposta era inexecutável".

6. Recurso especial desprovido.

(REsp 965.839/SP, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 02/02/2010)

Segundo o TCU, mediante a Súmula nº 262/2010:

*"O critério definido no art. 48, inciso II, § 1º, alíneas "a" e "b", da Lei nº 8.666/93 conduz a uma **presunção relativa de inexecutabilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a executabilidade da sua proposta.**"(grifamos)*

No caso dos autos, ambas as empresas recorrentes tiveram suas propostas consideradas inexecutáveis em função de não preencherem os requisitos do art. 48, §1º, "b" da Lei de Licitações.

Contudo, ambas as propostas atendem ao piso fixado pela alínea "a" do mesmo dispositivo.

Desta forma, mesmo diante da presunção de relatividade, considerando que nenhuma das empresas recorrentes apresentou

documentação comprobatória da exequibilidade dos preços, mas apenas voltou-se solicitando a reforma da decisão hostilizada com fulcro no art.48 da Lei de Licitações, tenho que, mesmo assim, a decisão merece reforma.

Todavia, não obstante mereça reforma, isto não significa que a conclusão alcançada pela Comissão de Licitações deva ser diferente, especialmente no que se refere a licitante **EFETIVA CONSTRUÇÕES EIRELI**.

Explico.

EFETIVA CONSTRUÇÕES EIRELI, participa do presente processo licitatório sustentando que sua sede é na **Rodovia BR 470, nº 600 – Galpão Fundos, Bairro Diamante, em Rodeio**, e com base em tal circunstância apresentou todos os documentos que instruíram sua participação no presente certame, inclusive o recurso em tela.

Durante o processo licitatório apresentou inclusive declaração (anexo VIII do Edital) no sentido de que *“inexiste qualquer fato impeditivo à sua participação na licitação citada, que não foi declarada suspensa nem inidônea para contratar com o Poder Público de qualquer esfera e, que se compromete a comunicar a ocorrência de qualquer fato que venha a alterar essa situação”*.

Apresentou cópia de cartão CNPJ, assim como contrato social e todos os demais documentos reportando-se a sua sede como no endereço já citado.

A recorrida ainda apresentou declaração de que *“disporá, por ocasião da futura contratação, das instalações, aparelhamento e pessoal técnico considerados essenciais para a execução contratual, garantindo ainda que não haverá qualquer tipo de paralisação dos serviços por falta destes”* (item 5.3.15 do Edital).



Ocorre que, na tentativa de intimar a licitante referida, membros da Comissão de Licitações diligenciaram até o suposto endereço da recorrente e constataram que além de não existir empresa alguma no local, o imóvel JAMAIS foi sede da pessoa jurídica.

É de bom alvitre que se diga que a presente licitação veda a subcontratação, conforme se verifica da minuta de contrato que prevê expressamente o seguinte:

“4.1.27 Não transferir a terceiros, por qualquer forma, nem mesmo parcialmente, as obrigações assumidas, nem subcontratar qualquer das prestações a que está obrigada, exceto nas condições autorizadas no Projeto Básico ou neste contrato.”

Não se pode fechar os olhos para a realidade e, deparando-se com casos como o que se afigura em tela, quedar-se diante dos notáveis indícios de irregularidade e patente fraude ao processo licitatório praticados pela licitante **EFETIVA CONSTRUÇÕES EIRELI**, que, conforme já se disse, não possui sede e jamais esteve instalada no local onde aponta que seria sua administração.

Também é digno de registro que este município firmou com a empresa citada o contrato administrativo nº 25-2018 o qual encontra-se pendente de execução estando as obras paralisadas nas duas obras objeto do referido contrato, sendo a pavimentação das Ruas Roberto Tambosi e Gracioso Conzzatti. Advirto que o contrato até então firmado com a empresa licitante (não concluído) tem seu pagamento atrelado a liberação de verbas através de convênio, circunstância que constou prevista inclusive em todos os instrumentos convocatórios, sendo que já há irresignação da ora recorrente no sentido de pleitear pagamentos (antecipadamente) sem a conclusão

das obras, demonstrando a fragilidade de sua situação econômico financeira, até mesmo porque sequer se tratam de obras de grande vulto. Outrossim, ligadas que estão as obras a liberação dos recursos, os pagamentos certamente ocorreriam somente com a finalização do empreendimento mediante a previa comprovação da execução das obras e anterior fiscalização pelos técnicos do órgão gestor dos recursos a serem liberados.

Destaque-se também que a Efetiva apresentou, em sua documentação de habilitação, Atestado Técnico Parcial, emitido pelo Município de Araquari, para comprovação de sua capacidade técnica, de execução parcial de pavimentação da Rua Síria, no Município de Araquari, esta assessoria manteve contato com aquela Administração, e foi confirmado que as obras haviam paralisado, exigindo que a Efetiva fosse notificada para dar andamento na execução das mesmas, o que reforça a incapacidade financeira da empresa em executar as obras do presente certame.

No mesmo sentido, é importante ainda registrar o despacho, da Juíza Federal da Vara do Trabalho de Timbó, nos autos do processo RTOrd 0000303-38.2016.5.12.0052, que assim se pronunciou:

“Por cautela, nada obstante a ausência de citação da ré ora incluída, declaro a indisponibilidade de créditos presentes e futuros da empresa EFETIVA CONSTRUÇÕES EIRELI - ME e do Sr. LUIZ CARLOS FERREIRA junto ao Município de Rodeio/SC, ficando referido Município intimado para que se abstenha de efetuar qualquer pagamento aos referidos executados, devendo depositá-los em conta judicial vinculada a estes autos, caso existentes.”

Importante anotar que a pessoa jurídica referida (que não possui sede) também não é a demandada originária em tais autos,



conforme pode-se verificar de consulta efetivada junto ao sítio eletrônico do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região.

Não obstante todos os argumentos acima dispendidos é importante frisar o dever de probidade e boa fé com que devem comportar-se as partes no processo administrativo licitatório.

O Código Civil em seu art. 422 dispõe que os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Ao estabelecer o princípio da boa-fé nas relações contratuais, a lei está implementando uma concepção que a doutrina passou a denominar de objetiva, porque a sua finalidade é impor aos contratantes uma conduta de acordo com os ideais de honestidade e lealdade, independentemente do subjetivismo do agente; em outras palavras, as partes contratuais devem agir conforme um modelo de conduta social, sempre respeitando a confiança e o interesse do outro contratante.

A antítese dessa espécie, não é a intenção de prejudicar, como na boa-fé subjetiva, mas a exteriorização de um comportamento improbo, egoísta ou reprovável, verificado sob a ótica da vida em harmonia dentro da comunidade. Consiste em ato violador de um dever anexo ao contrato.

A boa-fé objetiva é concebida como uma regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração de que todos os membros da sociedade são juridicamente tutelados, antes mesmo de serem partes nos contratos. O contraente é pessoa e como tal deve ser respeitado.

Esse comportamento pode ter como paradigma o amor ao próximo pregado pelo Cristianismo. Sem dúvida, não há melhor parâmetro para se verificar a retidão de um comportamento.

No caso em tela, esta mais do que efetivamente comprovada a má fé, tratando-se na realidade a licitante de

empresa de fachada, não possuindo sequer sede ou local onde se podem ser localizados seus sócios administradores.

Neste compasso é também interessante notar que em nenhum documento existe indicação precisa do real paradeiro (localização) do sócio administrador da pessoa jurídica licitante, que simplesmente informa que reside em Blumenau.

Registre-se ainda, que a prática é a mesma adotada pela PETRY EMPREITEIRA DE MÃO DE OBRA E EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA ME, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 19.425.025/0001-65, a qual jamais teve a sede encontrada pelo Município de Rodeio, pela Justiça do Trabalho, e também pela Justiça de Santa Catarina, onde tramitam diversos processos contra a mesma, sendo que nunca foi encontrada sua sede, e tão pouco o sócio administrador, Sr. Luiz Carlos Ferreira, inscrito no CPF sob o n.º 007.047.999-28.

Há que se ressaltar também, como já relatado anteriormente, que a Efetiva estava executando a pavimentação da Rua Síria, no Município de Araquari, e, em virtude da paralisação das obras, foi necessário notificar a Efetiva para dar andamento na execução das mesmas, porém, enviadas as notificações pelos Correios, retornaram estas com registro de "*Mudou-se*", conforme comprovam os ARs em anexo.

Todo este contexto de evidências corrobora para a conclusão de que a licitante recorrente, cuja razão social é EFETIVA, efetivamente é laranja, e com a roupagem apresentada, tem concorrido em processos licitatórios como o presente, em manifesta violação aos postulados acima transcritos, dentre os quais o da isonomia, visto que, por se tratar de empresa de fachada, não seria difícil manter a regularidade fiscal e outras com

base em elementos forjados, como por exemplo sua própria sede social.

O ato ilegal, patrocinado pela recorrente, e a nítida violação aos princípios da probidade, lealdade e boa fé, demonstram que a Administração vem sendo vítima de fraude a seus procedimentos licitatórios, e impõe uma postura enérgica de seu administrador e dos demais órgãos de controle e defesa do Poder Público.

Consoante a definição de Flávio Alves Martins (2000, p. 73):

"A boa-fé, no sentido objetivo, é um dever das partes, dentro de uma relação jurídica, se comportar tomando por fundamento a confiança que deve existir, de maneira correta e leal; mais especificamente, caracteriza-se como retidão e honradez, dos sujeitos de direito que participam de um relação jurídica, pressupondo o fiel cumprimento do estabelecido". (MARTINS, Flávio Alves. Boa-fé e sua formalização no direito das obrigações Brasileiro. 2. ed. Lumen Júris, 2000.)

E completa Negrão (2005, p. 85), que, *"num primeiro passo, se refere à interpretação objetiva de qual comportamento seria o correto sem se avaliar a vontade das partes"*. (NEGRÃO, Theotonio e GOUVÊA, José Roberto Ferreira. Código Civil e legislação civil em vigor. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.)

A boa fé é um Princípio Geral de Direito, e, como todos os princípios, deve ter sua aplicação analisada diante de um caso concreto.

Do Direito Espanhol, na voz de Delia Matilde Ferreira, transcrevemos o seguinte excerto:

"o Princípio Geral da Boa-fé – como os demais princípios, cada um no seu âmbito - informa por força própria o ordenamento, impondo-lhe um caráter, e infundindo-lhe a fertilizante seiva dos

princípios éticos, dos valores sociais, dotando-o, assim, da necessária flexibilidade, para manter sempre viva sua força e permitir a permanente adaptação das normas às circunstâncias.”

(La buena fe, el principio general em el derecho civil. Madrid: Monte Carlo, 1984, p. 292-293).

Ao se estudar o princípio da boa-fé, interessante colacionar o registro feito por Dilvanir José da Mota, doutor em Direito Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais, e especialista na matéria, ao asseverar que:

“a boa-fé constitui uma das mais destacadas cláusulas gerais ou aberturas com que o direito moderno supera o sistema hermético dos códigos tradicionais, com previsões casuísticas. Obriga as partes a agir com lealdade na contratação e na execução das obrigações recíprocas. Não podendo cooperar, não devem dificultar a realização das mesmas. Além disso, orienta o intérprete diante das omissões das leis e das convenções, integrando-as. Proibição e boa-fé na conclusão e na execução do contrato são as novas regras dos contratos, positivadas no artigo 422 do novo código. O agir com surpresa, abuso de confiança, mudança de comportamento usual são exemplos de condutas maliciosas”

(Segundo RT nº 796/40-65, In Inovações Principais do Novo Código Civil).

A boa fé contratual está abrangida em tudo e por tudo pela boa-fé objetiva, adotada pelo Diploma Substantivo Civil Pátrio encontrando seu fundamento constitucional no artigo 37 da Constituição da República que consigna expressamente o princípio da moralidade.

Ela traduz-se no dever de cada parte agir de forma a não lesar a confiança da outra.

Como bem leciona a doutrina, impõe-se em primeiro lugar ao devedor:

“...tal dever em primeiro lugar dirige-se ao devedor, com o mandado de cumprir a sua obrigação, atendo-se não só à letra, mas também ao espírito da relação obrigacional correspondente e na forma que o credor possa razoavelmente esperar dele.”

(LARENZ, Karl. Derecho de obligaciones. Madri: Revista de Derecho Privado, 1958. P. 148)

O contexto probatório dos autos dá conta da nítida violação ao princípio da boa fé, da probidade e da moralidade ante a maliciosa participação em certame licitatório de empresa que sequer existe no mundo fenomênico, não possuindo uma sede e tendo seus documentos todos forjados, consignando que o local de sua administração é de fato um endereço que jamais ocupou.

O Desembargador Luiz Roldão de Freitas Gomes ajuda-nos a compreender o instituto da boa fé ao grafar:

“O princípio da boa-fé significa que todos devem guardar “fidelidade” à palavra dada e não frustrar ou abusar daquela confiança que constitui a base imprescindível das relações humanas”, sendo, pois, mister que procedam tal como deve esperar-se que o faça qualquer pessoa que participe honesta e corretamente ao tráfico jurídico, no quadro de uma vinculação jurídica especial.”

(Curso de Direito Civil – contratos – 2000 – 1ª ed. Editora renovar – pág. 49).



A situação aqui espreitada é conhecida em nossos Pretórios que tem rechaçado e penalizado condutas como as que se verifica em tela, conforme comprovam os arestos que passamos a colacionar:

"IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PROCESSUAL CIVIL. FRAUDE. PROCESSO DE LICITAÇÃO. CRIAÇÃO DE EMPRESAS-FANTASMAS. INDISPONIBILIDADE DE BENS. POSSIBILIDADE. SENTENÇA. FUNDAMENTAÇÃO. PER RELATIONEM. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, ART. 535, II, DO CPC.

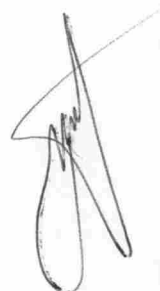
1. Trata o presente recurso de investigação da Polícia Federal que apurou a atuação de uma grande quadrilha no Município de Vitória do Xingu/PA, liderada pelo prefeito da cidade, que constituía empresas de "fachada" para ganharem procedimentos licitatórios fraudulentos.

2. Não se configura a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal a quo julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada.

3. É firme o entendimento no STJ, de que a decretação de indisponibilidade dos bens não se condiciona à comprovação de dilapidação efetiva ou iminente de patrimônio, porquanto visa, justamente, a evitar dilapidação patrimonial. Ademais, tal medida consiste em "tutela de evidência, uma vez que o periculum in mora não é oriundo da intenção do agente dilapidar seu patrimônio e, sim, da gravidade dos fatos e do montante do prejuízo causado ao erário, o que atinge toda a coletividade".

4. Com o julgamento do REsp 1.366.721/BA, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, DJe 19/9/2014, sob o rito dos Recursos Repetitivos, art.

543-C do CPC, não existe mais dúvida quanto à controvérsia colocada nos autos.



5. A sentença traz fundamento suficiente para justificar as conclusões alcançadas em relação à indisponibilidade de bens do acusado, pois, de acordo com precedentes do STJ, a fundamentação per relationem não importa em nulidade do acórdão, não havendo falar em omissão ou obscuridade do julgado no caso. Precedentes: HC 310.794/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 25/5/2016, e HC 332.155/SP, Rel. Ministro Reinaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 10/5/2016.

6. Recurso Especial provido.

(REsp 1587576/PA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 08/11/2016)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. ELEMENTO SUBJETIVO. SANÇÕES. RAZOABILIDADE. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO COMPROVAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS.

1. Trata-se, na origem, de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina contra os ora agravantes e outros, em razão de irregularidades praticadas em duas licitações ocorridas no Município de Garuva-SC. Narra-se que os réus se mancomunaram para favorecer a empresa contratada e desviar dinheiro público, visto que os serviços licitados (revisão e levantamento das DIEFs, análise econômica das empresas existentes no município e levantamento do patrimônio, lançando-o em software) nunca foram realizados, resultando em prejuízo ao Erário municipal de aproximadamente R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

2. A sentença julgou o pedido parcialmente procedente e condenou os ora agravantes pelo cometimento de ato de improbidade administrativa e, solidariamente, ao ressarcimento integral do dano, no valor de R\$ 106.000,00 (cento e seis mil reais), acrescido de juros e correção monetária; decretou a suspensão dos direitos políticos dos réus pelo prazo de 05 (cinco) anos; condenou os réus individualmente ao pagamento de multa civil, em favor do Município de Garuva, no valor de R\$ 212.000,00 (duzentos e doze mil reais), a ser corrigido monetariamente; e determinou a proibição dos réus de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos.

3. O Tribunal de origem manteve a sentença integralmente em relação aos ora agravantes. O acórdão recorrido aponta o elemento subjetivo, o dano, a conduta de cada agente, a individualização e a graduação as sanções aplicadas à luz dos princípios da proporcionalidade razoabilidade. Transcrevo excertos do aresto a quo: "1.5 Em relação à gradação das sanções impostas e aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, razão assiste aos recorrentes.

(...) Tenho sistematicamente defendido que o pequeno valor do alcance obtido ilicitamente pelo agente público, por si só, não é impeditivo da imposição de todas as penalidades, em especial a perda da função pública, dos direitos políticos e a proibição de contratar com a Administração. O administrador público e servidores não podem se dar ao luxo de impunemente praticar pequenos desvios.(...) Não obstante, também nessa situação, ao contrário do sustentado na citação acima, entendo que o elemento subjetivo com que se houve o agente infrator, aliado ao sentido da expressão 'enriquecimento ilícito', em respeito ao princípio da proporcionalidade, deverá ser levado em conta no

momento da aplicação das sanções. Não seria razoável, v.g., aplicar a pena de perda da função pública e dos direitos políticos ao agente que tirou fotocópias de documentos particulares em equipamento pertencente à Administração, ou do motorista que, para economizar a passagem de ônibus, sem autorização, leva o carro oficial para sua residência. De outro vértice, recomendaria a cumulatividade de todas as sanções o ato daquele que imprimisse ou tirasse cópias de material de propaganda política ou de empresa particular às custas do Poder Público, ou daquele que acintosamente se valesse dos veículos oficiais para a prática de comércio ou transporte de pessoas com fins eleitoreiros.(...) 3.1 Do Agravo retido interposto por Rumo Assessoria e oslri Técnica e Financeira Ltda., Euclides da Rosa e Mariane Brunke Rosa às fls. 1771-1786. (...) 3.1.2 Da ilegitimidade passiva, porquanto cabia à Administração escolher os participantes na modalidade convite. (...) Conforme afirmado em reiteradas oportunidades neste voto, apesar de a Administração ser a responsável pelo cadastro e envio dos convites aos interessados no certame licitatório, as três empresas participantes e, conseqüentemente seus sócios proprietários, tiveram ampla e decisiva participação na prática dos atos lesivos descritos nos presentes autos. Além da identidade dos sócios, as empresas que concorreram com a vencedora existiam apenas formalmente, com o único propósito de participar das licitações. Evidente, portanto, a prática de atos de improbidade pelos ora recorrentes, o que legitima a presença no pólo passivo da demanda. (...) 3.1.3. Da falta de interesse de agir ante a dispensabilidade da licitação bem como ausência de lesividade ao erário público. (...) A discussão acerca da necessidade ou não de licitação é alheia aos presentes autos. Uma vez encetado o procedimento, as regras a ele inerente devem ser observadas, sob pena de cometimento de ilegalidade, como ocorreu no caso em apreço.



Ademais, ad argumentandum tantum, convém ressaltar e ainda que se tratasse de hipótese de dispensa de licitação, a ilegalidade permaneceria, pois os objetos licitados sequer foram prestados, conforme já analisado no presente voto. Da mesma forma, imerece prosperar a alegação referente à ausência de interesse de agir decorrente da falta de lesividade ao erário. Ora, comprovado o pagamento pelos serviços licitados, bem como a ausência de contraprestação, não há como deixar de reconhecer a evidente e inequívoca lesividade ao patrimônio público municipal que pagou por um serviço que não foi realizado.(...) 3.2 Da preliminar de nulidade da sentença em razão da ausência de individualização de condutas e sanções. (...) O Magistrado a quo, ao proferir a decisão de fls.

1996-2020, apesar de não haver separado em tópicos quanto aos autores dos atos ímprobos, analisou separadamente a conduta e a reprimenda de cada um, o que é corroborado pelo fato de o valor da multa ser diferente, bem como a modalidade de responsabilização, que atendeu à intenção do agente (dolosa ou culposa). Quanto ao fato de se referir em algumas oportunidades a Carlos Henrique Lima e Euclides Rosa no mesmo sentido, com atos e propósito semelhantes, certamente se deve ao fato de ambos serem sócios das empresas 'fantasmas', bem como a ausência de prestação dos serviços contratados e pagos. Em suma, os atos praticados por ambos são semelhantes, bem como a intenção, o que justifica a menção em conjunto, bem como a pena não ser diversa. 3.3 Da ilegitimidade passiva de Carlos Henrique Lima e da empresa Rumo Assessoria e Consultoria Técnica e Financeira Ltda. (...) Assim, a responsabilização por atos de improbidade independe da condição servidor público. Assim, diante da prática dos atos narrados na Lei n. 8.429/1992 e do benefício auferido pelos recorrentes, não é somente possível, como sim recomendável a aplicação da Lei de Improbidade

Administrativa, motivo pelo qual, afasta-se a prefacial aventada.

3.4 No mérito, melhor sorte não socorre aos apelantes.

Carlos Henrique Lima é sócio da empresa RC Administração Técnica Financeira Ltda., juntamente com sua esposa Rosana Cemin, esta que figura como sócia da empresa vencedora das licitações, Kidi Assessoria e Consultoria Técnica e Financeira Ltda., atualmente denominada Rumo Assessoria e Consultoria Técnica e Financeira Ltda., ao lado de Euclides Rosa. (...) Assim, evidente a participação de Carlos Henrique Lima nos fatos noticiados na petição inicial, porquanto é sócio de uma das empresas "fantasmas", constituídas com a única finalidade de participar de licitações, acrescido ao fato de ter emprestado o nome de sua esposa/companheira Rosana Cemin para constituir sociedade com Euclides Rosa, seu colega de trabalho na Associação dos Municípios do Nordeste de Santa Catarina - Amunesc para formar a empresa kidi Assessoria e Consultoria Técnica Ltda., que sagrou-se vencedora nas licitações encetadas no Município de Garuva, cujas ilegalidades são objeto do presente feito. É inegável a vantagem daquele que concorre com outras duas empresas das quais também figura como sócio, porquanto o sucesso será certo, o que retira o caráter de competitividade do certame. A alegação referente à efetiva prestação dos serviços licitados foi analisada nos itens anteriores, bem como a ausência de individualização das reprimendas.

As demais alegações, constantes no apelo interposto por Rumo Assessoria e Consultoria Técnica e Financeira Ltda. e Euclides Rosa, a exemplo de dispensabilidade de licitação, falta de previsão legal para responsabilização frente a Lei n. 8.429/92, efetiva prestação dos serviços, inexistência de lesão cofres públicos, aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade na gradação das sanções já foram abordadas no voto".





4. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.
5. O acórdão recorrido aponta o elemento subjetivo, o dano, a conduta de cada agente, e individualiza as sanções a serem aplicadas. Assim, a revisão dessas questões depende de reexame de matéria fática, vedada pela Súmula 7/STJ.
6. A jurisprudência do STJ é uníssona no sentido de que a revisão da dosimetria das sanções aplicadas em ações de improbidade administrativa implica reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que esbarra na Súmula 7/STJ, salvo em hipóteses excepcionais, nas quais, da leitura do acórdão recorrido, exsurge a desproporcionalidade entre o ato praticado e as sanções aplicadas, o que não é o caso vertente.
7. A fraude à licitação tem como consequência o chamado dano in re ipsa, reconhecido em julgados que bem se amoldam à espécie. Precedentes: REsp 1.280.321/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 9.3.2012; REsp 1.190.189, Relator Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 10.9.2010; STF, RE 160.381/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, DJ 12.8.1994.
8. A divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo ao recorrente demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente. O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RI/STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial com base no art. 105, III, alínea "c", da Constituição Federal.

9. Agravo Regimental não provido.

(AgRg nos EDcl no AREsp 419.769/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 25/10/2016)

E ainda:

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PROCESSUAL CIVIL. FRAUDE. PROCESSO DE LICITAÇÃO. CRIAÇÃO DE EMPRESAS-FANTASMAS. INDISPONIBILIDADE DE BENS. POSSIBILIDADE.

1. Trata-se na origem, de Ação Cautelar incidental de indisponibilidade de bens ajuizada pelo Ministério Público Federal em Ação de Improbidade Administrativa **decorrente das chamadas operações "Licitação e Fachada", com objetivo de desarticulação de quadrilha voltada à fraude em licitações no Estado da Paraíba, mediante a criação de "empresas-fantasmas" em nome de interpostas pessoas ("laranjas") para participação em certames licitatórios.**

2. É firme o entendimento no STJ de que a decretação de indisponibilidade dos bens não se condiciona à comprovação de dilapidação efetiva ou iminente de patrimônio, porquanto visa, justamente, a evitar dilapidação patrimonial. Ademais, tal medida consiste em "tutela de evidência, uma vez que o periculum in mora não é oriundo da intenção do agente dilapidar seu patrimônio e, sim, da gravidade dos fatos e do montante do prejuízo causado ao erário, o que atinge toda a coletividade".

3. Com o julgamento do REsp 1.366.721/BA, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, DJe 19/9/2014, sob o rito dos Recursos Repetitivos, art.543-C do CPC, não existe mais dúvida quanto à controvérsia colocada nos autos.





4. Recurso Especial provido.

(REsp 1584112/PB, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 07/10/2016)

De mais a mais, a apuração de tais fatos pelos membros da Comissão de Licitações, e o aproveitamento de circunstâncias que são notórias, no seio deste órgão de assessoria jurídica municipal, encontram-se dentro do exercício do Poder de Auto Tutela da Administração assim como no regular exercício do que dispõe o item 5.3.18 do Edital que assim prevê:

“5.3.18 A Comissão Permanente de Licitação, a seu critério, poderá diligenciar junto às licitantes, objetivando a comprovação da fidedignidade da documentação apresentada.”

No mesmo sentido o § 3º do artigo 43 da Lei 8.666/93 assim dispõe:

“§ 3º. É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.”

PARECER

Ante o exposto é o parecer:

- 1) Pelo provimento do recurso interposto pela licitante RCPA EMPREITEIRA LTDA, com a reforma da decisão guerreada, para os fins de considerar classificada a

- proposta da mesma e promover as readequações na ordem de classificação do certame;
- 2) Pelo não provimento do recurso interposto pela licitante EFETIVA CONSTRUÇÕES EIRELI, devendo manter-se a decisão que a desclassificou do certame licitatório, contudo, com base nos fundamentos acima narrados;
 - 3) Considerando a existência de indícios de ilícito criminal, pela remessa de cópia de todo o presente processo licitatório, do presente parecer e de todos os documentos que o instruem e que são mencionados em seu bojo ao Ministério Público da Comarca de Acurra para que tome as medidas que entender pertinentes ao caso;
 - 4) Considerando a constatação de fraude a processo licitatório bem como a verificação da proliferação de casos envolvendo a mesma licitante, para que se encaminhe cópia do presente parecer ao órgão de Controle Interno do município, bem como aos servidores responsáveis pelo acompanhamento da execução dos contratos firmados com a empresa EFETIVA CONSTRUÇÕES EIRELI e ao Excelentíssimo Senhor Prefeito de Rodeio, para promovam a abertura do regular processo administrativo, oportunizando o exercício do contraditório e ampla defesa a contratada em cada um dos contratos administrativos firmados, aplicando, em sendo o caso, as penalidades cabíveis;
 - 5) Pela determinação ao Departamento de Tributação da municipalidade para que promova a abertura do regular processo administrativo objetivando



oportunizar contraditório e ampla defesa a licitante EFETIVA CONSTRUÇÕES EIRELI com vistas a adoção das medidas cabíveis no que tange ao alvará de localização e funcionamento.

Ao Excelentíssimo Senhor Prefeito para decisão e, sendo esta pela convalidação dos motivos esposados no presente PARECER:

P.R.I.A.C.-se.

Rodeio, 27 de agosto de 2018.



Denilson Duarte Lana
Assessor Jurídico
OAB/SC nº 24.471
Portaria nº 4.909/13