

▪ **Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões**

INTENÇÃO DE RECURSO:

Registramos intenção de recurso, para justificar a ocorrência impeditiva indireta.

[Voltar](#)

▪ **Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões**

RECURSO :

1

Excelentíssima Senhora Pregoeira da Equipe de Licitação DELTA do Governo do Estado de Rondônia

Objeto: Parecer nº 610/2021/PGE-PCC

Pregão Eletrônico nº 331/2021/DELTA/SUPEL/RO

EREFARMA PRODUTOS PARA SAÚDE EIRELI,

pessoa jurídica de direito privado, devidamente cadastrada no CNPJ/MF sob n.º 15.439.366/0001-39, com sede na Rua Henrique Schwing, n.º 258, na cidade de Erechim/RS, por sua representante infra-assinada vem perante Vossa Excelência, em atenção ao Parecer em epígrafe e Decisão aliunde a ele remissiva dentro do Pregão Eletrônico adrede destacado, apresentar o pertinente Recurso Administrativo quanto à sua inabilitação oriunda das Ocorrências Impeditivas Indiretas constantes de seu cadastro no SICAF, o que faz pelas seguintes razões fáticas e jurídicas, dizendo e requerendo o que segue.

1. Do Parecer e Decisão hostilizada

Consoante se vê do Parecer em epígrafe e da Decisão

tomada no bojo do Pregão Eletrônico nº 316/2021, a PGE opinou pela inabilitação da ora

peticionante no Pregão Eletrônico nº 171/2021/DELTA/SUPEL/RO (opinião esta que foi

estendida ao Pregão ora recorrido) por compreender que a empresa ora recorrente fora criada

com "nítido objetivo de burlar os efeitos da sanção aplicada a outra empresa com 'quadro societário comum'".

De proêmio, ponderando a compreensão do TCU nos

Acórdãos nº 2.136/2006-1ª Câmara; nº 2.218/2011-1ª Câmara e 1.831/2014-Plenário, assinalou a

necessária consideração, dentre outros elementos: a) da data de constituição das empresas; b) do

ramo de atividade; c) da transferência de acervo técnico, humano ou operacional, sendo

insuficiente a identidade societária, isoladamente, para concluir pela existência de fraude à sanção.

Após lançar mãos de tais critérios, ponderou o Parecerista

que a empresa sancionada (APOTEK) foi criada em 24/08/99 e permanece ativa, sendo

2

transformada em EIRELI em 17/10/2016, com objeto (ramo de atividade) de comércio atacadista de medicamentos e de instrumentos e materiais para uso médico e hospitalar.

Já a empresa Erefarma (ora recorrente) teria sido criada em

22/02/2012, tendo objeto (ramo de atividade) idêntico ao da APOTEK, bem como conta em sua

constituição societária com a Sra. Camile Rorig Follador como proprietária, a qual é cônjuge do

Sr. Adriano Francisco Follador, que é proprietário da APOTEK.

Destacou ainda (e isso é da máxima relevância) que "a

constituição da empresa EREFARMA ocorreu meses antes da empresa APOTEK ter sido

declarada inidônea, e antes da entrada do Sr. Adriano (sic) na empresa declarada inidônea",

além de que o termo inicial da declaração da inidoneidade da Erefarma (sic) foi o dia

13/11/2012, perdurando até hoje.

Com base em tais elementos, compreendeu o parecerista

que a empresa Erefarma teve o intuito de burlar os efeitos da sanção aplicada à empresa

APOTEK.

Com o máximo respeito à compreensão lançada, verifica-se

que esta não avaliou com toda a percuciência os requisitos necessários à configuração da burla à

sanção que permitiriam a desconsideração da personalidade jurídica da empresa APOTEK para

atingir a ora peticionante, sendo de rigor a reforma da Decisão, de modo permitir a habilitação

da empresa Erefarma no certame.

2. Da ausência de preenchimento de requisitos para

consustanciar fraude e inabilitação – impossibilidade de desconsideração da

personalidade jurídica no caso

De proêmio, é de tornar a frisar que a inserção das

Ocorrências Impeditivas Indiretas nos relatórios do SICAF se deu após a prolação de algumas

decisões pelo Tribunal de Contas da União (Acórdão n.º 1.831/2014 – Plenário; e Acórdão

2.218/2011 – 1ª Câmara), nas quais a Suprema Corte de Contas se filiou ao entendimento de ser

possível extensão de sanção de inidoneidade a outra empresa, quando restar configurada

evidente tentativa de burla a penalidade outrora imposta.

3

Logo, as Ocorrências Indiretas lançam uma espécie de

alerta aos órgãos e Entes Públicos licitantes, devendo estes avaliar pormenorizadamente as

circunstâncias, os fatos concretos e os indícios, a fim de verificar se realmente houve a criação ou

uso da pessoa jurídica licitante exclusivamente com o intuito de possibilitar a burla da pena

administrativa anteriormente aplicada, dando de tudo conhecimento ao licitante e permitindo-lhe

o mais amplo contraditório.

Para tal avaliação circunstancial, no teor do Acórdão n.º

1.831/2014 o TCU determinou a necessidade de preenchimento de requisitos cumulativos, com

os quais seria possível determinar a manifesta presunção de que a licitante foi criada com intuito

exclusivo de burlar a penalidade aplicada à empresa inidônea. Tal foi o entendimento da Suprema

Corte de Contas:

O abuso da personalidade jurídica evidenciado a partir de fatos como (i) a completa

identidade dos sócios-proprietários de empresa sucedida e sucessora, (ii) a atuação

no mesmo ramo de atividades e (iii) a transferência integral do acervo técnico e

humano de empresa sucedida para a sucessora permitem a desconsideração da

personalidade jurídica desta última para estender a ela os efeitos da declaração de

inidoneidade aplicada à primeira, já que evidenciado o propósito de dar continuidade às atividades da empresa inidônea, sob nova denominação. (Acórdão 1831/2014-Plenário, TC 022.685/2013-8, relator Ministro José Múcio Monteiro, 9.7.2014). [houve grifo].

E no mesmo sentido, excerto de precedente do STJ assim aduz: "Uma empresa constituída com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com sede no mesmo endereço, dificilmente conseguirá provar que não agiu em fraude à lei, para furtar-se dos efeitos danosos de uma sanção administrativa".¹ [houve grifo].

Ou seja, é dado à Administração Pública desconsiderar a personalidade jurídica de determinada licitante, estendendo-lhe as punições administrativas conferidas à empresa punida com suspensão de licitar ou inidoneidade. Entretanto, nos termos do que expõe Jessé Torres Pereira Junior (Desembargador do TJRJ) em artigo sobre o tema: "Em seu atual estágio, admite-se a desconsideração, desde que preenchidos certos requisitos, que os 1 (RMS 15.166- BA, Rel. Min. Castro Meira, DJ 01/08/2003).

4

gestores devem conhecer e respeitar, sob pena de, visando coibir a fraude, darem ensejo a excessos também prejudiciais ao interesse público".² [houve grifo].

Após a análise da Administração quanto ao preenchimento de tais requisitos cumulativos, deve ser a licitante convocada a se manifestar, conferindo-lhe os direitos fundamentais de contraditório e ampla defesa que devem amparar também os processos administrativos (art. 5º, LIV e LV da Constituição Federal, e art. 2º, caput, da Lei n.º 9.784/99), podendo a licitante, na oportunidade de defesa, apresentar os argumentos que afastam a presunção de fraude colhida pela Administração em sua análise sumária.

Nesse sentido, também expõe Jessé Torres Pereira Junior:

Pondere-se que a sociedade fraudadora estava impedida de participar de licitação e de contratar, cabendo à Administração, no exercício regular de seus poderes-deveres de atender à ordem jurídica, fazer prevalecer o impedimento nesta previsto. A cautela que se impõe à Administração estará em comprovar o abuso e a fraude, em processo administrativo no qual garanta a ampla defesa e o contraditório. Não comprovados o abuso e a fraude, impedimento não haverá à participação e à contratação, ainda que a conduta da sociedade pudesse parecer equivocada.³ [houve grifo].

E no mesmo sentido o STJ, ao decidir o RMS 15.166-BA, afirmou que "a aplicação desta teoria deve estar precedida de processo administrativo, em que se assegure ao interessado o contraditório e a mais ampla defesa".

Como bem assinalado no Parecer da PGE/RO, para a desconsideração da personalidade jurídica da licitante é necessário o preenchimento de alguns requisitos demonstrativos da tentativa de burla aos efeitos da penalidade, cuja verificação se dá através da análise de alguns elementos, a saber a) a data de constituição das empresas; b) a identidade entre os ramos de atividade; e c) a transferência de acervo técnico, humano ou operacional, sendo insuficiente a identidade societária, isoladamente, para concluir pela existência de fraude à sanção.

2 In: A desconsideração da personalidade jurídica em face de impedimentos para participar de licitações e contratar com a administração pública: limites jurisprudenciais. Acessível em www.agu.gov.br/page/download/index/id/3667152. Baixado em 14/03/2016, às 13h52min, p.2.

3 Op. cit., p. 27-28.

5

Tendo tais premissas como norte, passemos a verificar as razões de reforma da Decisão ora recorrida, porquanto não preenchidos os requisitos determinados pelo TCU para a configuração de efetiva tentativa de burla à penalidade pela ora recorrente.

2.1. Quanto ao primeiro elemento (data de constituição das empresas), é fácil verificar dos documentos que acompanham este instrumento (Ato Constitutivo da Erefarma e consulta ao Cadastro de Empresas Inidôneas da CGU) que a empresa ora recorrente foi criada em 26/04/2012, enquanto a pena de inidoneidade foi aplicada à APOTEK apenas em 13/11/2012 (ou seja, quase sete meses depois).

Ora, como seria possível que a empresa EREFARMA tenha sido criada para burlar a incidência da pena de inidoneidade aplicada à empresa DIPROLMEDI (atual APOTEK) se, na época de sua criação, o processo administrativo respectivo sequer se havia concluído e a penalidade hostilizada sequer tinha sido aplicada?

Parece lógico (embora deva ser ressaltado) que a única forma de se presumir a "sucessão empresarial" a fim de burlar a incidência da penalidade em comento se dá quando a empresa sucessora for criada APÓS a aplicação da penalidade, e não antes, como é o caso ora retratado!

2.2. Quanto ao segundo elemento (identidade dos ramos de atividade), é imperioso assinalar que muito embora ambas as empresas possuam tal identidade no que toca à finalidade societária, a empresa petionante (Erefarma) tem como proprietária uma farmacêutica (Sra. Camile Rorig Follador, CRF em anexo) que, por sua formação, obviamente não teria qualquer incentivo empreender atividade voltada a perseguir objeto diverso.

Logo, o tão só fato de possuírem identidade de objetos, quando apreciadas a fundo as circunstâncias que impeliram a tal similaridade dos fins sociais, não é capaz de permitir a conclusão de ter sido uma empresa criada para burlar os efeitos da sanção aplicada à outra.

2.3. Por fim, no que toca à transferência de acervo técnico, humano e operacional, é de rigor assinalar não haver mínima identidade no quadro societário das empresas, estando ambas situadas em endereços distintos (embora próximos), não

6

tendo ocorrido qualquer aproveitamento do acervo da empresa declarada inidônea – a qual, como destacado no próprio Parecer, permanece ativa até a atualidade.

De início, e até a título de esclarecimento (já que interpretação distinta foi efetuada pela PGE/RO), é oportuno assinalar que anteriormente à transformação da empresa DIPROMEDI em APOTEK (2016), a primeira empresa tinha em seu

quadro societário os senhores Alberto Folador Neto, Maritânia Filipetto Folador e Adriano Francisco Follador (este último cônjuge da proprietária da ora recorrente). Em 28/09/2016 operou-se a transferência das cotas da DIPROLMEDI para o Sr. Adriano, e em 17/10/2016 a transformação da DIPROLMEDI em APOTEK.

Ou seja, douta Pregoeira, de modo distinto da compreensão efetuada pela PGE, o cônjuge da proprietária da empresa Erefarma, Sr. Adriano Francisco Follador, sempre fez parte do quadro societário da empresa declarada inidônea (Diprolmedi e, hoje, APOTEK), não tendo ingressado nela posteriormente, mas apenas transformado o regime de sociedade limitada para empresa individual de responsabilidade limitada.

Tal esclarecimento é relevante porque, como já dito, não houve qualquer transferência de acervo humano e, por óbvio que o seja, há uma completa independência entre as empresas, além de uma flagrante carência de identidade do quadro societário, não sendo suficiente para a elisão da personalidade jurídica da empresa declarada inidônea o fato de seu único proprietário hoje ser o marido da proprietária da empresa licitante (sobretudo quando, como na hipótese, tais cônjuges são casados pelo REGIME DA SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS, com completa distinção patrimonial, não havendo sequer uma confusão patrimonial entre as empresas oriunda da mancomunhão). Ademais, é de se destacar que ambas as empresas se situam em endereços diferentes, ainda que localizados na mesma rua, sequer havendo compartilhamento de estrutura entre ambas as pessoas jurídicas, reforçando a compreensão de não haver mínima tentativa de burla aos efeitos da sanção através da criação da pessoa jurídica pela Sra. Camile Rorig Follador.

E nesse propósito (quanto à proximidade dos endereços das empresas), é de tornar a frisar que no Município de Erechim (local em que estabelecidas ambas as empresas) o Plano Diretor traz exigências rigorosas quanto ao zoneamento, de modo a vedar a

7
existência de atividades de distribuição de medicamentos na Rua Henrique Schwering (de cunho majoritariamente residencial), tendo aberto pouquíssimas exceções a tal vedação, a fim de abarcar apenas aquelas empresas com direito adquirido à manutenção da atividade no local, de modo a não prejudicar o livre exercício da atividade empresarial.

Veja-se do Mapa de Zoneamento de Uso (acesso em:

<http://www.pmerechim.rs.gov.br/pagina/404/mapas-de-zoneamento-de-uso>) que a Rua em que se localiza a empresa peticionante (Henrique Shwering) se encontra na Zona UR-6 – Zona esta em que qualquer atividade de Comércio, Serviços, Indústria e Depósito são proibidos, conforme o Plano Diretor Municipal (disponível no endereço:

<http://www.pmerechim.rs.gov.br/uploads/files/Plano%20Diretor%20Atualizado%2007%20Agosto%202012.pdf> – página 118).

Entretanto, em 2009 o Município de Erechim publicou a Lei n.º 4.588/2009 (cujo download é possível mediante acesso à página

<http://www.pmerechim.rs.gov.br/legislacao/leis/2124>), permitindo que empresas já constituídas até 15/07/2010 em local vedado pelo Zoneamento, fossem beneficiadas com a regularização de sua situação – o que foi efetuado pela empresa Diprolmedi (atual APOTEK), instalada no local anteriormente a tal data, sendo que posteriormente a empresa EREFARMA se valeu de tal postura Municipal para instalar seu estabelecimento em local próximo, situado na mesma rua, de modo a poder aproveitar tal regularização e implantar a empresa em local de fácil acesso.

Ou seja, a empresa EREFARMA apenas “aproveitou” da exceção concedida pelo Município de Erechim para alocar seu estabelecimento na mesma rua da empresa declarada inidônea, mas, repise-se, sem fruir de qualquer privilégio ou assunção de compromissos atinentes a esta última, de modo a ter sua atividade completamente desvinculada da empresa APOTEK.

2.9 De tudo isso é possível denotar, douta Pregoeira, que nenhum requisito para a desconsideração da personalidade jurídica da empresa punida, com a consequente extensão da punição à ora licitante, restou preenchido no caso em verso. Sendo assim, a aplicação da extensão ora hostilizada, ao arrepio dos entendimentos legais, doutrinários e jurisprudenciais vigentes, deve ser manifestamente repelida.

8
Não por outra razão, consoante se infere das diversas

Decisões em anexo, em vários outros locais em que tal questionamento foi suscitado a ora peticionante restou habilitada a prosseguir no certame, tendo se sagrado adjudicatária de objetos, firmado as pertinentes Atas e Contratos e, posteriormente, fornecido com toda presteza e adequação os produtos solicitados pela Administração Pública, tendo os Pregoeiros e demais servidores de Entes e órgãos públicos de relevo compreendido que, de fato, não há na criação da empresa EREFARMA qualquer tentativa de burla aos efeitos da sanção aplicada à empresa DIPROLMEDI (APOTEK).

Desse modo, demonstrada que está a ausência de preenchimento dos requisitos necessários à configuração da burla aos efeitos da sanção, segundo critérios eleitos pelo TCU nas Decisões lançadas no próprio Parecer que fundamentou a Decisão recorrida, é o caso de se conferir provimento ao presente Recurso Administrativo para, reformando a Decisão ora hostilizada, permitir a habilitação da ora recorrente para prosseguir no certame.

3. Dos pedidos

Frente ao exposto, roga-se pelo discernimento e compreensão deste Pregoeiro quanto aos limites da legalidade, e seu necessário tempero pelo princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, requerendo desde já o acolhimento dos esclarecimentos ora prestados para, ao fim, albergar os argumentos enunciados no item “2” deste instrumento, reconhecendo a higidez da permanência da ora requerente no certame, reformando eventual Decisão de inabilitação e permitindo a esta a habilitação na licitação.

Termos em que pede deferimento.
Erechim (RS) ao primeiro dias do mês de setembro de 2021.

Voltar