**PARECER JURÍDICO N.º 003/2019 – SETOR DE LICITAÇÕES**

**DATA: 06/02/2019**

**ASSUNTO: REF. LICITAÇÃO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO – RECURSO RELACIONADO À POSSÍVEL CONSÓRCIO – EDITAL PREGÃO 046/2018**

**1 –** Trata-se de recurso interposto pela Empresa Sávio Jaime Faria Eireli, questionando a participação das empresas NERA, NOVA ERA E PRIMER FIX TINTAS, que, supostamente, se apresentam como empresas do mesmo grupo econômico, ensejando suspeita de conluio/consórcio;

**2 -** Alega que houve a entrega do envelope da Empresa PRIMER FIX pelo Sr. Eusébio Frontório, o qual foi sócio tanto da empresa NERA, como da Empresa NOVA ERA.

**3 –** Atualmente, o Sr. Eusébio, não é sócio de nenhuma das empresas, sendo a empresa NERA comandada por Sirlene e Gabriel (esposa/ex-esposa e filho de Eusébio), sendo a NOVA ERA de propriedade do Sr. Gustavo (filho de Eusébio).

**4 –** Chama a atenção que o Sr. Eusébio, no entanto, é o Procurador da Empresa NERA, inclusive assinando documentos, demonstrando de plano sua participação efetiva, restando caracterizado sua gestão na empresa.

**5 –** Tais pontos, muito embora suspeitos, realmente, sozinhos, não demonstram uma efetiva fraude e/ou conluio, mas dão indícios claros de infração ao art. 36, §3. Da Lei 12.529/2011, que assim dispõe:

**Art. 36.  Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:**

**§ 3o  As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:**

**I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:**

**a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;**

**d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;**

**II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;**

**6 – NO ENTANTO, TAIS DÚVIDAS CAEM POR TERRA, QUANDO, DA ANÁLISE DA DOCUMENTAÇÃO, PERCEBE-SE QUE O ENDEREÇO DE GUSTAVO E SUA EMPRESA É NA ESTRADA GERAL RANCHO QUEIMADO, EM POUSO REDONDO, AO PASSO QUE O ENDEREÇO DE SIRLENE E GABRIEL, SÃO, IGUALMENTE A ESTRADA GERAL RANCHO QUEIMADO EM POUSO REDONDO, RESTANDO CLARO TRATAR-SE DE MESMA EMPRESA, DE MESMO GRUPO ECONÔMICO E INTERESSES COMUNS.**

**7 –** Verifica-se, portanto, que houve ferimento às normas legais, previstas no edital, em especial, previsão do item 6.1 e 7.7, que assim dispõem:

**6.1 – As empresas regularmente constituídas e interessadas em participar da presente licitação deverão atender as condições deste edital e deverão participar isoladamente, não se permitindo consórcios.**

**7.7 – Nenhuma pessoa, física ou jurídica, poderá representar mais de um licitante.**

**8 –** Tais documentos, mencionados como prova, foram emitidos/entregues, pelas próprias licitantes, de maneira que não há como negar que representam o mesmo grupo econômico, com interesses claramente comuns.

**9 –** Outro ponto que chama atenção, é o fato de ocorrer, durante o certame, segundo relato da Sra. Pregoeira, situações em que pelo menos duas das três empresas denunciadas, terem ficado para a fase de lances, inocorrendo, neste ponto, maior disputa efetiva de lances, o que denota clara ocorrência de combinação para participação, gerando concorrência desleal, em afronta a previsões legais e morais.

**10 –** Sobre o tema, possível trazer à baila, interessante artigo, extraído do site <http://www.portaldelicitacao.com.br/site/questoes-sobre-licitacoes/empresas-em-conluio-embasamentos-legais/>, que segue abaixo:

**A formação de “cartel em licitações”, “conluio entre licitantes” ou “concertação (ajuste ou combinação) de propostas” é considerada pelo Poder Público como a mais grave lesão à livre concorrência de mercado.**

**A Secretaria de Defesa da Economia, órgão vinculado ao Ministério da Fazenda define o cartel como :**

***“acordos ou práticas concertadas entre concorrentes para a fixação de preços, a divisão de mercados, o estabelecimento de quotas ou a restrição da produção e a adoção de posturas pré-combinadas em licitação pública. Os cartéis “clássicos”, por implicarem aumentos de preços e restrição de oferta, de um lado, e nenhum benefício econômico compensatório, de outro, causam graves prejuízos aos consumidores tornando bens e serviços completamente inacessíveis a alguns e desnecessariamente caros para outros. Por isso, essa conduta anticoncorrencial é considerada, universalmente, a mais grave infração à ordem econômica existente.”***

**O art. 36 da Lei Federal nº 12.529/11, dispõe sobre as condutas caracterizadas como infrações à ordem econômica:**

**“§ 3o As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:**

**I – acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:
a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;
b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;
c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;
d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;**

**II – promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; (…)**

**XV – vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;”.**

**Consiste na elaboração de propostas fictícias ou de “cobertura”, supressão de propostas, propostas rotativas ou rodízio, divisão de mercado, direcionamento privado da licitação etc.**

**Alguns exemplos:**

**1) O “Paredão”. É prática anticompetitiva para fins da Lei de Defesa da Concorrência o chamado “Bloqueio” (ou “Paredão”) em pregão presencial. A manobra se dá pela atuação orquestrada entre uma empresa que produz determinado bem ou serviço objeto da licitação, e pelo menos outras duas pessoas jurídicas, em geral atuantes como distribuidoras da primeira. O intento objetiva impedir que outras licitantes sejam classificadas para a fase de lances, e, com isso, fiquem somente elas na disputa. Por exemplo, três concorrentes combinam os preços das propostas em patamar um pouco abaixo da expectativa para as propostas iniciais de seus concorrentes, de modo que somente os conspiradores sejam selecionados para a fase de lances do pregão presencial (na regra dos 10%; tornam-se aptas à fase de lances o detentor na menor proposta e todos aqueles com preço superior a até 10% daquela; geralmente, apenas os licitantes em conluio ficam situados nesse intervalo).**

**Se bem sucedido o acerto, as empresas conluiadas têm condições de impedir que o preço de contratação reduza mais do que o normal em uma disputa legítima; outrossim, o intuito é direcionar o contrato para uma das integrantes do acordo. Tem certa semelhança com a tática do “preço predatório”.**

**2) O conluio chamado de “Herança” é aquele desenvolvido na modalidade “pregão presencial” em que duas empresas combinam suas participações da seguinte forma: o primeiro colocado oferece preço consideravelmente reduzido e o segundo colocado (ambos em combinação) oferece preço não excessivo, a garantir a segunda colocação. Os demais licitantes deixam de oferecer lances, em virtude do preço desmesuradamente baixo do primeiro colocado (o desinteresse na disputa ocorre porque os lances deverão ser ofertados sempre abaixo do menor valor registrado, no caso, aquele oferecido pelo primeiro colocado). Assim, a fase de lances transcorre “in albis” (em branco; sem lances). Ocorre que o primeiro colocado, ao ser instado a apresentar a habilitação, exibe-a de forma irregular (alguma certidão vencida, por exemplo) e é inabilitado. O plano se concretiza quando o segundo colocado “herda” a licitação e tem possibilidade de ganhá-la sem que tenha existido uma disputa legítima (na fase de lances)....**

**... 4) Cartel. A combinação de preços previamente à licitação (também chamado de conluio, colusão, arranjo, conchavo), além de violar o princípio da competitividade, agride flagrantemente o princípio da moralidade, uma vez que a prática da conduta desleal, desonesta, tem por objetivo enganar o sistema legal e prejudicar alguém, alguns ou o interesse público.**

**Nesse assunto, cabe destacar o caso de empresas associadas a determinada entidade que, beneficiada pelo poder mobilização e reunião entre seus associados, exercem participação conjunta e fraudulenta em licitações públicas. Há notícia de um caso, em que houve a convocação de uma reunião, dentre as empresas associadas a uma determinada entidade, para discutir e definir qual seria a empresa vencedora de uma licitação que ocorreria na semana seguinte.**

**Logicamente, a conduta enquadra-se no tipo penal do artigo 90 da Lei 8.666/93:
“Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:
Pena – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.”**

**A Jurisprudência assentou:
“Como se infere dos termos da exordial, há perfeita adequação típica dos fatos narrados à norma abstrata, pois sobejam indícios de que ambas as empresas (xxx e xxx) tinham prévio conhecimento, entre si, das propostas oferecidas no certame, estando todos os seus sócios envolvidos no conluio destinado a frustrar o seu caráter competitivo”.(HC 200402010083407; 3626. TRF2)**

**Por esse motivo, vige na Administração Pública Federal, a Instrução Normativa SLTI (Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação) do Ministério do Planejamento, nº 02/09, que criou a obrigatoriedade de apresentação da Declaração de Elaboração Independente de Proposta, em procedimentos licitatórios.**

 **11 –** Nota-se, portanto, que restou claro, existir relação íntima entre ambas empresas, com representantes com mesmo endereço, ficando clara a existência de empresa familiar, representando o mesmo grupo econômico, tendo ficado claro a tentativa de simular tal “legalidade”, mediante alterações de contrato social, no entanto, deixando arestas, que deixam clara a existência de interesses em comum.

 **12 –** Sendo assim, opino pelo cancelamento do certame, em relação aos itens vencidos pela empresa NERA, NOVA ERA e PRIMER FIX, devendo ocorrer a realização de novo certame, sendo, desde já, vedada a participação das três empresas no mesmo certame, mas tão somente de uma delas, sob pena de desclassificação de todas.

 **13 -** É o parecer, o qual encaminha-se ao Prefeito para ciência e apreciação, recomendando-se ainda, a verificação acerca da viabilidade e possível encaminhamento aos órgãos de controle, dentre os quais, MP/SC e CADE

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

***Vander Joemir Beber***

***Assessor Jurídico***

*Gabinete do Prefeito/Parecer do Prefeito*

*Acolho, como razão de decidir, o parecer jurídico acima, e* ***DETERMINO*** *o seu cumprimento, cancelando-se o certame em relação aos itens vencidos pelas empresas NOVA ERA, NERA e PRIMER FIX. Proceda-se abertura de novo certame, face a real necessidade do Município, permitindo-se somente a participação de somente uma das empresas acima descritas, sob pena de desclassificação de todas.*

 *Em 07/02/2019*

***Luiz Carlos Xavier***

 ***Prefeito***