

EXCELENTÍSSIMA SENHORA PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DO EDITAL Nº 010/LALI-2/SBEG/2017 DA EMPRESA BRASILEIRA DE INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA – INFRAERO.

INFRAERO
CSAT
Prot. Ost. 9907
20/12/2017 13:32

Ref. Razões de Recurso - Licitação nº 010/LALI-2/SBEG/2017

CONSÓRCIO SB PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS LTDA e PORTO SECO DO TRIÂNGULO LTDA, já qualificado no processo licitatório em epígrafe, por meio de seu advogado que esta subscreve, vem mui respeitosamente, perante V. Senhoria, tempestivamente, apresentar **RAZÕES DE RECURSO ADMINISTRATIVO**, com fulcro no artigo 109, inciso I, alínea “a” da Lei Federal nº 8.666/93, bem como aos itens 9.2. e 9.3. do Edital de Licitação nº 010/LALI-2/SBEG/2017 e em conformidade com a manifestação de intenção de recorrer exposta na sessão de 21/12/2017, em face do julgamento da comissão de licitação relativo à Licitação nº. 010/LALI-2/SBEG/2017 que declarou vencedora a empresa AURORA DA AMAZONIA TERMINAIS E SERVIÇOS LTDA.

2

I. DOS FATOS

1. Atendendo ao chamamento da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária- INFRAERO, feito através da Comissão de Licitação, o Recorrente participou da Licitação nº 010/LALI-2/SBEG/2017.
2. No dia 21 de dezembro de 2017, em sessão pública convocada pela Comissão de Licitação, presidida pela senhora Andreia e Silva Heidman, em que compareceram os representantes das empresas licitantes, Aurora da Amazônia Terminais e Serviços Ltda. e MDC Serviços de Apoio Logístico Ltda. – EPP, além do Recorrente, foi aberto o Invólucro II – Documentos de Habilitação da empresa Aurora da Amazônia Terminais e Serviços Ltda., segunda colocada no certame.
3. Ocorre que, a Comissão de Licitação decidiu declarar a empresa licitante Aurora Da Amazônia Terminais E Serviços Ltda., por suposto cumprimento aos requisitos previstos no Edital, HABILITADA para o cumprimento do objeto do contrato e, conseqüentemente, vencedora do certame licitatório.
4. Porém, a empresa AURORA DA AMAZONIA TERMINAIS E SERVIÇOS LTDA., declarada vencedora do certame (doc. 01 - ata), apresentou documentos habilitatórios em desconformidade com a lei, conforme a seguir exposto.

II. DOS FUNDAMENTOS

a) Descumprimento do item 4.2. do Edital - Impedimento do Administrador da Sócia da Empresa Licitante

5. Yamagami Investimentos Ltda. é empresa acionista majoritária, possuidora de 99,9997% das cotas sociais da empresa Aurora da Amazônia Terminais e Serviços Ltda., conforme 6ª Alteração e Consolidação do Contrato Social apresentado no Invólucro II - documento de habilitação para o presente certame licitatório (doc. 02 – contrato social).
6. No contrato social da empresa Aurora, somente os senhores Marcello di Gregorio e Luciana Di Gregorio constam como administradores da empresa Yamagami Investimentos Ltda., entretanto, também são administradores da sociedade os senhores: **Franco Di Gregorio**, Camillo Di Gregorio, Maria Thereza Aparecida Burto Di Gregorio, **Marilisa Bernicchi Di Gregorio**.
7. Talvez tal omissão tenha sido proposital, já que o Sr. Franco Di Gregorio é condenado criminalmente em segunda instância por fraude à licitação, como

incurso nas penas do artigo 299 e 304, do Código Penal Brasileiro, cominado com o art. 7 do mesmo Código Penal, bem como artigo 90, da Lei n.º 8.666/1993.

8. O referido administrador exerce a função de administrador na sócia majoritária (99,9997% das cotas sociais) da empresa Yamagami Investimentos Ltda., ou seja, possui poderes de administração de toda a linha de mando da sociedade Licitante.

9. O referido processo criminal teve a sentença confirmada em acórdão condenatório do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, da 2ª Turma de Direito Penal, sob o nº 0018358-89.2004.8.14.0401(doc. 03 – acórdão 2ª Turma Direito Penal Pará), em que o senhor Franco Di Gregorio em conluio com o senhor Santo Berti Neto, ajustou fraude à licitação realizada pela empresa estatal ENASA – Empresa de Navegação da Amazônia S.A.

10. A ENASA promoveu a Concorrência Pública, Edital nº 001/2004, com o propósito de vender um imóvel localizado na cidade de Manaus, à margem esquerda do rio Negro, com limites na Estada da Frigomasa, bairro Colônia Oliveira Machado e o senhor Franco Di Gregorio agiu em conluio com o senhor Santo Berti Neto com o objetivo de aferir vantagens decorrentes da adjudicação do imóvel objeto da licitação, prejudicando, desta forma, os demais concorrentes.

11. Ao final do referido processo, provada a autoria e a materialidade, foi aplicada a pena de 03 (três) anos de detenção, acrescida de multa de 3% (três por cento) sobre o valor do contrato celebrado pelo corrêu Santo Berti Neto.

12. O mesmo administrador das empresas sócias da licitante, **Franco Di Gregorio, condenado por fraude à licitação, é também sócio administrador da empresa Digex Aircraft Maintenance Ltda.**

13. Tal empresa possuía relação com a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – INFRAERO, mas deixou de efetuar os pagamentos devidos, tendo a INFRAERO que ajuizar Ação de Execução de título extrajudicial em face da Digex Aircraft Maintenance Ltda., referente ao instrumento particular de confissão de dívida nº002/SED/DIGEX/96.

14. Referida execução tramitava no Tribunal Regional Federal da 3ª Região sob o nº 0004132-81.2000.4.03.0000 (doc. 04 – andamento e decisões), e como representantes legais da empresa executada, figura, além do senhor Franco Di Gregorio, também as Sras. Marilisa Bernicchi Di Gregorio e Maria Thereza Aparecida Burto Di Gregorio, bem como o Sr. Camillo Di Gregorio.

15. Devido ao débito em aberto com a Infraero, e após a publicação do Edital desta Licitação nº 010/LALI-2/SBEG/2017, em 30/11/2017 foi homologado acordo para pagamento parcelado do débito devido.

16. Ou seja, tendo verificado a possibilidade de vencer a presente licitação, os sócios administradores da empresa Digex Aircraft Maintenance Ltda., que são os mesmos da empresa declarada vencedora Aurora da Amazônia Terminais e Serviços Ltda., correram para encerrar o processo judicial que tramitava contra os mesmos, a fim de garantir que tal débito não fosse objeto de recurso ou que pudesse prejudicar a habilitação dos mesmos.

17. Menciona-se que **o processo judicial encerrou-se por acordo entre as partes homologado em juízo, em 30/11/2017, ou seja, o débito existente de mais de 8 milhões de reais será pago de forma parcelada, caso o acordo seja realmente cumprido pela parte devedora, considerando ainda que haviam sido bloqueados bens da sócia Marilisa Bernicchi Di Gregorio.**

18. Nesta breve pesquisa e análise dos sócios, infere-se que a família Di Gregorio tentar aplicar na Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária- INFRAERO, prática comum de abertura de novos CNPJ para participação em novas licitações normalmente, quando um dos seus sócios ou uma das empresas é declarada inidônea ou não possui as necessárias condições de habilitação, com o intuito de burlar tal sanção, até que seja novamente punido, repetindo o mesmo procedimento, tornando-se assim um ciclo vicioso, que acaba por prejudicar a administração pública.

19. Ocorre que tal fato já é de conhecimento do Tribunal de Contas da União que enfrenta a situação, em acórdão que deliberou o seguinte:

“Não raro, integrantes de comissões de licitação verificam que sociedades empresárias afastadas das licitações públicas, em razão de suspensão do direito de licitar e de declaração de inidoneidade, retornam aos certames promovidos pela Administração valendo-se de sociedade empresária distinta, mas constituída com os mesmos sócios e com objeto social similar.

Por força dos princípios da moralidade pública, prevenção, precaução e indisponibilidade do interesse público, o administrador público está obrigado a impedir a contratação dessas entidades, sob pena de se tornarem inócuas as sanções aplicadas pela Administração. O instituto que permite a extensão das penas administrativas à entidade distinta é a desconsideração da personalidade jurídica. Sempre que a Administração verificar que pessoa jurídica apresenta-se a licitação com objetivo de fraudar a lei ou cometer abuso de direito, cabe a ela promover a desconsideração

2

da pessoa jurídica para lhe estender a sanção aplicada. Desse modo, não estará a Administração aplicando nova penalidade, mas dando efetividade à sanção anteriormente aplicada pela própria Administração.” (grifo nosso) (Decisão nº 2.218/2011 – Primeira Câmara Relator José Múcio Monteiro, Data 19/04/2011 – TCU)

20. Ora, se empresa com sócios parentes e que administram a empresa declarada vencedora não efetuou o pagamento devido à Infraero, a ponto de seus sócios possuírem seus bens bloqueados pela Justiça, qual seria a garantia de que efetuará o pagamento pela concessão de uso da presente licitação?

21. Estas mesmas pessoas pretendem firmar novo instrumento jurídico, renovando as relações, devendo ainda mais de 8 milhões à Infraero, mediante acordo com promessa de pagamento a longo prazo após ter conhecimento de que foi classificada na presente licitação.

22. O objeto da presente licitação é a concessão de uso de área para exploração comercial e operação da atividade de armazenagem e movimentação de cargas internacionais e/ou nacionais no aeroporto internacional de Manaus/ Eduardo Gomes e a licitante vencedora deve possuir condições e credibilidade para efetuar pagamento pelo uso da área à mesma Infraero. Caso o mesmo grupo devedor seja declarado vencedor, o risco de não recebimento pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária parece bastante elevado.

23. Com efeito, o TCU tem entendido e deixa claro que o administrador público tem o dever de impedir esse tipo de prática lesiva à Administração Pública que onera o erário para a benesse de alguns.

24. Por sua vez, dentre outros critérios de habilitação, estabelece o Edital de licitação que os licitantes deverão ser idôneos, dispondo que não poderão participar da licitação aquelas empresas que forem constituídas por administradores e/ou sócios de empresa que estiver suspensa, impedida ou tenha sido declarada inidônea para licitar, conforme descreve o item 4.2 – dos subitens “g” ao “k” do edital, *in verbis*:

“4.2. Não poderá participar da presente licitação:

[...]

g) empresa constituída por sócio de empresa que estiver suspensa, impedida ou declarada inidônea;

h) empresa cujo administrador seja sócio de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea;

i) empresa constituída por sócio ou administrador de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea, no período dos fatos que deram ensejo à sanção.

j) empresa cujo administrador tenha sido sócio ou administrador de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea, no período dos fatos que deram ensejo à sanção;

k) empresa que tiver, nos seus quadros de diretoria, pessoa que participou, em razão de vínculo de mesma natureza, de empresa declarada inidônea;”


25. Importante não olvidar que a declaração de inidoneidade aplicada por um ente administrativo de alguma das esferas estatais, subsiste aos outros, ou seja, se a sanção for aplicada em âmbito municipal, tal punição deve ser observada pelos entes federais e estaduais. É o que se extrai da respeitável decisão do STJ no Acórdão do Resp. nº 174.274 – SP (198/03475-3), vejamos:

“O entendimento do Tribunal a quo, no sentido de que a suspensão imposta por um órgão administrativo ou um ente federado não se estende aos demais, não se harmoniza com o objetivo da Lei n. 8.666/93, de tornar o processo licitatório transparente e evitar prejuízos e fraudes ao erário, inclusive impondo sanções àqueles que adotarem comportamento impróprio ao contrato firmado ou mesmo ao procedimento de escolha de propostas.

Há, portanto, que se interpretar os dispositivos legais estendendo a força da punição a toda a Administração, e não restringindo as sanções aos órgãos ou entes que as aplicarem. De outra maneira, permitir-se-ia que uma empresa, que já se comportara de maneira inadequada, outrora, pudesse contratar novamente com a Administração durante o período em que estivesse suspensa, tornando esta suspensão desprovida de sentido.”

26. Nessa linha, nos termos do entendimento do Egrégio STJ, a punição exarada por determinado órgão, deve se estender aos demais para o fim de garantir efetividade à sanção. A contratação de uma empresa considerada inidônea por determinado órgão, afrontaria irreparavelmente o princípio da moralidade administrativa e o princípio da prevenção. Ora, parte-se do pressuposto que se não fora cumprida a obrigação com um dos entes, o que garantiria a execução das obrigações com outros entes? Tal contratação seria temerária e colocaria em risco a continuidade dos serviços e indisponibilidade do interesse público.

27. **Mais contundente ainda o caso em questão, em que a penalidade do administrador foi decretada pelo Poder Judiciário, condenando-o por crime de fraude à licitação, com pena de detenção de 03 (três) anos.**



28. Tanto o é, que o próprio STJ já julgou no sentido de que o próprio administrador público pode desconsiderar a pessoa jurídica a fim de garantir a aplicação de penalidade. No caso, trata-se de mesmos sócios e administradores de empresas do mesmo grupo de parentes, que já penalizados não somente pela administração, mas também pelo Poder Judiciário, bem como com débitos não quitados perante o órgão licitante, tenta simular ser bom pagador. Vejamos o voto do Relator em relação à desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa em sua íntegra:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. SANÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR. EXTENSÃO DE EFEITOS À SOCIEDADE COM O MESMO OBJETO SOCIAL, MESMOS SÓCIOS E MESMO ENDEREÇO. FRAUDE À LEI E ABUSO DE FORMA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA ESFERA ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E DA INDISPONIBILIDADE DOS INTERESSES PÚBLICOS.

- A constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo endereço, em substituição a outra declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, com o objetivo de burlar à aplicação da sanção administrativa, constitui abuso de forma e fraude à Lei de Licitações Lei n.º 8.666/93, de modo a possibilitar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para estenderem-se os efeitos da sanção administrativa à nova sociedade constituída. - A Administração Pública pode, em observância ao princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei, desde que facultado ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular. - Recurso a que se nega provimento.

A discussão travada nos autos gira em torno da possibilidade de estender a uma sociedade empresária, na esfera administrativa e com base na teoria da desconsideração da personalidade jurídica, os efeitos de uma sanção aplicada pela Administração Pública a outra sociedade formada pelos mesmos sócios e com mesmo objeto social. A Recorrente alega ausência de previsão legal que autorize o Estado da Bahia a aplicar, em situação fática como a presente, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Aduz, também, que somente o Judiciário, nas situações envolvendo relação de consumo, e com base no art. 28 do CDC, poderia desconsiderar a personalidade jurídica de uma sociedade para atingir a figura de seus sócios. A

solução da presente controvérsia demanda, em primeiro plano, a análise do processo de constituição da sociedade recorrente, para que então seja possível afirmar-se, com razoável margem de certeza, se agiu ou não em fraude à lei. Em segundo plano, torna-se não menos importante a análise sobre a possibilidade de aplicação, na esfera administrativa, da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, à margem de previsão legal específica e sem pronunciamento judicial neste sentido. Quanto à primeira questão, as informações contidas nos autos dão conta de que a Recorrente é uma empresa de "fachada", constituída com o único objetivo de fraudar a aplicação de sanção administrativa imposta à sociedade COMBAIL LTDA, que foi declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, por ter apresentado documento falso em processo licitatório. Assim, a ora Recorrente apresenta o mesmo quadro societário, o mesmo objeto social e o mesmo endereço da empresa COMBAIL LTDA, o que, de certa forma, é dado mais que suficiente para caracterizar fraude à lei e permitir a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. O Estado da Bahia, no Parecer de fls. 25/31, traz aos autos alguns dados complementares que corroboram a atuação fraudulenta da Recorrente, como, v.g., a "continuidade de passivos a descoberto de natureza tributária ou trabalhista da sociedade anteriormente punida, continuidade dela sem baixa na JUCEB, ou com sua baixa seguida da constituição da nova sociedade, uso do mesmo acervo de equipamentos, móveis e utensílios, com ou sem sua aquisição à sociedade punida, identidade ou predominância dos mesmos empregados, sobretudo a nível gerencial ou administrativo." Assim, não há como negar que as informações carreadas aos autos pelo Estado da Bahia militam, inegavelmente, em desfavor da sociedade Recorrente. 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. Parece claro, no presente caso, que a Recorrente valeu-se do "véu da pessoa jurídica" - para usar de metáfora já consagrada-, com o evidente intuito de fraudar a lei e descumprir uma punição administrativa que lhe havia sido imposta. Firmado o entendimento de que a Recorrente foi constituída em nítida fraude à lei e com abuso de forma, resta a questão relativa à possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica, na esfera administrativa, sem que exista um dispositivo legal específico a autorizar a adoção dessa teoria pela Administração Pública. A atuação administrativa deve pautar-se pela observância dos princípios constitucionais, explícitos ou implícitos, deles não podendo

afastar-se sob pena de nulidade do ato administrativo praticado. E esses princípios, quando em conflito, devem ser interpretados de maneira a extrair-se a maior eficácia, sem permitir-se a interpretação que sacrifique por completo qualquer deles. **Se, por um lado, existe o dogma da legalidade, como garantia do administrado no controle da atuação administrativa, por outro, existem Princípios como o da Moralidade Administrativa, o da Supremacia do Interesse Público e o da Indisponibilidade dos Interesses Tutelados pelo Poder Público, que também precisam ser preservados pela Administração. Se qualquer deles estiver em conflito, exige-se do hermenêuta e do aplicador do direito a solução que melhor resultado traga à harmonia do sistema normativo. A ausência de norma específica não pode impor à Administração um atuar em desconformidade com o Princípio da Moralidade Administrativa, muito menos exigir-lhe o sacrifício dos interesses públicos que estão sob sua guarda. Em obediência ao Princípio da Legalidade, não pode o aplicador do direito negar eficácia aos muitos princípios que devem modelar a atuação do Poder Público. Assim, permitir-se que uma empresa constituída com desvio de finalidade, com abuso de forma e em nítida fraude à lei, venha a participar de processos licitatórios, abrindo-se a possibilidade de que a mesma tome parte em um contrato firmado com o Poder Público, afronta aos mais mezinhos princípios de direito administrativo, em especial, ao da Moralidade Administrativa e ao da Indisponibilidade dos Interesses Tutelados pelo Poder Público. A concepção moderna do Princípio da Legalidade não está a exigir, tão-somente, a literalidade formal, mas a inteligência do ordenamento jurídico enquanto sistema. Assim, como forma de conciliar o aparente conflito entre o dogma da legalidade e o Princípio da Moralidade Administrativa é de se conferir uma maior flexibilidade à teoria da desconsideração da personalidade jurídica, de modo a permitir o seu manejo pela Administração Pública, mesmo à margem de previsão normativa específica. Convém registrar, por oportuno, que a aplicação desta teoria deve estar precedida de processo administrativo, em que se assegure ao interessado o contraditório e a mais ampla defesa, exatamente como realizado no caso dos autos. Ao prejudicado restará sempre aberta a porta do Judiciário, para que então possa provar, perante um órgão imparcial, a ausência de fraude à lei ou de abuso de forma, afastando, por conseguinte, a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. No presente caso, a Recorrente não se desincumbiu desse ônus probatório. Ademais, como bem lançado no Parecer Ministerial acostado às fls. 173/179, o abuso de um instituto de direito não pode jamais ser tutelado pelo ordenamento jurídico.**



Seria uma grande incongruência admitir-se a validade jurídica de um ato praticado com fraude à lei, assim como seria desarrazoado permitir-se, com base no Princípio da Legalidade, como é o caso dos autos, a sobrevida de um ato praticado à margem da legalidade e com ofensa ao ordenamento jurídico. Não pode o direito, à guisa de proteção ao Princípio da Legalidade, atribuir validade a atos que ofendem a seus princípios e institutos. **Neste diapasão, acompanhe-se o escólio do Ilustre Professor Lamartine Correia de Oliveira (RT n.º 06, pág. 052): "(...) o desconhecimento da forma da pessoa jurídica em casos de fraude à lei não passa de aplicação específica do princípio geral segundo o qual o abuso de um instituto jurídico não pode jamais ser tutelado pelo ordenamento jurídico. (...) Provado o intuito de fraude à norma legal, será perfeitamente defensável decisão que desconheça a pessoa jurídica."** Vale a pena registrar, para concluir, a prática rotineira da Administração Fazendária, que desconsidera atos ou negócios jurídicos praticados pelo contribuinte ou responsável com o intuito de dissimular a ocorrência do fato gerador, passando a tributar situação com base em sua realidade econômica subjacente, como instrumento eficiente no combate à evasão fiscal. Desta feita, se o contribuinte simula uma doação para fugir à incidência da alíquota superior do Imposto de Renda, de competência federal, permitindo, com tal simulação, a incidência do imposto estadual sobre doações, de alíquota reduzida, poderá a Receita Federal desconsiderar o negócio simulado, passando a tributar a situação com base em sua realidade econômica. Nessa situação, assim como no caso dos autos, a Administração desconsidera uma forma jurídica (o contrato de doação) e passa a tributar a situação com base na realidade econômica subjacente (aquisição de renda), garantindo-se, por esse meio, a preservação do interesse maior da coletividade. A doutrina dominante, de há muito tem admitido que a Administração Fiscal proceda com a chamada interpretação econômica do fato gerador, para desconsiderar a forma jurídica de atos ou negócios praticados com fraude à lei e com nítido intuito de sonegação fiscal. É bem verdade que sempre existiu uma certa resistência por parte de alguns doutrinadores, extremamente afetos ao formalismo exacerbado dos institutos jurídicos, em aceitar a adoção da teoria da interpretação econômica do fato gerador. Objetivando obviar as discussões e as resistências infundadas, eis que veio a lume o art. 116, parágrafo único do CTN, acrescentado pela Lei Complementar n.º 104/2001, que apresenta a seguinte redação: "Art. 116 - Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza

dois elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária." Ninguém duvida que à Administração Fazendária sempre foi facultada, antes mesmo da entrada em vigor do parágrafo único, do art. 116 do CTN, a possibilidade de desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados pelo contribuinte ou responsável com o intuito de dissimular a ocorrência do fato gerador. Assim, o Poder Público sempre dispôs de um mecanismo eficaz de combate à evasão fiscal, na medida em que a própria Administração Fazendária, desde que permitido ao contribuinte ou responsável o exercício do contraditório e da mais ampla defesa, poderia, sem o socorro do Judiciário e à margem de autorização legal específica, desconsiderar a forma jurídica de um ato ou negócio praticado, na busca de sua realidade econômica. O art. 116, parágrafo único, do CTN veio, apenas e tão-somente, positivar uma prática antiga da Administração Tributária, admitida pelo Judiciário, mesmo à margem de previsão legal específica. Analogamente, como forma de garantir à Administração Pública um mecanismo eficaz de combate à fraude, é de admitir-se, em homenagem aos Princípios da Moralidade Administrativa e da Indisponibilidade do Interesse Público, possa a Administração desconsiderar a personalidade jurídica de uma sociedade constituída em fraude à lei e com abuso de forma, mesmo à margem de previsão legal específica e sem a interveniência do Poder Judiciário, graças à executoriedade dos atos administrativos, desde que, repita-se, tenha sido assegurado ao administrado a mais ampla defesa em processo administrativo regular. Adotar-se posicionamento contrário àquele veiculado no Acórdão recorrido, traria o risco de tornar ineficaz toda e qualquer sanção administrativa imposta às pessoas jurídicas. **Como não são exigidas maiores formalidades na constituição de uma pessoa jurídica, uma sociedade punida com uma sanção administrativa, facilmente se furtaria da incidência de seus efeitos com a simples constituição de uma nova sociedade, sem que a Administração nada pudesse fazer no combate deste procedimento fraudatório.** Com estas breves considerações, estando o Acórdão recorrido em sintonia com o entendimento aqui adotado, nego provimento ao recurso. É o voto. (grifos nosso) (RECURSO ORDINÁRIO EM MS Nº 15.166 - BA (2002/0094265-7) RELATOR: MINISTRO CASTRO MEIRA, julgado em 07/08/2003.)

29. Para atendimento aos princípios licitatórios de regência, e os princípios de direito administrativo, entende o Egrégio STJ, bem como a Corte de Contas da União, respeitado os princípios do contraditório e da ampla defesa, não ser uma faculdade do

Administrador repelir empresas que vem sendo utilizadas para burlar a lei, mais sim, uma obrigação, inclusive sendo possível a desconsideração da pessoa jurídica para que se conceda efetividade à sanção anteriormente aplicada.

30. Diante desses fatos, considerando os elementos contidos nos autos retrocitados, infere-se que há elementos suficientes para demonstrar a intenção da licitante de mascarar a ligação com a sociedade empresária Digex Aircraft Maintenance Ltda., cujo histórico demonstra não cumprimento ao pactuado com a própria Infraero e, conseqüentemente, aos seus sócios administradores, em especial Franco Di Gregorio.

31. Não restam dúvidas que a Administração Pública deve zelar pelos princípios regentes, de modo a garantir os pilares do direito administrativo, que repousam sobre a supremacia do interesse público, continuidade do serviço público e indisponibilidade do interesse coletivo.

32. Um dos meios para isso é agir em estrita conformidade aos princípios da moralidade e legalidade, de modo a conservar a segurança jurídica no âmbito administrativo e utilizar de maneira justa o seu poder-dever de tutelar os direitos e garantias fundamentais, sempre com a observância do interesse público, declarando a empresa administrada de forma indireta por administrador cuja pena aplicada foi de 03 anos de detenção por fraude à licitação inabilitada.

b) Do Não Atendimento aos Índices de Qualificação Econômico-Financeiros - Balanço Patrimonial e Demonstrativos Contábeis incompletos

33. Em relação à qualificação econômico-financeira, estatui o item 8.6.1.1 do Edital nº 010/LALI-2/SBEG/2017:

8.6.1.1. a qualificação econômico-financeira será comprovada através dos Índices de Liquidez Geral (LG), Solvência Geral (SG) e Liquidez Corrente (LC), que deverão ser maiores que 1,00 (um inteiro). Caso os referidos índices sejam iguais ou inferiores a 1,00 (um inteiro), a licitante deverá possuir capital igual ou superior a R\$ 31.890.000,00 (trinta e um milhões, oitocentos e noventa mil reais). No caso de consórcio, será admitido o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação.

34. Em que pese os índices exigidos terem sido aparentemente cumpridos, conforme demonstração no SICAF, a própria Comissão de Licitação não analisou o balanço e as demonstrações contábeis da empresa Aurora da Amazônia Terminais e Serviços Ltda.



35. Os índices apresentados parecem ser superiores a 1 (um), entretanto, após análise do balanço patrimonial, verifica-se que não há qualquer menção nas notas explicativas referente ao “Realizável a Longo Prazo”, valor que compõe a fórmula de cálculo do índice de Liquidez Geral.

36. Esta informação é bastante relevante, pois o valor constante no Balanço referente a “Realizável a Longo Prazo” supera o montante de 27 milhões de reais, podendo impactar significativamente o cálculo do índice de Liquidez Geral, ocasionando sua brusca queda para um índice inferior a 1 (um), conforme exigência editalícia..

c) Não Apresentação de Atestado Técnico – item 8.5, letra “e.1.” – necessidade de diligência para comprovar a movimentação de carga

37. A licitante declarada vencedora apresentou declaração de cumprimento do item 8.5, letra “e.1” do Edital nº 010/LALI-2/SBEG/2017, que exige (destaques nossos):

8.5. O INVÓLUCRO dos DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO deverá conter:

(...)

e) Comprovação que exerce atividade pertinente ao objeto da presente licitação.

Essa exigência dever ser atendida, por meio da apresentação, conforme o caso, do(s) documento(s) a seguir:

e.1) Atestado(s) de capacidade técnica, que comprove(m) ter a licitante executado, a contento, para órgãos ou entidades da Administração Pública Direta ou Indireta, Federal, Estadual, Municipal ou do Distrito Federal, ou ainda, para empresa privada, a movimentação de no mínimo 13.150 toneladas de carga ao ano, sendo, no mínimo, 3.945 toneladas oriundas do modal aéreo, em caso de recinto alfandegado de terceiros. Tal qualificação técnica poderá ser realizada através de comprovação da capacidade técnica de seus sócios/acionistas, podendo ser pessoa física e/ou jurídica, mediante apresentação do competente atestado.

Notal: Deverá(ão) constar, preferencialmente, do(s) atestado(s) de capacidade técnica em destaque, os seguintes dados: data de início e término da operação; local(is) da operação; nome da CONTRATANTE e da CONTRATADA; especificação da operação; local e data de expedição e declaração da(s) emitente(s) do atestado(s) de que a operação foi executada a contento.

Nota2: Para fins de comprovação da capacidade técnica através de sócios/acionistas, deverá(ão) constar, preferencialmente, da(s) declaração(ões) em destaque, os seguintes dados: nome da empresa gestora do recinto alfandegado, endereço, CNPJ, nome do sócio/acionista (no caso das declarações através de seus sócios/acionistas) e a declaração de capacitação, constando o volume movimentado e período. Deverá ainda a licitante, além da apresentação do atestado de capacidade técnica emitido, anexar cópia da Ata de Eleição, ou, em caso de Contrato Social, neste deverá constar a cláusula com poderes de gestão/administração do recinto alfandegado que o qualificou.

Nota3: Os dados estão sujeitos à comprovação através de diligência, a critério exclusivo da Infraero.

38. Ora, a exigência é de atestado de capacidade técnica emitido por órgão público ou empresa privada, que ateste a execução da movimentação de carga, discriminando o quantitativo e se o serviço foi prestado a contento.

39. Entretanto, como para o objeto em questão, a comprovação é aceitável por meio de Declaração, por ser a licitante um Porto Seco, é imprescindível que seja realizada uma diligência para aferir se o quantitativo declarado é realmente o movimentado no local, conforme Nota 3 acima destacada, especialmente se considerarmos o histórico de tentativa de fraude à licitação, bem como acordo de pagamento realizado durante o curso da presente licitação através de outras empresas, todas ligadas por meio de seus administradores.

40. Cumpre verificar que o artigo 3º, caput, da Lei nº 8.666/1993 preleciona que tanto a Administração Pública como os interessados ficam obrigados à observância dos termos e condições previstos no Edital.

“Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.”

41. Diante disso, a atividade do Administrador no procedimento licitatório é norteadada pelo princípio da vinculação ao instrumento convocatório, constituindo-se,



portanto, ato administrativo formal, que age como contrapeso ao poder da autoridade julgadora. Dessa forma, os requisitos estabelecidos no Edital de Licitação devem ser cumpridos fielmente, nos termos do inciso XXI, art. 37 da Constituição Federal¹.

42. Não é outro o posicionamento adotado pela jurisprudência, *in verbis*:

“MANDADO DE SEGURANÇA - LICITAÇÃO - MODALIDADE CONCORRÊNCIA - DESCUMPRIMENTO DE EXIGÊNCIA DO EDITAL - PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO DO ATO CONVOCATÓRIO - ART. 41 DA LEI Nº 8.666/93 - SEGURANÇA DENEGADA. A Administração Pública somente exerce seu poder discricionário no momento de elaboração do Edital de Licitação, após, ela está vinculada às regras dispostas no Edital, em observância ao Princípio da Vinculação do Ato Convocatório, disposto no artigo 41, da Lei nº 8.666/93, cuja inobservância enseja a inabilitação do concorrente. (MS 65990/2010, DES. JOSÉ TADEU CURY, TURMA DE CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO, Julgado em 03/03/2011, Publicado no DJE 30/03/2011)” (grifo nosso) (TJ-MT - MS: 00659900920108110000 65990/2010, Relator: DES. JOSÉ TADEU CURY, Data de Julgamento: 03/03/2011, TURMA DE CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO, Data de Publicação: 30/03/2011)

43. Portanto, a declaração apresentada pela Licitante Aurora da Amazônia Terminus e Serviços Ltda. deve ser conferida pelo órgão licitante, a fim de que a constatação seja confiável.

44. Diante das irregularidades demonstradas e as inquestionáveis normas e argumentações expostas, pugna-se pela inabilitação da empresa AURORA DA AMAZÔNIA TERMINAIS E SERVIÇOS LTDA.

¹ **Art. 37.** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

III - DO PEDIDO

45. Diante dos fatos e fundamentos apresentados, requer a justa decisão desta Comissão de Licitação para:

1) DECLARAR a empresa AURORA DA AMAZONIA TERMINAIS E SERVIÇOS LTDA. **inabilitada do certame 010/LALI-2/SBEG/2017;**

2) Que seja realizada diligência para confirmar a veracidade da declaração apresentada para cumprimento do item 8.5, letra "e.1" do Edital de Licitação nº 010/LALI-2/SBEG/2017, nos termos da Nota 3 do referido item do Edital.

Nesses termos,
Pede deferimento.

Brasília, 28 de dezembro de 2017.



Leonardo Romeiro Bezerra

OAB/DF nº 28.944