



Acórdão 00582/2023-2 - 1ª Câmara

Processo: 04618/2021-3

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: SRSV - Superintendência Regional de Saúde de Vitória

Relator: Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

Representante: CLINICA DE REABILITACAO ACELERADA VILA VELHA LTDA

Responsável: CYBELI PANDINI GIURIZATTO ALMEIDA, ANGELA MARIA DA SILVA

Procurador: CESAR GERALDO SCALZER (OAB: 17968-ES)

CONTROLE EXTERNO – FISCALIZAÇÃO – REPRESENTAÇÃO – LICITAÇÃO – REGISTRO DE PREÇO – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE FISIOTERAPIA – PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS COM SÓCIO EM COMUM – ALEGAÇÃO DE COLUIO – ALEGAÇÃO NÃO DEMONSTRADA NOS AUTOS – JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE DE CONTAS – IMPROCEDÊNCIA – CIÊNCIA – ARQUIVAMENTO.

1. Participação de empresas com sócios em comum somente constitui ilegalidade nas hipóteses de: I – convite; II – contratação por dispensa de licitação; III – existência de relação entre as licitantes e a empresa responsável pela elaboração do projeto executivo; e IV – contratação de uma das empresas para fiscalizar serviço prestado por outra, ao passo que nos demais casos devem ser demonstrado o conluio, através dos meios de prova admitidos no direito – Acórdão TC 00779/2020-1.

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO:

I. RELATÓRIO

Tratam os autos de **Representação com pedido de cautelar**, formulada pela pessoa jurídica de direito privado **CLINICA DE REABILITAÇÃO ACELERADA DE VILA VELHA LTDA**, narrando possíveis irregularidades no **Pregão Eletrônico nº 0014/2021**, lançado pela **Superintendência Regional de Saúde de Vitória - SRSV**, cujo objeto é a contratação de empresa para prestação de serviços de fisioterapia na modalidade pediasuit e suas possíveis variantes (therasuit, medek, associado a técnica de plasticidade, teach, bobath, etc.), necessário ao cumprimento de sentenças judiciais dirigidas à Secretaria Estadual de Saúde (Região Metropolitana).

Em apertada síntese, relata a Representante que, das 03 empresas cadastradas para participar do certame, 02 delas possuíam a mesma sócia administradora, em clara formação de grupo econômico, sendo representadas, inclusive, no pregão eletrônico, pela mesma sócia administradora, maculando a competitividade e a isonomia com os demais licitantes, em flagrante violação aos princípios que regem a Lei de Licitações. Argumenta que, em fase de recurso, a ilustre pregoeira habilitou uma dessas empresas, qual seja, Centro Intensivo de Terapia de Vitória LTDA-ME. Requereu, ao final, a suspensão de todos os atos relacionados ao referido certame.

Por meio da **Decisão Monocrática 00767/2021/2021** (peça 30), posterguei a análise da cautelar pretendida, e determinei a **notificação** dos responsáveis, para que se manifestassem sobre as irregularidades apontadas.

Devidamente notificadas, as responsáveis apresentaram suas defesas e documentos (peças 37 a 41).

Ato contínuo, os autos foram encaminhados ao **Núcleo de Controle Externo e outras Fiscalizações - NOF**, onde foi elaborada a **Manifestação Técnica Cautelar 00124/2021** (peça 45), com a seguinte proposta de encaminhamento, *verbis*:

3 PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Ante ao exposto, submeto a consideração superior a seguinte proposta de encaminhamento:

*3.1 - **Indeferir** a medida cautelar visto que não restaram demonstrados os requisitos autorizadores previstos no art. 376 do RITCEES;*

*3.2 - **Determinar** que os autos caminhem sob o rito ordinário face à ausência dos pressupostos do art.306 do RITCEES;*

3.3 - Notificar a autoridade competente para que se pronuncie no prazo de até 10 dias quanto à decisão a ser prolatada, nos termos do art.307, § 3º, do RITCEES e encaminhe a cópia integral do processo administrativo 2020-8C3GX referente ao Pregão Eletrônico nº 0014/2021;

3.4 - Cientificar o Representante do teor da decisão a ser proferida, nos termos do art. 307, §7º do RITCEES.

Por meio do **Voto 5516/2021-8** (peça 48), **ratificado pela Decisão 3775/2021-7** (peça 49), **acompanhei** a supramencionada proposta da área técnica.

Devidamente notificadas, as responsáveis encaminharam cópia do processo administrativo 2020-8C3GX referente ao Pregão Eletrônico nº 0014/2020 (peças 60 a 70).

Na sequência, os autos foram encaminhados novamente ao **NOF**, onde foi elaborada a **Instrução Técnica Conclusiva 0828/2020-8** (peça 74), que apresentou a seguinte proposta de encaminhamento:

Ante o exposto, submete-se à consideração superior a seguinte proposta de encaminhamento:

3.1 Considerar improcedente a representação, nos termos do artigo 99, §2º c/c art. 95, I da Lei Complementar n. 621/2012;

3.2 Nos termos do §7º do art. 307 do RITCEES, seja dada ciência ao representante acerca da decisão proferida por esta Corte de Contas ao final do processamento destes autos.

O Ministério Público de Contas, através do **Parecer 2035/2023-8** (peça 78), da 2ª Procuradoria de Contas, da lavra do Procurador de Contas Dr. Luciano Vieira, **anuiu** à proposta contida na ITC supramencionada.

II. FUNDAMENTOS

II.1 DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

Cumprir mencionar que a representação foi conhecida, conforme disposto na **Decisão Monocrática 0767/2021-7** (peça 30).

II.2 MÉRITO

Das irregularidades apontadas na exordial (**Petição Inicial 1377/2021-1** – peça 02), a Representante Clínica de Reabilitação Acelerada de Vila Velha – LTDA alegou que as empresas Centro Intensivo de Terapia – Eireli e Centro Intensivo de Terapia de Vitória – LTDA possuíam a mesma sócia administradora, A Sra. Rozenira Sarmento Ghisolfi.

Além disso, segundo a Representante:

“Para a representante, tratou-se de conluio entre essas duas empresas, com a intenção de desequilibrar e prejudicar a disputa, em total inobservância do princípio do sigilo das propostas (prevista no item 21.3 do edital) e da isonomia, inclusive, a isonomia da oferta de lances, pois “até mesmo o temporizador de lances é fraudado com a referida conduta” (doc. 2, p. 4), pois como defendiam o interesse da mesma sócia, segundo a representante, puderam praticar lances em tempo menor do que o previsto nos itens 16.13.1, 16.13.2 e 16.13.3, do edital (doc. 4, p. 8).

Quanto aos lotes 3 e 4, alegou que sequer houve disputa, sendo irrisório o desconto praticado em relação ao preço orçado, pois dada a inexistência de sigilo, sabiam que uma delas venceriam, podendo assim, “atacar de forma ainda mais desleal a recorrente”. Em contrapartida, nos lotes em que houve a participação da recorrente, houve redução dos valores, com sucessivos lances.

A representante informou também que interpôs recurso administrativo (doc. 22), solicitando a desclassificação do Centro Intensivo de Terapia de Vitória LTDA-ME pelas mesmas razões alegadas nesta representação e ainda que tenha reconhecido vícios no processo licitatório, a pregoeira manteve a habilitação e negou provimento, por argumentos semelhantes aos esclarecimentos prestados a esta Corte de Contas, que serão apresentados e analisados adiante.

Apontou ainda que no dia 12/7/2021, ou seja, doze dias após a sessão de lances do pregão, a empresa recorrida, Centro Intensivo de Terapia de Vitória LTDA, alterou seu contrato social (doc. 23-25), tendo a ex-sócia Rozenira Sarmento Ghisolfi, transferido a totalidade de suas cotas societárias para “Jackeline Sarmento Alves (aparentemente parente da ex-sócia)”. Esse fato, na percepção do representante, ‘chama ainda mais a atenção para a existência de conluio entre as duas empresas”.

“Senhor conselheiro, não se trata de duas empresas disputando entre si, mas, de duas empresas, em conluio, com a finalidade de prejudicar a disputa, de afastar concorrentes, pois, entre elas não havia sigilo de proposta, no caso concreto, foi um verdadeiro dois contra um, em total inobservância do princípio do sigilo das propostas e da isonomia.

As empresas que possuíam sócios em comum, representadas no pregão, pela mesma sócia administradora, fere de morte o “devido processo licitatório”, causando desequilíbrio na competição, que em nada beneficia à administração, muito pelo contrário, trás prejuízos em razão do evidente conluio praticado, prejudicando a disputa, e afastando dos certames, empresas sérias, tal ilegalidade deve ser reconhecida e combatida pela administração pública. Não é demais lembrar que a presente licitação passa da casa dos milhões de reais”.

Pois bem.

No que tange ao fato de terem participado do processo licitatório duas empresas que apresentaram sócio em comum em seu quadro, esta Corte de Contas já se pronunciou mais de uma vez, sendo claras as lições presentes nos Acórdãos que segue:

Acórdão 00779/2020-1

Enunciado:

A participação de empresas com sócios em comum somente constitui ilegalidade nas hipóteses de: I - convite; II - contratação por dispensa de licitação; III - existência de relação entre as licitantes e a empresa responsável pela elaboração do projeto executivo; e IV - contratação de uma das empresas para fiscalizar serviço prestado por outra”. Nas demais situações tal fato deve despertar a atenção da Administração para eventual conduta suspeita ou fraudulenta que possa culminar na desclassificação das licitantes, mas não autoriza inibir, de plano e por si só, a participação dessas empresas.

CopiarTeor:

[Licitação. Participação. Licitante. Empresa. Sócio]

ACÓRDÃO 779/2020 – PLENÁRIO

Versam os autos sobre Tomada de Contas Especial convertida de Fiscalização Ordinária, relativa ao exercício de 2012 (...).

(...) VOTO VISTA DO CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

(...) 6.2. Encaminhamento da Denúncia

(...) o simples fato de empresas com **sócios em comum** participarem da licitação não permite a conclusão que essa atuação se deu de forma fraudulenta ou mesmo com o objetivo de frustrar os objetivos da licitação. Pelo contrário, a presunção é da boa-fé e da inocência, até que se prove o contrário.

Daí porque, como a Lei 10.520/02 não prevê a situação narrada como impeditiva para participar de licitações processadas pela modalidade pregão, será preciso reunir elementos suficientes que comprovem a prática de ato capaz de frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório.

Reforça esse entendimento o posicionamento do TCU ao manifestar-se sobre a ilegalidade de cláusula de instrumento convocatório que, de plano, vedava a participação na licitação de empresas que possuíssem **sócios em comum**: Acórdão 2.341/2011 – Plenário (...).

Segundo essa manifestação do TCU, a participação de empresas com **sócios em comum** somente constitui ilegalidade nas hipóteses de: I. convite; II. contratação por dispensa de licitação; III. existência de relação entre as licitantes e a empresa responsável pela elaboração do projeto executivo; e IV. contratação de uma das empresas para fiscalizar serviço prestado por outra.

Já nas demais situações, tal fato deve despertar a atenção da Administração para eventual conduta suspeita ou fraudulenta, mas não autoriza inibir, de plano e por si só, a participação dessas empresas.

Com base nessas razões, parece possível concluir que, segundo o atual entendimento do TCU, em um pregão eletrônico, a simples comprovação por meio de consulta realizada no SICAF, da existência de **sócios em comum** de empresas que disputam certame não é suficiente para afastar essas empresas da licitação.

Acórdão 00395/2019-6

CopiarTeor:

[Licitação. Conluio. Fraude. Indício]

ACÓRDÃO TC – 395/2019 – PLENÁRIO

Trata-se de Tomada de Contas Especial decorrente de processo de auditoria ordinária realizada na Prefeitura Municipal de Vila Velha (PMVV), referente ao exercício de 2012.

(...) II.2.1 Conluio entre os participantes da licitação.

(...) Conforme consta na denúncia anônima apresentada à Prefeitura de Vila Velha, a equipe de auditoria identificou a existência de fortes indícios de conluio entre alguns dos participantes do Pregão 26/2012 (...).

Dentre eles, a autenticação de documento no mesmo cartório, dia e hora, solicitação de análise de amostras no mesmo dia e horário e com a mesma gramatura das amostras, existência de sócios em comum entre as empresas licitantes, existência de notas fiscais emitidas de forma sequenciais, similaridade de endereço de retirada dos volumes de uma empresa no endereço de outra.

(...), entendo estar devidamente caracterizada a associação das empresas com a intenção de burla ao procedimento licitatório. Isto porque a força e o concurso dos indícios identificados, bem como as semelhanças encontradas nos documentos encartados aos autos não podem ser atribuídas ao acaso.

fruto de coincidências isoladas, como tentam fazer crer as defesas apresentadas.

Deste modo, ainda que a princípio, a participação de empresas cujos sócios possuam relação de parentesco em pregões eletrônicos não constitua qualquer vício ou irregularidade, verifico que o conjunto probatório harmonioso evidencia a sincronia das ações praticadas entre as licitantes no sentido de dissimular atos, com vistas à burla do procedimento licitatório (autenticação, protocolização de amostras, participação de empresas familiares, existência de sócios em comum, identidade de endereços de empresas, notas fiscais fraudulentas).

(...) Finalmente, quanto a aplicabilidade da pena de inidoneidade, ressalto que a dosimetria da referida pena tem como fundamento os artigos 1º, XXXI e 140 da Lei Complementar 621/2012 e artigo 393 do RITCCES, os quais não tinham vigência nem aplicação na época dos fatos.

E o princípio da irretroatividade garante que não seja aplicada penalidade de forma retroativa no tempo. Em suma, não havia previsão na Lei Complementar 32 de 14 de janeiro de 1993 para a dosimetria na aplicação da pena, na época da ocorrência dos fatos aqui tratados, não sendo possível a aplicação da referida penalidade.

Nesse mesmo diapasão, explica a Área Técnica que a participação de empresas com sócios em comum somente constitui ilegalidade nas hipóteses de: I – convite; II – contratação por dispensa de licitação; III – existência de relação entre as licitantes e a empresa responsável pela elaboração do projeto executivo; e IV – contratação de uma das empresas para fiscalizar serviço prestado por outra, ao passo que nos demais casos **devem ser demonstrado o conluio, através dos meios de prova admitidos no direito.**

Registra também o Corpo Técnico, que apenas 3 (três) empresas participaram do certame e o fato de a Sra. Rozenira Sarmiento Ghisolfi ser sócia em duas empresas só veio à tona após a fase de lances, o que segundo o Corpo Técnico **não teria o condão de afastar outras empresas de participarem do certame.**

Com relação à afirmação de que esse fato trouxe prejuízo a Administração Pública, afirma a Área Técnica **que tal alegação não merece prosperar**, visto que o **valor de todos os lotes ficou abaixo do valor estimado**, tendo apresentado uma **economia** final na ordem de **16,44%**, conforme demonstrado na tabela abaixo:

Tabela 1 - Resultado do Pregão Eletrônico nº 0014/2021 (SRSV)

Lote	Valor Global Máximo (Estimado)	Valor Global Máximo licitado	% de redução	Licitantes	Vencedor
1 - Pediasuit	1.036.800,00	866.000,00	16,47%	Três licitantes	Clínica de Reabilitação Acelerada de Vila Velha LTDA
2 - Pediasuit / Plasticidade do sistema nervoso	2.678.400,00	2.100.000,00	21,59%	Três licitantes	Centro Intensivo de Terapia de Vitória LTDA
3 - Pediasuit / Medek	2.592.000,00	2.590.900,00	0,04%	Duas licitantes (mesma sócia representante)	Centro Intensivo de Terapia de Vitória LTDA
4 - Pediasuit / Teacch	432.000,00	430.998,00	0,23%	Duas licitantes (mesma sócia representante)	Centro Intensivo de Terapia de Vitória LTDA
5 - Therasuit	828.000,00	265.999,00	67,87%	Três licitantes	Centro Intensivo de Terapia de Vitória LTDA
6 - Pediasuit / Bobath	432.000,00	430.000,00	0,46%	Três licitantes	Clínica de Reabilitação

Desta forma, no caso sob análise, verifica-se, de início, que **não há óbice** na participação no presente certame, das duas empresas que apresentaram sócio em comum, visto que **respeitaram o processo licitatório**.

Com relação a **alegação de conluio** entre as empresas participantes, com a intenção de desequilibrar e prejudicar a disputa, em total inobservância do princípio do sigilo das propostas e da isonomia, **certifica** o Corpo Técnico que tal alegação **não restou demonstrada nos autos, não havendo qualquer conduta ou demonstração** que corrobore com essa afirmação.

Quanto a alegação que **não teria havido disputa nos lances relativos aos lotes 3 e 4** do certame em análise. Segundo a Equipe Técnica, **essa alegação também não encontra guarita nos autos**, visto que, apesar de pequeno o desconto, **o valor final contratado ficou abaixo do valor máximo estipulado** pela entidade licitante, sendo certo que caso houvesse de fato o conluio, por não haver outros concorrentes a empresa vencedora poderia ter arrematado o lote pelo valor total.

Destarte, da análise realizada pelo **NOF**, quanto as supostas irregularidades ventiladas pela Representante em relação ao **Pregão Eletrônico nº 0014/2021**, lançado pela **Superintendência Regional de Saúde de Vitória - SRSV**, entende o setor pela **improcedência** da presente Representação, **entendimento esse que acompanho**, nos termos do art. 95, I da Lei Orgânica desta Corte de Contas – LC 621/2012.

III. PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

Pelo exposto, obedecendo os trâmites processuais e legais, **corroborando** com o entendimento Técnico e do Ministério Público de Contas, **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte minuta de Deliberação que submeto à sua consideração:

SERGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

Conselheiro Relator

1. ACÓRDÃO TC-582/2023:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão da Primeira Câmara, ante as razões expostas, em:

1.1. Julgar **IMPROCEDENTE** a representação, nos termos do art. 95, inciso I da Lei Complementar Estadual 621/2012 (Lei Orgânica do TCEES), tendo em vista a não constatação de irregularidade;

1.2. **CIENTIFICAR** a Representante e representados do teor da decisão, conforme comando previsto no art. 307, § 7º do RITCEES.

1.3. **ARQUIVAR** os presentes autos, nos termos do art. 331, inciso I, do RITCEES.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 23/06/2023 – 22ª Sessão Ordinária da 1ª Câmara.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Sebastião Carlos Ranna de Macedo (presidente), Sérgio Aboudib Ferreira Pinto (relator) e Rodrigo Coelho do Carmo.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

Presidente

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

Relator

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS HERON CARLOS GOMES DE OLIVEIRA

Em substituição ao procurador-geral

LUCIRLENE SANTOS RIBAS

Subsecretária das Sessões