

Aos vinte e quatro dias do mês de julho do ano de dois mil e dezessete, às onze horas, na Sala de Reunião da Secretaria Municipal de Serviços e Obras – SMSO, reuniram-se os membros da Comissão Especial de Licitação – CEL, instituída pela Portaria n.º 19/SMSO/17. PRELIMINARMENTE há que retificar os termos constantes na Ata publicada em 08/07/2017, quanto à menção de *“Tal entendimento prende-se ao fato de acompanhar manifestação dos Auditores do Egrégio Tribunal”*, para fazer constar que *“Tais informações advieram do r. voto vencido do Senhor Conselheiro do Egrégio Tribunal de Contas, MAURÍCIO FARIA, prevalecendo o voto do Senhor Conselheiro Relator JOÃO ANTONIO, considerando ser matéria de competência da Comissão, a quem caberá deliberar sobre a extensão dos efeitos da decretação de inidoneidade da empresa Alumini para a Quatro Participações e os seus reflexos para o consórcio como um todo. A seguir, a designada Comissão deu início à análise da DEFESA PRÉVIA protocolada em 14 de julho de 2017 pelo Consórcio WALKS, relativa à decisão publicada no Diário Oficial da Cidade de São Paulo, em 8 de julho de 2017, que determinou a sua exclusão da licitação em referência. O Consórcio insurgente, em sua petição de 33 páginas mais anexos, alegou que, com a decisão da CEL, teria ocorrido a: a) “supressão do direito de defesa do Consórcio Walks; b) a violação dos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa”, e a c) inovação no rito da licitação; antecipação do julgamento dos documentos de habilitação do Consórcio Walks”; d) que não há a caracterização das condições para a aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica Expansiva tendo em vista que a “QUAATRO e a ALUMINI não são a mesma pessoa”, que e) “o poder judiciário não desconsiderou a personalidade jurídica da QUAATRO”, f) que não houve irregularidade na operação de compra e venda entre a QUAATRO e a Guarupart, g) não sendo cabível a aplicação da Lei Anticorrupção nem considerada a questão da recuperação judicial, pleiteando ao final: 1) o recebimento e conhecimento da Defesa Prévia, uma vez preenchidos todos os requisitos extrínsecos para tanto; 2) a invalidação da decisão da CEL, ratificada pelo Sr. Secretário; 3) o regular prosseguimento da Licitação, sendo designada sessão de abertura dos envelopes de proposta Comercial e, na sequência, a abertura dos Documentos de Habilitação do licitante classificado em primeiro lugar. Analisados os argumentos e documentos apresentados, a Comissão manifesta-se nos seguintes termos:*

i) A Defesa Prévia apresentada pelo Consórcio WALKS, por tempestiva e preencher os requisitos legais, é recebida e conhecida por esta Comissão;

ii) Quanto à alegada supressão do direito de defesa e violação dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, a Comissão entende que a questão encontra-se superada, face à abertura do prazo para a apresentação de defesa prévia, devidamente aproveitado pelo Consórcio Walks, e à análise da documentação apresentada pelo consórcio recorrente;

iii) A alegação de que houve a “inovação no rito da licitação”, com a “antecipação do julgamento dos documentos de habilitação do Consórcio Walks” é totalmente improcedente, pois a Comissão não analisou os documentos de habilitação do Consórcio Walks, que permanecem em envelope lacrado e rubricado sob a guarda desta Comissão Especial de Licitação, junto com o envelope contendo os documentos de habilitação do Consórcio FM Rodrigues/CLD, em estrito cumprimento das disposições da legislação pertinente. A decisão da Comissão Especial de Licitação, exarada na Ata de Reunião do dia seis de julho de 2017, fls.9.262/9.265, decorre de mera verificação do atendimento pelos dois licitantes das disposições constantes da Cláusula 7ª do instrumento editalício, “Das Condições de Participação”, que em seu item 7.2 apresenta um rol de condições

que impossibilitam pessoas jurídicas, isoladamente ou em consórcio, de participar do certame. Com exceção da alínea “d”, as demais restrições não são passíveis de verificação quando da análise da documentação de habilitação dos licitantes. Dessa forma, a Comissão Especial de Licitação tem o poder-dever de verificar a condição de participação de cada licitante, verificação que pode ocorrer a qualquer momento do procedimento licitatório, afastando do certame aqueles que não possam dele participar por expressa vedação editalícia;

iv) Quanto à aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica Expansiva, cabe esclarecer que esta Comissão Especial de Licitação – CEL considerou os seguintes fatos para a desconsideração expansiva da personalidade jurídica: **a)** A QUAATRO é detentora de 99,9% das ações da ALUMINI, que se assemelha a uma subsidiária integral da QUAATRO; **b)** As assembleias sociais das duas empresas são realizadas no mesmo local, sendo que as pessoas físicas presentes e praticantes dos atos são exatamente as mesmas; **c)** A composição das diretorias das duas empresas é a mesma; **d)** As duas empresas dividem de forma compartilhada os Atestados Técnicos da empresa controlada ALUMINI; **e)** Que o Engenheiro José Lázaro Alves Rodrigues é responsável técnico pelas duas empresas; **f)** Que o objeto social das duas empresas abrange a prestação de serviços de engenharia;

v) Cabe ressaltar que a alteração do objeto social da empresa QUAATRO Participações S.A para permitir a prestação de serviços de engenharia foi aprovada na Assembleia Geral Extraordinária, realizada em 27 de novembro de 2015, enquanto a deliberação de compartilhar os Atestados Técnicos da empresa controlada ALUMINI Engenharia S.A foi tomada na Assembleia Geral Extraordinária realizada em 01 de dezembro de 2015, ambas posteriores à publicação do Edital da Concorrência Internacional n.º 01/SES/2015, de 13 de novembro de 2015, no qual era exigida a apresentação de Atestados Técnicos da empresa e de seus profissionais. Configura-se, assim, a montagem de uma “estrutura societária” na QUAATRO Participações S.A. para absorver a expertise e o pessoal técnico-administrativo da ALUMINI com o objetivo de permitir que a QUAATRO pudesse participar da licitação em pauta, tendo em vista que a controlada ALUMINI não poderia participar do certame por estar em recuperação judicial. Dessa forma, constatou-se a configuração de um desvio de finalidade e confusão patrimonial, caracterizando-se como abuso de personalidade jurídica, nos termos do artigo 50 do Código Civil. As empresas controladora e controlada se confundem, restando pois a aplicação da desconsideração expansiva. A Declaração de Inidoneidade da empresa ALUMINI Engenharia S.A em decorrência de processo administrativo no âmbito do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União, publicada em 24 de abril de 2017, configurou-se em novo impedimento legal a ser burlado pela “estrutura societária” montada na QUAATRO Participações S.A para absorver a expertise e o pessoal técnico-administrativo da ALUMINI. A Cláusula 7ª do Edital da Concorrência Internacional n.º 01/SES/2015 veda a participação de empresas declaradas inidôneas pela Administração Pública, o que tem respaldo no art. 97 da Lei Licitação. Deve-se destacar que foi exatamente essa expertise e o pessoal técnico-administrativo da ALUMINI que foi penalizado com a declaração de inidoneidade. Com a aplicação da desconsideração expansiva, a QUAATRO fica atingida por aquela Declaração de Inidoneidade e, assim, impedida de participar da licitação em pauta, acarretando a exclusão do Consórcio WALKS da Concorrência Internacional n.º 01/SES/2015;

vi) Na Defesa Prévia apresentada pelo Consórcio WALKS não foram apresentados nenhum argumento e/ou prova que desconstituísse os fatos que embasaram a desconsideração expansiva da personalidade jurídica. Nela é confirmado que a QUAATRO é detentora de 99,9% das ações da

ALUMINI, ou seja, esta se assemelha a uma subsidiária integral da QUAATRO. A alegação constante da Defesa Prévia de que a ALUMINI estaria voltada para atividades de engenharia, enquanto a QUAATRO voltar-se-ia para participações societárias em outras empresas, não condiz com a realidade desde a Assembleia Geral Extraordinária da QUAATRO realizada em 27 de novembro de 2015, quando no objeto social da empresa foi introduzida a prestação de serviços de engenharia;

vii) Dessa forma, a conduta da empresa QUAATRO pode ser enquadrada no instituto previsto no art. 50 do Código Civil, tendo em vista que os órgãos da Administração Pública não podem contratar com empresas que praticam atos de burla ao certame licitatório, atuando com desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, que são os casos de nascimento de outras empresas com o mesmo objeto social e mesmos sócios que a empresa impedida de licitar, cuja finalidade reside em burlar a penalidade aplicada à pessoa jurídica anterior. A Administração Pública, pela prerrogativa da supremacia do interesse público sobre o particular, como também pela indisponibilidade do interesse público, tem o poder-dever de recorrer ao instituto previsto no art. 50 do Código Civil para resguardar os interesses da Administração, considerando as circunstâncias, os fatos concretos e os indícios de que houve a criação ou uso da pessoa jurídica com o intuito de possibilitar a burla da pena administrativa anteriormente aplicada. A adaptação da QUAATRO à prestação de serviços de engenharia e o compartilhamento de atestados técnicos da ALUMINI entre as duas empresas, aliado ao responsável técnico comum, mesmos sócios, mesma diretoria e disponibilidade dos mesmos recursos administrativo-financeiros, evidencia a intenção de superar a declaração de inidoneidade da empresa controlada com a constituição de nova estrutura societária na empresa controladora com o aproveitamento de todos os recursos da controlada. O STJ (RMS **15166** /BA Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, 2002/0094265-7, Ministro Relator CASTRO MEIRA, Segunda Turma) manifestou-se favorável à aplicação desse instituto pela Administração Pública: 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 a 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;

viii) A jurisprudência do Tribunal de Contas da União acompanha esse entendimento. O Acórdão n.º 928/2008-Plenário dispôs que “1. *Confirmado que a empresa licitante foi constituída com o nítido intuito de fraudar a lei, cabe desconsiderar a sua personalidade jurídica de forma a preservar os interesses tutelados pelo ordenamento jurídico. 2. Deve ser declarada a nulidade de licitação cujo vencedor utilizou-se de meios fraudulentos.*” No Acórdão 1831/2014 – Plenário, o ministro relator , ratificando esse entendimento, registrou que “4. *O Tribunal, ao examinar, em ocasião*

anterior, matéria análoga, já havia se pronunciado sobre a irregularidade de tal tipo de operação, registrando na ementa do Acórdão 2.218/2011 – 1ª Câmara o seguinte entendimento: “3. Presume-se fraude quando a sociedade que procura participar de certame licitatório possui objeto social similar e, cumulativamente, ao menos um sócio-controlador e/ou sócio-gerente em comum com a entidade apenada com as sanções de suspensão temporária ou declaração de inidoneidade, previstas nos incisos III e IV do art. 87 da Lei 8.666/1993.” 5. A situação verificada nos presentes autos possui muito mais elementos de convicção acerca da existência de tentativa de burla ao disposto na Lei 8.666/1993 do que a hipótese delineada no acórdão mencionado.

ix) *No entender desta Comissão, e embasada em jurisprudência, doutrina e documentos existentes no processo, três características fundamentais permitem configurar a ocorrência de abuso da personalidade jurídica neste caso: a) a completa identidade dos sócios-proprietários; b) a atuação no mesmo ramo de atividades; c) a transferência integral do acervo técnico e humano.”* A relação da QUAATRO com a ALUMINI preenche as três características: a) Como a QUAATRO é proprietária de 99,9% das ações da ALUMINI, os proprietários da QUAATRO são os proprietários da ALUMINI; b) Conforme demonstrado anteriormente, a QUAATRO, após a Assembleia Geral Extraordinária da QUAATRO realizada em 27 de novembro de 2015, quando no objeto social da empresa foi introduzido a prestação de serviços de engenharia, atua no mesmo ramo de atividade da ALUMINI, no tocante ao objeto da licitação em pauta; c) Conforme disposto na Assembleia Geral Extraordinária realizada em 01 de dezembro de 2015, a QUAATRO passou a compartilhar os Atestados Técnicos da empresa controlada ALUMINI Engenharia S.A e o mesmo responsável técnico.

x) Deve-se destacar que a decisão desta Comissão não foi baseada somente na aplicação da Lei Anticorrupção, apenas citada por conter dispositivo similar ao do art. 50 do Código Civil. Da mesma forma, uma eventual irregularidade da operação de compra e venda entre a QUAATRO e a Guarupart não influenciou na decisão da Comissão, assumindo-se apenas que com essa operação a QUAATRO passou a deter 99,9% das ações da ALUMINI, configurando-se essa como subsidiária integral daquela empresa.

xi) Somente a título de demonstrar, como se os elementos ensejadores da decisão, ora guerreada, não bastassem, devemos registrar a existência da Ação de Execução, promovida por UNICOPA ENERGIA S/A, em face da QUAATRO PARTICIPAÇÕES S/A, em trâmite pela 44ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo, sob nº 1033013-71.2017.8.26.0100, onde de forma textual, a QUAATRO, em Embargos à Execução, requer os benefícios da assistência judiciária gratuita, para distribuição dos embargos. Nesse pedido é textualmente escrito: “Os Embargantes encontram-se intrinsecamente relacionados com a empresa devedora original, ALUMINI ENGENHARIA.” E prossegue em suas razões que: “a aludida empresa ingressou, em 15 de janeiro de 2015, com o pedido de recuperação judicial perante o e. Juízo da 2ª Vara e Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central da comarca da Capital-SP, sendo deferido o processamento da citada recuperação judicial, em 20 de janeiro de 2015”. E mais. “Estando relacionados à aludida empresa, os Embargantes também sofrem os efeitos de recuperação judicial da empresa ALUMINI, bem como das dificuldades financeiras enfrentadas atualmente”. Em outro parágrafo encontramos: “Importante se faz destacar que, por tal motivo, os Embargantes encontram-se absolutamente impossibilitados de promover o recolhimento das custas processuais (R\$ 56.000,00) sem o prejuízo de suas operações comerciais (QUAATRO)”.

xii) Tendo em vista que os elementos colhidos em contraditório não foram capazes de afastar os fatos e indícios considerados na decisão desta Comissão Especial de Licitação – CEL, e considerando-se perfeitamente plausível a utilização do instituto da desconconsideração da personalidade jurídica às licitações em virtude de que a Administração Pública, na lacuna legal, poderá valer-se da analogia, do costume e dos princípios gerais do direito, de forma a garantir a moralidade do procedimento licitatório, a Comissão recebe a Defesa Prévia do Consórcio WALKS, por tempestiva, e no mérito nega-lhe provimento, pelos motivos acima relatados, mantendo integralmente sua decisão anterior, registrada na Ata de Reunião datada do dia seis de julho de 2017, fls.9.262/9.265. Encaminhe-se o presente para a Autoridade Competente a fim de exarar o r. despacho. Por oportuno, a CEL registra que devido à impetração de Mandado de Segurança promovido pelo Consórcio WALKS, obtendo liminar quanto à suspensão administrativa da decisão da autoridade coatora, que o excluiu do certame, permitindo a sua participação, aguarda orientação da Procuradoria Geral do Município e da Secretaria da Justiça, do Município de São Paulo, para dar prosseguimento.

Nada mais havendo a tratar, foi lavrada a presente Ata que, lida e achada conforme, vai assinada pelos presentes.

DULCE EUGENIA DE OLIVEIRA _____
Presidente

ANTONIO CARLOS CINTRA DO AMARAL FILHO _____
Membro

GILBERTO ROSA _____ +
Membro

JOSÉ THOMAZ MAUGER _____
Membro

LUÍS AUGUSTO PANADÉS _____
Membro

MICHEL CÉLIO KANGE _____
Membro