



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Santa Catarina
3ª Vara Federal de Florianópolis

Rua Paschoal Apóstolo Pitsica, 4810, 3º andar - Bairro: Agronômica - CEP: 88025-255 - Fone: (48)3251-2995 - <http://www.jfsc.jus.br/> - Email: scflp03@jfsc.jus.br

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 5032324-49.2014.404.7200/SC

IMPETRANTE: TECNICA CONSTRUÇOES S.A.

ADVOGADO: SILVIO DE SOUZA GARRIDO JUNIOR

IMPETRADO: Superintendente Regional - DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRA-ESTRUTURA DE TRANSPORTES - DNIT - Florianópolis

IMPETRADO: Presidente da Comissão de Licitação - DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRA-ESTRUTURA DE TRANSPORTES - DNIT - Florianópolis

IMPETRADO: CONSTRUCAP CCPS ENGENHARIA E COMERCIO SA

ADVOGADO: WILLIAM ROMERO

ADVOGADO: André Guskow Cardoso

ADVOGADO: Guilherme Augusto Vezaro Eiras

ADVOGADO: DIEGO RICARDO CAMARGO FRANZONI

ADVOGADO: MAYARA GASPAROTO TONIN

ADVOGADO: Rafael Wallbach Schwind

MPF: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

SENTENÇA

Técnica Construções S/A impetrou mandado de segurança, originariamente distribuído ao MM. Juiz da 2ª Vara Federal de Florianópolis, com requerimento de liminar, contra ato atribuído ao Presidente da Comissão de Licitações do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT) e ao Superintendente Regional do DNIT/SC, incluindo Construcap CCPS Engenharia e Comércio S.A. como litisconsorte passiva necessária.

Segundo a narrativa da petição inicial, o DNIT lançou Edital de RDC Eletrônico n. 237/2014-16 com o objetivo de contratar empresa para a *Execução de obras de duplicação da rodovia incluindo restauração e melhoramentos para adequação de capacidade e segurança na BR-280/SC, lote 01.*

Relatou que a sua proposta, no valor de R\$ 304.000.000,00 (trezentos e quatro milhões de reais), foi a de menor valor dentre as apresentadas pelas 5 (cinco) empresas participantes do certame.

Em seguida, disse que, embora haja sido classificada provisoriamente em primeiro lugar na etapa de lances, o DNIT recusou a sua proposta sob o argumento de que teriam sido desatendidos os itens 9.1.3.1.1 e 9.1.3.1.3 do edital, bem como o item 5.1, a), do seu Anexo I - Projeto Básico.

Conforme alegou, a empresa Construcap CCPS Engenharia e Comércio S/A, segunda colocada, foi convocada para apresentar seus documentos e, ao final, considerada habilitada e vencedora do certame.

Acrescentou que, antes mesmo de decorrido o prazo recursal de 5 (cinco) dias úteis previsto no item 11.7 do edital, contado a partir da publicação da ata, em 21 de outubro de 2014, as autoridades impetradas publicaram os termos de adjudicação e de homologação, estando na iminência de firmar o contrato para o qual o certame foi instaurado.

Posteriormente, afirmou que foram dois os motivos que levaram à sua inabilitação: a participação indireta de empresa inidônea e submetida a processo de recuperação judicial e a falta de comprovação de capacidade técnica para a execução do objeto licitado.

Aduziu que embora seja subsidiária integral da empresa Delta Construções S/A, esta última é pessoa jurídica autônoma e não participará de qualquer maneira no eventual contrato a ser firmado.

Segundo asseverou, a sociedade empresária Técnica Construções S/A foi criada a partir do Plano de Recuperação Judicial da Delta Construções S/A como forma de viabilizar o pagamento dos credores, de modo que a inidoneidade a esta aplicada não pode ser estendida àquela.

Além disso, referiu que o próprio DNIT já contratou a impetrante para a execução de serviços de conservação da rodovia na BR-060/GO, no trecho compreendido entre o km 393,10 e o km 470.

Acrescentou que as certidões emitidas pelo CREA/SP, referidas na decisão de inabilitação proferida pelo DNIT, apenas informam que a capacidade técnica de uma pessoa jurídica deve ser conferida pelo acervo técnico dos profissionais que a integram.

Afirmou que os atestados apresentados em nome da Delta Construções S/A comprovam a capacidade técnica da impetrante, considerando que recebeu da empresa recuperanda todo o seu *know how* e passou a assumir o seu acervo técnico.

Postulou, ao final, a concessão de medida liminar para determinar a suspensão do procedimento licitatório regido pelo Edital de RDC Eletrônico n. 237/2014-16, bem como de eventual contratação da Construcap CCPS Engenharia e Comércio S/A.

Requeru, ainda, a concessão da segurança a fim de (a) anular a decisão que a inabilitou e dos atos subsequentes praticados no certame em questão, (b) obter o reconhecimento de sua habilitação e, consequentemente, declará-la como vencedora do procedimento licitatório, obrigando o DNIT a contratá-la caso opte por prosseguir na contratação, e (c) anular os atos de adjudicação e de homologação do RDC enquanto não decorrido o prazo para recurso.

O MM. Juiz da 2ª Vara Federal desta Subseção Judiciária determinou a redistribuição dos autos por dependência à ação ordinária n. 5032181-60.2014.404.7200, que tramita neste Juízo.

Construcap CCPS Engenharia e Comércio S/A peticionou nos autos para alegar a falta de interesse de agir da impetrante e requerer o indeferimento do pedido de liminar (evento 10).

A liminar foi indeferida (evento 14).

A litisconsorte passiva apresentou resposta (evento 36). Afirmou, em resumo, que a licitação já se encerrou. Além disso, a empresa Delta, controladora da impetrante, enquadra-se em proibições do edital. Logo, não se poderia admitir sua participação, ainda que indireta, no certame, por meio de sua subsidiária integral. Ressaltou que a Delta é a única acionista da impetrante, de maneira que a impetrante será irremediavelmente atingida por eventual falência de sua controladora. Defendeu que todo e qualquer órgão promotor de licitações possui a prerrogativa de apurar fatos, julgar o preenchimento de requisitos de participação e apenar os licitantes de acordo com as hipóteses previstas no art. 47 da Lei n. 12.462/2011 e no art. 87 da Lei n. 8.666/93. Prosseguiu afirmando que a impetrante deixou de manifestar intenção de recorrer da decisão que declarou a litisconsorte vencedora do certame. Por fim, disse que há circunstâncias de ordem prática que impõem o imediato início das obras derivadas do certame licitatório.

A autoridade impetrada apresentou informações (evento 39). Sustentou a preclusão do direito de recorrer no âmbito administrativo. Defendeu a decisão da Comissão de Licitação, no sentido de vedar a participação, ainda que indireta, de empresa declarada inidônea ou em processo de recuperação judicial. Além disso, a impetrante não possui atestados de capacidade técnica em seu nome.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da segurança (evento 45).

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região negou provimento ao agravo de instrumento interposto (evento 47).

Prossigo para decidir.

A preliminar de ausência de interesse de agir já foi afastada por ocasião da análise do pedido de liminar (evento 14).

A impetrante alegou que as autoridades impetradas deixaram de observar o prazo recursal de 5 (cinco) dias previsto no item 11.7 do edital, de modo que os atos de adjudicação e de homologação foram realizados precocemente.

Entretanto, o ato convocatório é claro ao determinar que, por se tratar de procedimento de Regime de Contratação Diferenciada na forma eletrônica, os licitantes **devem manifestar sua intenção de recorrer**, via sistema, sob pena de preclusão (evento 1 - EDITAL2, página 17):

11.7 Dos atos da administração pública decorrentes da aplicação desta licitação caberá recurso no prazo de 5 (cinco) dias úteis contados a partir da data da intimação ou da lavratura da ata, em face:

11.7.5 Do ato de habilitação ou inabilitação de licitante;

11.7.6 Do julgamento das propostas;

11.7.7 Da anulação ou revogação da licitação;

11.7.8 Da rescisão do contrato, nas hipóteses previstas no inciso I do art. 79 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993;

11.7.9 Da aplicação das penas de advertência, multa, declaração de inidoneidade, suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a administração pública;

11.8 Dos atos da administração pública decorrentes da aplicação desta licitação caberá representação, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, contados a partir da data da intimação, relativamente a atos de que não caiba recurso hierárquico.

11.9 Os licitantes que desejarem apresentar os recursos em face do ato de habilitação, inabilitação ou do julgamento das propostas deverão manifestar imediatamente a sua intenção de recorrer, via sistema, sob pena de preclusão.

(...)

11.14 Declarado o vencedor, o Presidente abrirá o sistema eletrônico, no prazo de no mínimo 10 minutos, durante o qual qualquer licitante poderá, de forma imediata e motivada, em campo próprio do sistema, manifestar sua intenção de recurso. (destaquei)

Estas disposições estão de acordo com as regras previstas na Lei n. 12.462, de 4 de agosto de 2011, que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC:

Art. 45. Dos atos da administração pública decorrentes da aplicação do RDC caberão:

(...)

II - recursos, no prazo de 5 (cinco) dias úteis contados a partir da data da intimação ou da lavratura da ata, em face:

a) do ato que defira ou indefira pedido de pré-qualificação de interessados;

b) do ato de habilitação ou inabilitação de licitante;

c) do julgamento das propostas;

(...)

§ 1º Os licitantes que desejarem apresentar os recursos de que tratam as alíneas a, b e c do inciso II do caput deste artigo deverão manifestar imediatamente a sua intenção de recorrer, sob pena de preclusão.

Por sua vez, o Decreto n. 7.581/2011, que regulamenta a Lei n. 12.462/2011, dispõe:

Art. 52. Haverá fase recursal única, após o término da fase de habilitação.

Art. 53. Os licitantes que desejarem recorrer em face dos atos do julgamento da proposta ou da habilitação deverão manifestar imediatamente, após o término de cada sessão, a sua intenção de recorrer, sob pena de preclusão.

Parágrafo único. Nas licitações sob a forma eletrônica, a manifestação de que trata o caput deve ser efetivada em campo próprio do sistema.

Art. 54. As razões dos recursos deverão ser apresentadas no prazo de cinco dias úteis contado a partir da data da intimação ou da lavratura da ata, conforme o caso.

§ 1º O prazo para apresentação de contrarrazões será de cinco dias úteis e começará imediatamente após o encerramento do prazo a que se refere o caput.

§ 2º É assegurado aos licitantes obter vista dos elementos dos autos indispensáveis à defesa de seus interesses.

Art. 55. Na contagem dos prazos estabelecidos no art. 54, exclui-se o dia do início e inclui-se o do vencimento.

Parágrafo único. Os prazos se iniciam e expiram exclusivamente em dia útil no âmbito do órgão ou entidade responsável pela licitação.

Conforme se pode verificar na Ata de Realização do RDC Eletrônico (evento 1 - ATA3, página 4), a impetrante **deixou de manifestar intenção de recorrer** tanto em relação à fase de julgamento, quanto à de habilitação.

Portanto, o seu direito de recorrer foi atingido pela preclusão, com o encerramento da sessão pública, que ocorreu às 14h39min do dia 20 de outubro de 2014. Não era necessário, por conseguinte, aguardar o decurso do prazo de 5 (cinco) dias para a adjudicação do objeto à empresa vencedora.

Com relação à inabilitação da impetrante, não é possível identificar razão para divergir da conclusão à que chegou a Comissão de Licitação, cuja **Justificativa** vai a seguir (evento 1 - OUT8):

Conforme item 9.1.3, e seus subitens, do Edital 237/2014-16,

*'Não poderá participar direta ou **INDIRETAMENTE** desta licitação:*

*9.1.3.1.1. Empresa **declarada inidônea** por órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta, federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal;*

9.1.3.1.2. Empresa suspensa de licitar e contratar com o DNIT;

*9.1.3.1.3. Empresa com decretação de falência, **em processo de recuperação judicial** ou extrajudicial;'*

*Entendendo o Edital que, para fins do disposto no artigo supracitado, considera-se participação **INDIRETA** a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre as empresas.*

*Sendo a empresa DELTA CONSTRUÇÕES S.A. a **ÚNICA** acionista da empresa TÉCNICA CONSTRUÇÕES S.A., e tendo a empresa TÉCNICA CONSTRUÇÕES S.A. apresentado como seus atestados da empresa DELTA CONSTRUÇÕES S.A., existe a participação **INDIRETA** da empresa DELTA CONSTRUÇÕES S.A. no certame licitatório em questão. Estando a empresa DELTA inidônea junto ao Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS), do portal da Transparência, e em processo de recuperação judicial, considera-se que a empresa TÉCNICA CONSTRUÇÕES S.A fere o item 9.1.3, e os subitens 9.1.3.1.1 e 9.1.3.1.3 do Edital 237/2014-16.*

Conforme item 5, subitem 5.1 a) do Anexo I - Projeto Básico, do Edital nº 237/2014-16, para a habilitação da Capacidade Operacional da empresa, a licitante (PESSOA JURÍDICA) DEVE 'comprovar experiência na execução de objeto de mesmo caráter e de igual complexidade ou superior, e que comprove ter executado as parcelas de maior relevância, de acordo com as tabelas adiante, elaboradas conforme o disposto na Portaria nº 108/2008 e I.S./DG nº 10/2009, conforme anotação em acervo técnico e atestado de boa execução, emitido por pessoa jurídica de direito público ou privado.'

*A empresa TÉCNICA CONSTRUÇÕES S/A não possui atestados de capacidade técnica em seu nome, apresentando como seus os atestados da empresa DELTA CONSTRUÇÕES S.A., sua **ÚNICA** acionista. A empresa TÉCNICA CONSTRUÇÕES S/A apresentou, na diligência realizada em 01/10/2014 e disponível no COMPRASNET, as certidões de número 944/2013 (de 06/05/2013) e 162/2014 (04/02/2014), que certificam que o Acervo Técnico da empresa DELTA CONSTRUÇÕES*

S.A. será conferido como parte do aumento do capital social da Companhia TÉCNICA CONSTRUÇÕES S.A., sendo assim, os atestados fazem parte da capacidade econômico-financeira da empresa.

As certidões de número 944/2013 (de 06/05/2013) e 162/2014 (04/02/2014) certificam ainda que estas NÃO CONFEREM, à empresa, PROVA DE CAPACIDADE TÉCNICA ATESTADA PELA CERTIDÃO DE ACERVO TÉCNICO, regulamentada pela Resolução nº 1025, de 30/10/2009 do CONFEA.

Demonstra-se, assim, que a empresa TÉCNICA CONSTRUÇÕES S.A. NÃO ATENDE ao subitem 5.1 a) do Anexo I do Edital 237/2014-16.

*Com o exposto, esta Comissão de Licitação **RECUSA** a proposta da empresa TÉCNICA CONSTRUÇÕES S.A. para este certame licitatório.*

Técnica Construções S/A, ora impetrante, teve origem no processo de recuperação judicial a que está submetida a sociedade empresária Delta Corporações S/A, sua única acionista.

Considerando que, nos termos do art. 251 da Lei n. 6.404/76, a impetrante se caracteriza como subsidiária integral da empresa Delta Construções S/A, é bastante razoável presumir que esta última participará, ao menos indiretamente, de todos os atos praticados por aquela.

Por outro lado, sabe-se que Delta Construções S/A está inscrita no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS) em razão da imposição da penalidade de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, prevista no art. 87, IV, da Lei n. 8.666/93.

Em razão disso, correto o entendimento exteriorizado pela Comissão de Licitação, com base nos itens do Edital RDC Eletrônico n. 237/2014-16 (evento 1 - EDITAL2, página 11), **que vedam a participação na licitação, ainda que indireta, de empresa declarada inidônea ou em processo de recuperação judicial:**

9.1.3. Não poderá participar direta ou indiretamente desta licitação:

9.1.3.1.1. Empresa declarada inidônea por órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta, federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal;

9.1.3.1.2. Empresa suspensa de licitar e contratar com o DNIT;

*9.1.3.1.3. Empresa com decretação de falência, em processo de recuperação judicial ou extrajudicial; **(destaquei)***

No que diz respeito à comprovação de capacidade técnica, o entendimento sustentado pela impetrante não mereceria acolhimento ainda que se admitisse, em tese, a apresentação de atestados em nome de empresa distinta.

Pretendeu ela utilizar os atestados emitidos em nome de Delta Construções S/A a fim de comprovar sua própria capacidade técnica, tendo em vista que incorporou o acervo técnico de sua controladora, segundo informam as certidões 944/2013 (evento 1 - OUT30) e 162/2014 (evento 1 - OUT31).

A Comissão de Licitação, aparentemente, interpretou de maneira errônea a seguinte assertiva constante das mencionadas certidões: *'Certificamos, finalmente, que esta certidão não confere prova de capacidade técnica atestada pela Certidão de Acervo Técnico regulamentada pela referida Resolução.'* Isso porque as certidões apenas dão conta da transferência do acervo técnico, não se pronunciando a respeito de seu conteúdo. Por isso, é natural que não sirvam para comprovar a capacidade técnica, sendo necessário, para tanto, a análise dos atestados propriamente ditos.

No entanto, essa constatação não afasta a violação aos mencionados itens do edital, **que vedam expressamente a participação indireta na licitação de empresa declarada inidônea ou em processo de recuperação judicial.**

A impetrante pretende, em verdade, beneficiar-se dos atestados técnicos emitidos em nome da empresa Delta Construções S/A - já que não apresentou **algum em seu próprio nome** -, sem que a declaração de inidoneidade desta última impeça a sua participação no certame.

O acolhimento desse propósito implicaria verdadeiro atentado à penalidade aplicada à Delta Construções S/A, permitindo que prosseguisse participando de licitações por empresa subsidiária integral, a quem transferiu sua tecnologia, estrutura e quadro de pessoal.

A impetrante sustentou ainda que, no Mandado de Segurança n. 20.703/DF, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a inidoneidade de Delta Construções S/A não poderia ser estendida a ela. A decisão referida se encontra assim ementada:

ADMINISTRATIVO. APLICAÇÃO DA PENA DE INIDONEIDADE PARA LICITAR E CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO. Na forma do art. 44 da Lei nº 9.784, de 1999, encerrada a instrução, o interessado terá o direito de manifestar-se no prazo máximo de dez dias, salvo se outro prazo for legalmente fixado. Espécie em que a pena de inidoneidade para licitar e contratar com o Poder Público foi aplicada sem que a empresa apenas tivesse a oportunidade de articular as alegações finais. Ordem concedida, anulando-se a decisão, facultado à autoridade impetrada retomar o curso do processo com a intimação da impetrante para a apresentação das alegações finais - prejudicado o agravo regimental. (MS 20703/DF, Rel. Min. Ari Pargendler, Primeira Seção, unân., julg. em 13.08.2014, publ. em 21.08.2014)

O mandado de segurança em questão fora ajuizado pela impetrante contra o ato praticado pelo Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União que estendeu à Técnica Construções S/A os efeitos da declaração de inidoneidade aplicada à sua controladora, a empresa Delta Construções S/A.

Conforme se depreende da simples leitura da ementa, a ordem de segurança fora concedida com base na falta de intimação para apresentação de alegações finais por parte da impetrante. Assim, ao contrário do que afirmou a empresa inabilitada, o Superior Tribunal de Justiça **não se manifestou a respeito do mérito concernente à extensão dos efeitos da declaração de inidoneidade**, mas apenas anulou a decisão administrativa a fim de permitir que a impetrante apresentasse suas alegações finais, observando-se os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Registra-se, por fim, que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região negou provimento ao agravo de instrumento interposto contra a decisão liminar (evento 47), com a seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. LICITAÇÃO PÚBLICA. HABILITAÇÃO DE EMPRESA SUBSIDIÁRIA INTEGRAL DE OUTRA, DECLARADA INIDÔNEA. CAPACITAÇÃO TÉCNICA. INDEFERIMENTO. Se o edital da licitação veda a participação, mesmo que indireta, de empresa declarada inidônea, fica vedado o ingresso no certame de empresa que consista em subsidiária integral daquela, tendo nela sua única acionista e tendo sido constituída integralmente a partir de sua estrutura e patrimônio (sede, pessoal, atestados técnicos, contratos em andamento). No caso dos autos, a prova da capacitação técnica para a habilitação da empresa subsidiária no certame foi efetuada com base em certidões emitidas todas em nome da empresa originária. Portanto, ou se admite que a empresa nova, que se pretende habilitar, é em grande medida a mesma empresa declarada inidônea, de roupagem nova (e vislumbrando-se, assim, a participação indireta da empresa impedida), ou se aceita que as empresas são absolutamente distintas, e aí não há prova da capacidade técnica da empresa subsidiária. Em qualquer das hipóteses, a inabilitação é de rigor. Agravo desprovido. (TRF4, AG 5027070-64.2014.404.0000, Quarta Turma, Relator Candido Alfredo Silva Leal Junior, juntado aos autos em 16/01/2015)

Destaca-se trecho do voto do Relator, que vem ao encontro do que aqui foi exposto:

"O que não se pode admitir, penso, é que a empresa subsidiária seja considerada uma continuidade da empresa de que se originou apenas naqueles aspectos que lhe interessam, nos pontos positivos, mas não quanto aos aspectos desabonatórios, a 'fatia maldita da herança'. Assim se procedendo, estaríamos apenas consagrando um subterfúgio fácil para se anularem os efeitos da aplicação da penalidade da declaração de inidoneidade, que tem função crucial na moralização das relações entre o Poder Público e os particulares.

Por outro lado, a decisão do juízo de direito da 5ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro (evento1, OUT15), proferida no processo de Recuperação Judicial da Delta Construções S/A e outras, no sentido de que a empresa Técnica Construções S/A, por ter sido criada no bojo do processo de recuperação judicial, não carrega a inidoneidade que atinge a empresa controladora, não tem relevância para o deslinde da controvérsia aqui tratada. Essa decisão tem de ser entendida no contexto em que foi proferida no juízo de recuperação judicial, estando fundada apenas na necessidade de se viabilizar economicamente a empresa subsidiária, de forma a angariar recursos para o pagamento dos credores e tornar exitosa a recuperação judicial, sem sopesar a necessidade de proteção do interesse público presente na celebração de contratos do poder público com entidades privadas.

Ademais, a decisão é inoponível ao DNIT, que não foi parte naquele processo."

Em face do que foi dito, **denego a segurança**.

Sem honorários (art. 25 da Lei n. 12.016/2009).

Custas, *ex lege*.

Na hipótese de interposição de recurso de apelação, aferida a tempestividade e a regularidade do preparo, recebo-o desde logo no efeito devolutivo, determinando a intimação da parte contrária para apresentar contrarrazões; e, após, a remessa dos autos ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Documento eletrônico assinado por **OSNI CARDOSO FILHO, Juiz Federal**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **720000071324v20** e do código CRC **da751af0**.

Informações adicionais da assinatura:
Signatário (a): OSNI CARDOSO FILHO
Data e Hora: 31/03/2015 18:52:32
