

GRUPO II – CLASSE V – Plenário

TC 015.239/2012-8

Natureza: Relatório de Auditoria.

Unidade: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Interessado: Tribunal de Contas da União.

Responsáveis: Abdias da Silva Oliveira (CPF 331.615.501-53), Alvina Costa Messias (CPF 691.169.381-00), Center Sponchiado Ltda. (CNPJ 04.418.934/0001-07), Francisco de Oliveira Quercia (CPF 194.053.162-49), G P Mattara Suprimentos Para Informática - ME (CNPJ 05.114.599/0001-08), José Henrique Araujo dos Santos (CPF 905.206.707-44), Kimicalbino Comércio Atacadista de Material de Laboratório Ltda. (CNPJ 05.054.633/0001-04), Laudemar Gonçalves de Aguiar Neto (CPF 627.606.027-53), Luiz Antonio de Souza Cordeiro (CPF 097.834.401-44), Natanael Luiz Zotelli Filho (CPF 085.046.476-50), Rei-Labor Comércio de Produtos para Laboratórios Ltda. (CNPJ 01.293.314/0001-92), Sigma-Aldrich Brasil Ltda. (CNPJ 68.337.658/0001-27), Valdelário Farias Cordeiro (CPF 342.953.302-30) e Vetec Química Fina Ltda. (CNPJ 29.976.032/0001-09).

Advogados: Tiago Adão Ticoulat Parassú Borges (OAB/SP 305.391), Glauco Lubacheski de Aguiar (OAB/MS 9.129), Diogo Dias (OAB/SP 167.335), Cloris De Fatima Campestrini (OAB/PR 28.734), Carlos Alberto de Assis Santos (OAB/SP 85.811) e outros (peças 295, 296, 298, 301, 307, 326, 328, 342, 354, 375, e 379).

SUMÁRIO: AUDITORIA PARA VERIFICAÇÃO DO CUMPRIMENTO DO ART. 7º DA LEI 10.520/2002, CONFORME ACÓRDÃO 1.273/2012 - PLENÁRIO. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSITIVO LEGAL POR DIVERSAS UNIDADES. REINCIDÊNCIA DE EMPRESAS NAS CONDUTAS TIPIFICADAS NO ART. 7º. OITIVAS E AUDIÊNCIAS. ACOLHIMENTO DAS JUSTIFICATIVAS DE PARTE DOS RESPONSÁVEIS. FRAUDE A LICITAÇÕES. INIDONEIDADE DAS EMPRESAS ENVOLVIDAS. NECESSIDADE DE EMISSÃO DE NOVAS ORIENTAÇÕES PREVENTIVAS. DETERMINAÇÕES E RECOMENDAÇÕES.

RELATÓRIO

Trata-se de relatório de auditoria realizada pela Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação – Sefti na Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – SLTI/MP, com o objetivo de aprofundar a investigação dos fatos relatados nos achados 3.2 e 3.3 do TC 011.643/2010-2, que originou o acórdão 1.793/2011 – Plenário. A auditoria foi autorizada pelo acórdão 1.273/2012 – Plenário.

2. Transcrevo a parte principal do relatório da equipe de auditoria da Sefti (peça 252):

“1. APRESENTAÇÃO

1. Esta fiscalização, cadastrada no sistema Fiscalis sob o número 634/2012, foi motivada pela

situação descrita nos achados 3.2 (empresas com sócios em comum que apresentam propostas para o mesmo item de determinada licitação) e 3.3 (existência de licitantes reiteradamente desclassificados por não atenderem aos editais ou não honrarem suas propostas) do relatório que subsidiou o Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário.

2. As situações que configuram esses achados constituem-se em alto risco de fraudes e conluíus, os quais afetam a manutenção dos princípios da moralidade, da isonomia e da probidade administrativa nas licitações, causando prejuízos à Administração Pública na obtenção das propostas mais vantajosas nas licitações.

3. Dessa forma, esta fiscalização tem por objetivo aprofundar a investigação de tais situações em casos concretos, com vistas a verificar o cumprimento do disposto na Lei 10.520/2002, art. 7º, *in verbis*:

Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no SicaF, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

4. Registre-se que não se trata de mera repetição de parte da fiscalização executada no TC 011.643/2010-2, mas de ampliação dos critérios utilizados naquela.

2. INTRODUÇÃO

2.1. Deliberação

5. A fiscalização foi autorizada por meio do Acórdão 1.273/2012-TCU-Plenário, no âmbito do TC 012.824/2012-7, que trata de proposta de fiscalização formulada por esta unidade.

6. As razões que motivaram a fiscalização foram:

Materialidade

a) é de R\$ 4.616.783.485,83 o valor estimado das contratações em cujas licitações ocorreram procedimentos com indícios de irregularidades por parte dos licitantes, tendo em vista que apresentaram as melhores propostas, mas foram desclassificados por não atenderem aos editais ou não levarem a termo o compromisso assumido (achado 3.3 do relatório de fiscalização que deu origem ao Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário);

Risco

b) prejuízos ao erário, decorrentes da não obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração nas licitações efetuadas;

c) expectativa de impunidade perante a Administração, uma vez que é incomum as empresas que agem irregularmente nas licitações sofrerem sanções dos gestores;

Oportunidade

d) a fiscalização destinada a avaliar a consistência e confiabilidade dos dados dos sistemas Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais (Siasg) e Comprasnet (TC 011.643/2010-2; Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário) identificou inúmeros tipos de irregularidades graves nas licitações, as quais contêm alto potencial de associação a fraudes e conluíus;

e) notícias recentes veiculadas na mídia denunciando supostos esquemas de corrupção e de conluio entre empresas com o intuito de fraudar processos licitatórios (peças 222 e 235);

Relevância

f) a materialidade elevada do assunto e a possível burla à isonomia e economicidade dos certames licitatórios exigem pronta atuação por parte dos órgãos de controle.

2.2. Visão geral do objeto

7. Trata-se da coleta e análise das informações constantes dos registros do sistema Comprasnet

referentes aos pregões eletrônicos realizados de 30/4/2009 a 21/6/2012.

8. Tais registros foram tratados com o intuito de aprofundar a investigação dos fatos relatados nos achados 3.2 e 3.3 do relatório de fiscalização, de 24/3/2011, sobre a verificação de consistência e confiabilidade dos dados dos sistemas Siasg e Comprasnet ('3.2. empresas com sócios em comum que apresentam propostas para o mesmo item de determinada licitação' e '3.3. existência de licitantes reiteradamente desclassificados por não atenderem aos editais ou não honrarem suas propostas'; TC 011.643/2010-2, peça 2, p. 57-66; peça 3, p. 1-82).

9. Naquela fiscalização, que considerou as licitações e contratos publicados entre janeiro de 2006 e abril de 2010 (TC 011.643/2010-2, peça 3, p.1-3, itens 25 e 31), foram encontrados indícios de 16.547 casos em que pelo menos duas empresas deram lance para determinado item do pregão e possuíam, pelo menos, um sócio em comum. Verificou-se também a existência de 31.793 empresas que tiveram suas propostas recusadas, em até 12.370 vezes, sendo estimado o valor das contratações em R\$ 4.616.783.485,83.

10. Além do aprofundamento da investigação dessas situações, esta fiscalização propôs-se a monitorar o subconjunto das deliberações do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário que tinham por fulcro combater as ocorrências de tais situações.

11. Nesta fiscalização, o tratamento das informações registradas no sistema Comprasnet conduziu à confirmação dos resultados da auditoria anteriormente referida, revelando a continuidade das práticas irregulares ali relatadas. Neste levantamento, que considerou somente os pregões realizados no período de 30/4/2009 a 21/6/2012, foram identificadas propostas recusadas, desclassificadas, inabilitadas ou não adjudicadas para 1.609.868 itens de pregão pertencentes a 507.520 pregões, envolvendo 33.481 empresas, variando o número de propostas recusadas por empresa de 1 a 10.172 (peça 208). No Anexo 1, encontram-se relacionadas as cem empresas com maior quantidade de propostas recusadas.

12. É oportuno destacar que, além de tais condutas se enquadrarem no rol das condutas ilegais tipificadas no art. 7º da Lei 10.520/2002, a Lei 8.666/1993 tipifica alguns comportamentos de gestores e de licitantes como crime:

Seção III

Dos Crimes e das Penas

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:

V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato.

Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

13. Da leitura desses dispositivos legais, depreende-se que a adoção pelas empresas de conduta inadequada em procedimentos licitatórios é duramente condenada pela legislação.

14. Ressalte-se que a previsão editalícia de apenação para as condutas irregulares elencadas no art. 7º da Lei 10.520/2002 e nos arts. 90, 93 e 96 da Lei 8.666/1993, embora possa ser considerada uma boa prática, não é imprescindível nem necessária para a eventual autuação de processos administrativos pelos responsáveis pela licitação, visando punir licitantes infratores, pois tais dispositivos legais são autoaplicáveis e bem conhecidos pelos gestores e pelo mercado.

15. Dessa forma, às unidades gestoras promotoras das licitações cabe a adoção de medidas preventivas e punitivas para tais comportamentos prejudiciais por parte de empresas participantes dos certames.

16. Em outra instância de controle, o Tribunal de Contas da União, no exercício de suas atribuições constitucionais de controle externo da legalidade, legitimidade e economicidade dos atos de gestão envolvendo recursos públicos federais, deve adotar ações para coibir o comportamento aventureiro das empresas nas licitações, entre elas a declaração de inidoneidade do licitante fraudador, se verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação (art. 46 da Lei 8.443/1992).

17. Neste ponto, tornam-se preliminares algumas considerações sobre o conceito de fraude e a sua aplicabilidade às situações que caracterizam os achados desta fiscalização.

18. De acordo com o dicionário Aurélio (<https://contas.tcu.gov.br/dicionario/home.asp>, acesso em 14/11/2012), a palavra fraude possui os seguintes significados:

Fraude

1. V. logro (2).
2. *Abuso de confiança; ação praticada de má-fé.*
3. *Contrabando, clandestinidade.*
4. *Falsificação, adulteração. [Sin. ger.: defraudação, fraudeção, fraudulência.]*

Logro

1. *Ato ou efeito de lograr; logramento.*
2. *Engano propositado contra alguém; artifício ou manobra ardilosa para iludir. [Sin., nesta acepç.: batota, burla, burlaria, borla, dolo, fraude, garatusa, logração, manganilha, mofatra, trapaça, trapaçaria, trapalhada, trapallice, vigarice e (bras.) caxixe, embrulho, manta, papironga, trambique.]*
3. *Gozo, fruição.*
4. *Ant. Lucro, usura. [Pl.: logros (ô). Cf. logro, do v. lograr.]*

19. Verifica-se que, semanticamente, o primeiro significado de fraude é logro, ou seja, ‘engano propositado contra alguém, artifício ou manobra ardilosa para iludir’.

20. Nesse ínterim, para que seja configurada a fraude, basta a presença de dois elementos: (i) que alguém seja enganado ou iludido; e (ii) que esse engano seja decorrente da ação proposita de outrem.

21. Nos comportamentos irregulares que são objeto desta fiscalização, há a presença do primeiro desses elementos caracterizadores da fraude, ou seja, o engano, a ilusão. O comportamento de uma empresa que oferta o menor lance, e posteriormente não o honra, ilude, de fato, os concorrentes e o órgão licitante, pois os engana quanto ao verdadeiro preço pelo qual o objeto poderá ser adjudicado, influenciando toda a dinâmica da fase de lances.

22. Essa indução quanto ao preço pelo qual o objeto poderá ser adjudicado tem o potencial de fazer com que os demais participantes cessem de dar lances. Em casos extremos, a exacerbação de tal forma de agir é o que o mercado chama de ‘coelho’, ou seja, uma empresa apresenta propostas excessivamente baixas para que outras empresas que não estejam participando do esquema desistam de competir, por acreditarem que outro concorrente teria um preço que não lhes permitiriam prosseguir na disputa. Na sequência, uma empresa que esteja em conluio com o ‘coelho’ oferece o segundo melhor lance e, assim, acaba sendo contratada por um valor desvantajoso para a Administração.

23. No que diz respeito ao outro requisito para a caracterização da fraude, qual seja, a intenção ou vontade de enganar ou iludir, é sabido que nesse campo a comprovação do fato se dá pela conjunção de indícios, pois é impossível penetrar no pensamento do autor para saber ao certo se a sua intenção era dolosa ou não, exceto nos casos de escutas telefônicas autorizadas ou nos casos que ele próprio confessa o dolo.

24. Nesse sentido, vale consignar que o Supremo Tribunal Federal manifestou, no julgamento do RE 68.006-MG, que ‘indícios são provas, se vários, convergentes e concordantes’. Essa jurisprudência vem sendo utilizada por este Tribunal há longa data, como o confirmam os Acórdãos 113/1995,

220/1999, 331/2002, 57/2003, 2.143/2007 e 1.433/2010, todos do Plenário.

25. Acrescente-se que, conforme entendimento firmado nos dois últimos acórdãos citados, 'é possível afirmar-se da existência de conluio entre licitantes a partir de prova indiciária'.

26. Dessa maneira, considera-se que constituem indícios de fraude a licitações:

- a) licitante desclassificado por não atender às condições do edital ou por não honrar sua proposta, especialmente quando tenha apresentado o menor lance;
- b) repetição da situação descrita na alínea 'a' retro, especialmente quando o número de reincidências for elevado;
- c) inexistência de justificativa plausível para o comportamento que levou à desclassificação, como, por exemplo, 'apresentou proposta com preço inexequível', 'não atendeu ao chamado para apresentar a documentação' ou 'pediu para ser desclassificado';
- d) declaração falsa de que cumpre os requisitos de habilitação;
- e) existência de empresas com sócios em comum ou assemelhados participando de um mesmo item de determinado pregão, especialmente quando a participação societária ocorrer na empresa a qual o objeto foi adjudicado e na que foi desclassificada.

27. A última situação citada no parágrafo anterior (alínea 'e' – empresas com sócio em comum) por si só já é suficiente para configurar fraude a licitação. Em sucessivos acórdãos, esta Corte tem considerado que tal situação afronta os princípios da moralidade, da isonomia e da probidade administrativa, constituindo fraude ao certame (e.g. Acórdãos 216/2007, 2.900/2009, 775/2011, 1.793/2011, 1.047/2012 e 1.546/2012, todos do Plenário).

28. Para ilustrar o entendimento consolidado nesta Corte sobre o assunto, reproduz-se a seguir excertos do voto condutor e do Acórdão 775/2011-TCU-Plenário, o qual declarou a inidoneidade de três empresas para licitar com a Administração Pública Federal, pelo prazo de três anos, com fundamento no art. 46 da Lei 8.443/1992:

Voto

6. Com vistas a executar a referida avença, a Prefeitura Municipal de São José do Campestre/RN deflagrou o procedimento licitatório n. 007/2002, na modalidade convite, tendo ocorrido ao certame as empresas Victoire Automóveis Ltda. (vencedora do torneio licitatório), Via Diesel Distribuidora de Veículos, Motores e Peças Ltda., e Veneza Diesel Comércio Ltda.

7. Ocorre que restou apurado nos autos que as três empresas participantes da disputa possuíam quadro societário praticamente idêntico, além de contemplarem sócios da mesma família, conforme bem demonstrou a Secex/RN.

(...)

9. A coincidência de sócios entre as empresas e as relações de parentesco em torneios desse jaez indicam a existência de estreitos vínculos entre as firmas e revelam impossibilidade fática de competitividade real entre as interessadas, restando, portanto, caracterizada fraude ao procedimento licitatório.

Acórdão

9.4. declarar, com fundamento no art. 46 da Lei n. 8.443/1992 c/c o art. 271 do Regimento Interno, a inidoneidade das empresas Victoire Automóveis Ltda. (CNPJ 70.154.968/0001-58), Via Diesel Distribuidora de Veículos Motores e Peças Ltda. (CNPJ 01.937.258/0001-81) e Veneza Diesel Comércio Ltda. (CNPJ 00.306.218/0001-79), para participar de licitação na Administração Pública Federal pelo prazo de 3 (três) anos;

9.5. determinar ao Município de São José do Campestre/RN que, em futuras licitações na modalidade convite, com aporte de recursos federais, abstenha-se de expedir cartas-convite a firmas que tenham sócios em comum ou que apresentem relação de parentesco entre eles, por constituir afronta aos princípios insculpidos no art. 3º da Lei n. 8.666/1993, em especial os da competitividade, da isonomia e da impessoalidade.

29. Com relação aos demais indícios de fraude a licitação relacionados anteriormente (parágrafo 26, alíneas ‘a’, ‘b’, ‘c’ e ‘d’), não se deve tomá-los isoladamente, mesmo que válidos e consistentes, mas a confluência deles conduz à convicção de prova indiciária de fraude.

30. Com base nesses preceitos, procurar-se-á evidenciar, no tratamento do achado 3.2 (empresa que recorrentemente prejudica o processo licitatório), que o comportamento das empresas ali mencionadas enquadra-se nas situações irregulares abordadas nesta seção.

31. Tais comportamentos potencialmente irregulares podem frustrar ou fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório, na medida em que fazem que os contratos sejam adjudicados por valor superior àquele que possivelmente seria obtido em condições regulares e, não raras vezes, favorecem empresas que atuaram em conluio com aquelas que se furtaram à contratação.

32. Esses fatos potencialmente geram prejuízos à União, já que os objetos são adjudicados para as próximas propostas classificadas, cujos valores são mais altos do que os oferecidos por aquelas empresas que apresentam o menor lance no certame sem condições ou interesse em honrar suas propostas.

33. Já o retardamento do fim do processo licitatório é fato, visto que se faz necessário repetir com o próximo licitante colocados todos os procedimentos realizados com a empresa desclassificada (e.g., convocá-lo para apresentar documentos – planilha de formação de preços, proposta técnica *etc.* – e dar prazo para que os apresente).

34. Por fim, registre-se que o Acórdão 1793/2011–TCU–Plenário já havia determinado que se emitisse orientação no sentido de que os órgãos e entidades da Administração Pública Federal autuem processos administrativos contra as empresas que praticarem os atos ilegais previstos no art. 7º da Lei 10.520/2002 nos seguintes termos:

9.2.1. oriente os gestores dos órgãos integrantes do Sisg:

9.2.1.1. a autuarem processos administrativos contra as empresas que praticarem atos ilegais previstos no art. 7º da Lei nº 10.520/2002, alertando-os de que a não autuação sem justificativa dos referidos processos poderá ensejar a aplicação de sanções, conforme previsão do art. 82 da Lei nº 8.666/1993, bem como representação por parte do Tribunal de Contas da União, com fulcro no art. 71, inciso XI, da Constituição Federal c/c o art. 1º, inciso VIII, da Lei nº 8.443/1992;

35. O Ministério do Planejamento, por meio da alínea ‘a’ do parágrafo 2º do Ofício-Circular 23/DLSG/SLTI-MP, de 25/8/2011 (mensagem 068021 do sistema Comunica, enviada em 29/8/2011), já havia alertado aos gestores dos órgãos integrantes do Sistema de Serviços Gerais (Sisg) que a não autuação sem justificativa dos referidos processos poderia ensejar a aplicação de sanções, conforme previsão do art. 82 da Lei 8.666/1993, bem como representação por parte do Tribunal de Contas da União, com fulcro no art. 71, inciso XI, da Constituição Federal c/c o art. 1º, inciso VIII, da Lei 8.443/1992 (peça 67).

36. Logo, todos os casos identificados após 29/8/2011, data da divulgação da mensagem 068021 do sistema Comunica, apresentam-se potencialmente como situações irregulares, agravadas pelo fato que os responsáveis já haviam sido alertados a respeito do assunto.

2.3. Objetivo e questões de auditoria

37. A presente fiscalização teve por objetivo principal aprofundar a investigação, identificar as causas e propor outras medidas com respeito aos fatos relatados nos achados 3.2 e 3.3 do TC 011.643/2010-2 (‘3.2. empresas com sócios em comum que apresentam propostas para o mesmo item de determinada licitação’ e ‘3.3. existência de licitantes reiteradamente desclassificados por não atenderem aos editais ou não honrarem suas propostas’), em especial verificar o cumprimento do disposto na Lei 10.520/2002, art. 7º. Subsidiariamente, o monitoramento dos itens 9.2.1.1, 9.3.2.1, 9.3.2.2, 9.5.1.1, 9.7.1 e 9.8.1 do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário também integrou seu escopo.

38. A partir do objetivo principal do trabalho, formularam-se as seguintes questões de auditoria:

a) Estão sendo aplicadas as penalidades previstas no art. 7º da Lei 10.520/2002 às empresas que, nos pregões eletrônicos, praticam atos tipificados nesse dispositivo?

b) Há empresas incidindo recorrentemente nos comportamentos tipificados no art. 7º da Lei 10.520/2002?

2.4. Metodologia utilizada

Considerações gerais

39. Inicialmente, cabe a ressalva de que, objetivando a concisão textual, convencionou-se que os termos ‘proposta recusada’, ‘proposta desclassificada’, ‘proposta inabilitada’, ‘proposta não adjudicada’ ou similares, embora tenham significados distintos dentro do processo licitatório, serão referenciados neste relatório como ‘proposta recusada’, exceto quando a diferenciação semântica for relevante.

40. Foi predefinido na proposta de fiscalização (TC 012.824/2012-7, p. 4) que o escopo temporal da auditoria se restringiria aos pregões realizados nos últimos três anos, ou seja, de 30/4/2009 a 21/6/2012.

41. Devido à elevada quantidade de registros de propostas para itens de pregão no período considerado (34.120.806 registros) e à restrição de tempo da auditoria, a caracterização dos achados foi feita com cinco empresas licitantes, selecionadas conforme explicitado nos parágrafos 51 a 58.

42. Foram observadas as Normas de Auditoria do Tribunal de Contas da União (NAT), aprovadas pela Portaria-TCU 168/2011, os padrões de auditoria de conformidade, aprovados pela Portaria-Segecex 26/2009, e os padrões de monitoramento, aprovados pela Portaria-Segecex 27/2009.

Constituição da base de dados para análise

43. Por meio do Ofício de Requisição 1-634/2012, a equipe de fiscalização solicitou à SLTI o fornecimento de tabelas, em meio eletrônico, contendo os dados do sistema Comprasnet referentes aos pregões eletrônicos cuja data de abertura fosse igual ou superior a 30/4/2009 (peça 12).

44. Tais dados foram recepcionados e importados para o ambiente de utilização da ferramenta automatizada de apoio à análise de dados *Audit Command Language* (ACL), com o auxílio da qual tiveram sua integridade verificada antes que fossem propriamente analisados. A verificação da integridade dos dados abrangeu a conferência do período a que se referiam os registros, a verificação da conformidade entre o leiaute real das tabelas recebidas e aquele constante do modelo de dados, a pesquisa de eventuais campos em branco ou com dados truncados, a observação sobre a formatação utilizada nos campos de data, a verificação da consistência entre os dados observados e as regras de negócio pertinentes ao objeto da fiscalização e o exame da consistência dos relacionamentos entre as tabelas.

Análise dos dados

45. A análise dos dados consistiu-se na execução dos procedimentos previstos na matriz de planejamento (Fiscalis 634/2012), com o intuito de se obter as respostas para as questões de auditoria constantes do tópico 2.3 retro.

46. Tais procedimentos foram, em suma, os seguintes:

a) para responder à primeira questão de auditoria (Estão sendo aplicadas as penalidades previstas no art. 7º da Lei 10.520/2002 às empresas que, nos pregões eletrônicos, praticam atos tipificados nesse dispositivo?):

a.1) identificar os pregoeiros em cujos pregões mais ocorreram casos em que o objeto licitado não foi adjudicado para a empresa que apresentou o menor lance, conforme explicitado no parágrafo 48 adiante;

a.2) identificar as unidades gestoras dos pregões identificados conforme o procedimento ‘a.1’ retro;

a.3) consultar as unidades gestoras dos pregões identificados conforme procedimentos ‘a.1’ e ‘b.1’, se abriram processo administrativo com o intuito de aplicar as penalidades previstas no art. 7º da Lei 10.520/2002, bem como o resultado do aludido processo.

b) para responder à segunda questão de auditoria (Há empresas incidindo recorrentemente nos comportamentos tipificados no art. 7º da Lei 10.520/2002?):

b.1) identificar as empresas com maior frequência na apresentação de menor lance em pregões homologados sem que o objeto lhe tenha sido adjudicado;

b.2) identificar as unidades gestoras dos pregões identificados conforme o procedimento ‘b.1’ retro;

- b.3) obter os dados cadastrais e societários das empresas selecionadas conforme procedimento 'b.1' retro, por intermédio de consulta ao CNPJ do sistema e-TCU;
- b.4) investigar a existência de relação societária entre as empresas cujas propostas foram recusadas e as para as quais o item de pregão considerado foi adjudicado;
- b.5) obter o motivo da recusa da proposta para a empresa que apresentou o menor lance;
- b.6) confirmar com as unidades gestoras responsáveis pelos pregões as informações selecionadas a partir da base de dados do sistema Comprasnet.

Seleção dos pregoeiros

47. Além da obtenção das respostas às questões de auditoria, o trabalho se propôs a selecionar os pregoeiros responsáveis por licitações que mais tiveram empresas com propostas recusadas, com o objetivo de fiscalizar a conformidade de suas condutas à luz do art. 7º da Lei 10.520/2002 no que se refere à autuação de processos administrativos contra empresas que não honraram suas propostas.

48. Para isso, foram aplicados os seguintes critérios de seleção:

- a) somente pregoeiros que tivessem participado de pelo menos cinco licitações;
- b) somente pregoeiros em que houve proposta recusada em pelo menos 40% das licitações das quais participaram.

49. A aplicação desses filtros selecionou seis pregoeiros, cujos órgãos/entidades a que estão vinculados foram diligenciados para que pudessem fornecer as seguintes informações e remeter a cópia dos documentos que evidenciassem as respostas:

- a) quais controles internos foram implantados para dar cumprimento à orientação contida na alínea 'a' do parágrafo 2º do Ofício-Circular 23/DLSG/SLTI-MP, de 25/8/2011 (mensagem 068021 do sistema Comunica, enviada em 29/8/2011; peças 66-67);
- b) o(s) motivo(s) por que os objetos não foram adjudicados para as empresas relacionadas, as quais ofertaram o menor lance;
- c) o número dos processos administrativos abertos para punição das empresas relacionadas e seu resultado, demonstrando atendimento ao artigo 7º da Lei 10.520/2002 e à alínea 'a' do parágrafo 2º do Ofício-Circular 23/DLSG/SLTI-MP, de 25/8/2011.

50. As respostas dos órgãos/entidades e os documentos enviados foram analisados em conjunto com as demais informações constantes destes autos, e as conclusões a que se chegou estão expostas adiante, no relato do achado 3.1 (não aplicação de penalidade a empresa que prejudica o processo licitatório).

Seleção das empresas

51. No total foram selecionadas cinco empresas:

- as quatro empresas que mais vezes apresentaram o menor lance, mas que, por razões diversas, tiveram suas propostas recusadas;
- uma empresa com um grande número de propostas recusadas, tendo participado de licitações em que um sócio em comum também participava.

52. A seleção das quatro empresas que mais vezes apresentaram o menor lance com propostas recusadas foi feita a partir da quantificação dos potenciais prejuízos causados ao erário pelas diferenças entre o valor das propostas recusadas e o valor pelo qual o item foi adjudicado, elencando as empresas que mais contribuíram, percentualmente, para a elevação do preço final pago pela Administração, em face de terem suas propostas recusadas.

53. A essas propostas foram aplicados os seguintes filtros:

- a) foram selecionadas apenas as licitações do tipo menor lance;
- b) foram selecionados somente os itens de pregão já homologados pela autoridade competente;
- c) não foram selecionados itens de pregão cuja verificação do menor lance se dava em grupo;
- d) não foram selecionados itens de pregão que levavam em conta a equalização de Imposto sobre

Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) no julgamento das propostas.

54. Em seguida, realizou-se a estratificação das propostas recusadas em dez classes, de acordo com o percentual da diferença entre o valor da proposta recusada e o valor pelo qual o objeto foi adjudicado, conforme se segue:

- a) classe 1: entre 0 e 9,99%;
- b) classe 2: entre 10 e 19,99%;
- c) classe 3: entre 20 e 29,99%;
- d) classe 4: entre 30 e 39,99%;
- e) classe 5: entre 40 e 49,99%;
- f) classe 6: entre 50 e 59,99%;
- g) classe 7: entre 60 e 69,99%;
- h) classe 8: entre 70 e 79,99%;
- i) classe 9: entre 80 e 89,99%;
- j) classe 10: maior que 90%.

55. Com o intuito de atribuir maior importância para as propostas recusadas que mais se distanciaram do valor pelo qual o objeto foi adjudicado e menor importância para as que menos se distanciaram, foram atribuídos pesos de um a dez para cada classe: peso um para a classe um, peso dois para classe dois, e assim por diante.

56. No passo seguinte, as propostas recusadas foram agrupadas por empresa e o somatório do valor dessas propostas em cada classe foi multiplicado pelo peso atribuído àquela classe, o que resultou em um valor ponderado, o qual foi ordenado decrescentemente.

57. Dessa forma, obteve-se uma relação de empresas que possuíram lances recusados no período considerado, classificadas em ordem decrescente de contribuição da proposta recusada para a elevação do valor pago pela Administração.

58. Além das primeiras quatro empresas constantes da relação obtida, outra empresa foi selecionada por também possuir um número relevante de propostas recusadas, com o agravante de participar de licitações em que um sócio em comum também participava.

59. Registre-se, por oportuno, que as outras empresas constantes da base de dados avaliada, que apresentaram conduta irregular análoga à que está sendo tratada neste relatório, mas que não estão sendo questionadas nesta oportunidade, poderão ser objeto de futuras fiscalizações do Tribunal de Contas União.

Monitoramento

60. Em consonância com o disposto no art. 4º, inciso IV, da Portaria-Segecex 27/2009, que aprova os padrões de monitoramento, a verificação do cumprimento das Deliberações 9.2.1.1, 9.3.2.1, 9.3.2.2, 9.5.1.1, 9.7.1 e 9.8.1 do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário integrou o escopo desta fiscalização, tendo em vista sua compatibilidade com o objeto fiscalizado e a vantagem de sua incorporação a este trabalho, conforme exposto na proposta de fiscalização (TC 012.824/2012-7, peça 1, p. 2-3).

61. Considerando que as ações de monitoramento integraram o escopo de um processo de auditoria de conformidade, prevaleceu a observância dos padrões de auditoria de conformidade, sendo os padrões de monitoramento adotados em caráter subsidiário, conforme dispõe o art. 6º, § 2º da Portaria-Segecex 27/2009.

62. Por esta razão, e também porque os itens monitorados constituem uma minoria das deliberações constantes do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário – motivo pelo qual o monitoramento definitivo ocorrerá *a posteriori* –, entendeu-se dispensável a realização de reunião de encerramento ao término da fase de execução.

2.5. Volume de Recursos Fiscalizados

63. O Volume de Recursos Fiscalizados (VRF) foi de R\$ 230.573.963,69, conforme demonstrativo

a seguir.

Achado	Valor (R\$)
3.1 Não aplicação de penalidade a empresa que prejudica o processo licitatório	96.825.534,64
3.2 Empresa que recorrentemente prejudica o processo licitatório	133.748.429,05
TOTAL	230.573.963,69

Tabela 1 – Volume de Recursos Fiscalizados

64. O valor acima corresponde à totalização do valor de referência dos itens para os quais foram enviadas diligências aos órgãos.

2.6. Benefícios estimados

65. Melhoria da qualidade nos processos de pregão eletrônico, advinda das medidas saneadoras que visam inibir os comportamentos fraudulentos relatados. Tal melhoria consubstancia-se em condições que propiciam melhor competitividade e isonomia em tais certames, redução dos custos administrativos associados aos procedimentos licitatórios e efetiva obtenção da menor oferta por parte da Administração.

2.7. Processo conexo

a) TC 011.643/2010-2: verificar a consistência e a confiabilidade dos dados dos sistemas Siasg e Comprasnet.

3. ACHADOS DE AUDITORIA

3.1. Não aplicação de penalidade a empresa que prejudica o processo licitatório

3.1.1. Situação encontrada

66. A seleção dos pregoeiros a serem fiscalizados quanto ao cumprimento do disposto no art. 7º da Lei 10.520/2002, no que se refere à obrigatoriedade de autuação de processos administrativos visando à punição das empresas que praticam os atos ilegais tipificados no referido dispositivo, foi realizada de acordo com a metodologia descrita no tópico 2.4, parágrafos 47 a 50, deste relatório.

67. Uma vez selecionados os pregoeiros, esta Secretaria promoveu diligência aos órgãos e entidades no âmbito dos quais se realizaram os pregões eletrônicos conduzidos pelos pregoeiros escolhidos. A diligência teve por objetivo confirmar os dados obtidos a partir do sistema Comprasnet e saber se foram ou não abertos os processos administrativos destinados a punir as empresas que se comportaram irregularmente. Além desse escopo diretamente relacionado à investigação do achado, aproveitou-se a oportunidade para conhecer também quais controles internos foram implantados no âmbito das unidades para dar cumprimento à exigência de autuação dos referidos processos punitivos.

68. Nesses moldes, foram expedidos os Ofícios TCU/Sefti 576/2012 (peça 47), 577/2012 (peça 49), 578/2012 (peça 50), 579/2012 (peça 46), 580/2012 (peça 45) e 581/2012 (peça 44) para os seguintes órgãos/entidades, respectivamente: Ministério das Relações Exteriores (MRE), Fundação Universidade do Amazonas (Ufam), Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC), Quarto Centro Integrado de Defesa Aérea e Controle de Tráfego Aéreo (Cindacta-IV), Base Aérea do Galeão (BAGL) e Nono Batalhão de Engenharia de Combate (9º BEcmb).

69. A exposição da situação encontrada encontra-se nos tópicos a seguir.

Ministério das Relações Exteriores (MRE)

70. O MRE realizou dezesseis pregões eletrônicos no período considerado, sob a responsabilidade da pregoeira Sra. Alvina Costa Messias (CPF 691.169.381-00), dos quais em oito foram identificadas dez propostas recusadas, distribuídas em dez itens, totalizando R\$ 57.242.868,99.

71. Em nenhum dos casos foi aberto processo administrativo para punição das empresas, conforme determina o artigo 7º da Lei 10.520/2002, com agravante de que houve orientação acerca da

obrigatoriedade de tal procedimento por meio da mensagem 068021, de 29/8/2011, do sistema Comunica (peça 67), que deu cumprimento ao item 9.2.1.1 do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário.

Fundação Universidade do Amazonas (Ufam)

72. A Ufam realizou sete pregões eletrônicos no período considerado, sob a responsabilidade do pregoeiro Sr. Francisco de Oliveira Quercia (CPF 194.053.162-49), nos quais foram identificadas 155 propostas recusadas, distribuídas em noventa itens, totalizando R\$ 1.312.816,40.

73. Em nenhum dos casos foi aberto processo administrativo para punição das empresas, conforme determina o artigo 7º da Lei 10.520/2002, com agravante de que houve orientação acerca da obrigatoriedade de tal procedimento por meio da mensagem 068021, de 29/8/2011, do sistema Comunica (peça 67), que deu cumprimento ao item 9.2.1.1 do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário.

Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC)

74. O MDIC realizou quinze pregões eletrônicos no período considerado, sob a responsabilidade do pregoeiro Sr. Abdias da Silva Oliveira (CPF 331.615.501-53), dos quais em seis foram identificadas sete propostas recusadas, distribuídas em seis itens, totalizando R\$ 9.521.712,73.

75. Em nenhum dos casos foi aberto processo administrativo para punição das empresas, conforme determina o artigo 7º da Lei 10.520/2002, com agravante de que houve orientação acerca da obrigatoriedade de tal procedimento por meio da mensagem 068021, de 29/8/2011, do sistema Comunica (peça 67), que deu cumprimento ao item 9.2.1.1 do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário.

Quarto Centro Integrado de Defesa Aérea e Controle de Tráfego Aéreo (Cindacta-IV)

76. O Cindacta-IV realizou nove pregões eletrônicos no período considerado, sob a responsabilidade do pregoeiro Sr. Leandro Valdevino Silva de Souza (CPF 055.455.564-60), dos quais em cinco foram identificadas 399 propostas recusadas, distribuídas em duzentos itens, totalizando R\$ 9.864.130,36.

77. Foram abertos os processos administrativos para punição das empresas, conforme determina o artigo 7º da Lei 10.520/2002 e orienta a mensagem 068021, de 29/8/2011, do sistema Comunica (peça 67), que deu cumprimento ao item 9.2.1.1 do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário.

78. Segundo informação do órgão, em setembro/2012 foi emitido ofício em todos os processos abertos, o qual advertiu a empresa, dando-lhe cinco dias úteis para que apresentasse sua defesa. E que, expirado o prazo, seria feito registro de advertência no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (Sicaf) e, caso ela persistisse nessa conduta, seria agravada a sanção para impedimento de licitar e contratar com a Administração Pública (peça 207, p. 57-120).

Base Aérea do Galeão (BAGL)

79. A BAGL realizou onze pregões eletrônicos no período considerado, sob a responsabilidade do pregoeiro Sr. Luiz Gurgel do Amaral Filho (CPF 052.567.017-38), dos quais em cinco foram identificadas 66 propostas recusadas, distribuídas em 65 itens, totalizando R\$ 4.266.120,20.

80. Foram abertos os processos administrativos para punição das empresas, conforme determina o artigo 7º da Lei 10.520/2002 e o item 9.2.1.1 do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário, retransmitido ao órgão fiscalizado por meio da mensagem 068021, de 29/8/2011, do sistema Comunica (peça 67), bem como recomenda o item 9.7.1 do mesmo acórdão, destinado ao Ministério da Defesa. Todavia, os processos foram concluídos sem que nenhuma empresa fosse punida.

Nono Batalhão de Engenharia de Combate (9º BEcmb)

81. O 9º BEcmb realizou nove pregões eletrônicos no período considerado, sob a responsabilidade do pregoeiro Sr. Natanael Luiz Zotelli Filho (CPF 085.046.476-50), dos quais em oito foram identificadas 251 propostas recusadas, distribuídas em 172 itens, totalizando R\$ 1.499.834,16.

82. Em nenhum dos casos foi aberto processo administrativo para punição das empresas, conforme determina o artigo 7º da Lei 10.520/2002, com agravante de que houve orientação acerca da obrigatoriedade de tal procedimento por meio da mensagem 068021, de 29/8/2011, do sistema Comunica

(peça 67), que deu cumprimento ao item 9.2.1.1 do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário, além de ter havido recomendação destinada ao Ministério da Defesa por meio do item 9.7.1 do mesmo acórdão.

3.1.2. Critérios

- a) Lei 10.520/2002, art. 7º e 9º;
- b) Lei 8.112/1990, art. 116, inciso III;
- c) Lei 8.666/1993, art. 82;
- d) Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário, itens 9.2.1.1 e 9.7.1;
- e) Ofício-Circular 23/DLSG/SLTI-MP, de 25/8/2011 (peça 66);
- f) Mensagem 068021, de 29/8/2011, do sistema Comunica (peça 67).

3.1.3. Esclarecimentos dos responsáveis

Ministério das Relações Exteriores (MRE)

83. A pregoeira entende que ‘não há penalidade para o licitante inabilitado durante a realização do Pregão. O artigo 7º da Lei 10.520 foi plenamente atendido. Todas as empresas vencedoras dos certames, relacionadas no presente documento, assinaram contrato com a Administração’ (peça 200, p. 20).

84. Quanto à implantação de controles internos para dar cumprimento à orientação contida no mencionado acórdão, o órgão não prestou informações a respeito.

Fundação Universidade do Amazonas (Ufam)

85. A Fundação informou, por meio do Ofício 703/2012/GR/Ufam (peça 118, p. 2), que os controles implantados naquela instituição tiveram mudança em sua estrutura através da criação da Coordenação de Licitação, vinculada diretamente à Reitoria, e que houve ampliação da equipe e capacitação visando atender as orientações do Ofício-Circular 23/DLSG/SLTI-MP, de 25/8/2011. Além disso, o órgão não esclareceu o porquê da não abertura do processo administrativo.

Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC)

86. Em sua resposta, por meio do Ofício 165/SPOA/SE-MDIC (peça 58), o MDIC não esclareceu sobre os motivos da não abertura dos processos administrativos para apuração da conduta das empresas que podem ter infringido o artigo 7º da Lei 10.520/2002 nem respondeu à indagação a respeito da implantação dos controles internos, feita por meio da alínea ‘a’ do segundo parágrafo do Ofício 578/2012-TCU/Sefti (peça 50).

Quarto Centro Integrado de Defesa Aérea e Controle de Tráfego Aéreo (Cindacta-IV)

87. O Cindacta-IV informou que elaborou rotinas, por meio da Norma Padrão de Ação (NPA 102/AILi/2012), para que os pregoeiros atuassem nos casos relacionados aos achados 3.2 e 3.3 do TC 011.643/2010-2, bem como foi estabelecido o controle de empresas penalizadas, em que são verificadas as que eventualmente reincidam no mesmo delito, com vistas a aplicação de sanção de impedimento de licitar e contratar com a Administração Pública pelo prazo de até cinco anos (peça 207, p. 1).

88. Ainda, de acordo com o órgão, tais procedimentos tornaram-se cláusulas editalícias, sendo previstos na NPA 122/AILi/2012 como critério para confecção dos editais (peça 207, p. 1).

Base Aérea do Galeão (BAGL)

89. De acordo com o órgão, nenhuma empresa foi punida por não haver evidências concretas de recusa de apresentação de documentações que indicasse quaisquer tipos de casos levantados no TC 011.643/2010-2 que originou o Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário. (peça 62, p. 13).

90. O órgão destacou que vem seguindo as recomendações existentes no acórdão e que busca praticar o princípio da proporcionalidade na aplicação de sanções eventualmente impostas aos participantes de processos licitatórios (peça 62, p. 12).

91. A fim de dar cumprimento à recomendação contida no item 9.7.1 do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário, dirigida ao Ministério da Defesa, foi incluído na Norma Padrão de Ação, NPA 001/SCI/2011,

item 3.1, alínea 'e' (peça 62, p. 15), o procedimento a ser adotado quando da existência das situações elencadas no art. 7º da Lei 10.520/2002.

92. O mencionado procedimento estabelece que:

quando comunicado, por escrito, pelo Pregoeiro, sobre a incidência de qualquer empresa, nas situações previstas no Art. 7º da Lei 10.520/2002, resultando sua inabilitação no certame realizado pela BAGL, o Agente de Controle Interno deverá, através do Ordenador de Despesas, solicitar devida justificativa da empresa para o fato ocorrido, e, diante da resposta, esta sofrerá, se for o caso, as sanções previstas na legislação supracitada, conjugada com o Art. 90 da Lei 8.666/1993.

Nono Batalhão de Engenharia de Combate (9º BEcmb)

93. Segundo o 9º BEcmb, o órgão não havia recebido qualquer orientação para adotar postura diferente da que estava adotando durante a condução de todos os certames já realizados (peça 65, p. 2). Além disso, alegou que não possui equipe especializada para a execução de procedimentos investigativos contra as empresas mal-intencionadas (peça 65, p. 3).

94. No que tange aos controles internos, a informação solicitada na alínea 'a' do item 2 do Ofício 581/2012-TCU/Sefti (peça 44, p. 1) foi respondida pelo Ministério da Defesa, por meio do Ofício 297/2012-SCCR/CCIEEx (peça 64, p. 1-2). De acordo com o Ministério, foram adotadas as seguintes medidas para dar cumprimento à recomendação contida no item 9.7.1 do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário (idem):

- a) mandar incluir as mencionadas recomendações, por ocasião da revisão dos papéis de trabalho utilizados para a condução das atividades de auditoria pelo Centro de Controle Interno e pelas onze Unidades de Controle Interno do Exército;
- b) inclusão na coletânea de orientações entregues anualmente aos Chefes das Inspetorias de Contabilidade e Finanças do Exército (ICFEx);
- c) inclusão nos assuntos ministrados em palestras proferidas pelo Chefe do Controle Interno quando da realização das Visitas de Orientações Técnicas aos Comandos Militares do Exército;
- d) desenvolvimento de estudos de caso e aplicação quando da participação do Centro de Controle Interno, nos programas de cooperação e instrução militar nas escolas de formação e aperfeiçoamento do Exército; e
- e) comunicação à Secretaria de Economia e Finanças, órgão técnico-normativo responsável por difusão de assuntos relacionados às licitações e aos contratos para as Unidades Gestoras do Exército. Essa Secretaria tem feito as comunicações formais por meio de mensagens do Sistema Integrado de Administração Financeira (Siafi) e publicação nos Boletins Informativos das ICFEx.

3.1.4. Análise

Ministério das Relações Exteriores (MRE)

95. Com relação à resposta do MRE à diligência, cabe esclarecer que foi solicitado ao órgão que informasse o número dos processos administrativos abertos com o intuito de apurar a conduta das empresas relacionadas no Anexo I do Ofício 576/2012-TCU/Sefti. No entanto, o que o ministério informou foi o número do processo administrativo da licitação. Informou, ainda, que não houve punição às empresas (peça 200, p. 6-9, colunas 'H' e 'I').

96. Quanto à manifestação da pregoeira (parágrafo 83), tal entendimento não merece prosperar, tendo em vista que o art. 7º da Lei 10.520/2002 aborda também o tratamento dos atos ilegais que ocorrem na fase licitatória, como, por exemplo, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame e não manter a proposta.

97. Tais elementos evidenciam que não foi dado cumprimento ao que determina o art. 7º da Lei 10.520/2002, mesmo após a orientação determinada pelo item 9.2.1.1 do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário.

98. Com relação à implantação de controles internos para dar cumprimento à orientação contida no citado acórdão, o MRE não respondeu à indagação a respeito feita por meio da alínea 'a' do segundo parágrafo do Ofício 576/2012-TCU/Sefti, razão pela qual se entende que os referidos controles não foram

implantados no âmbito do Ministério.

Fundação Universidade do Amazonas (Ufam)

99. Não houve a abertura de processos administrativos para apuração da conduta das empresas que podem ter incorrido nas infrações previstas no art. 7º da Lei 10.520/2002, o que evidencia o descumprimento à referida lei, mesmo após a orientação determinada pelo item 9.2.1.1 do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário.

100. Quanto aos controles internos, a resposta da universidade não esclarece em que momento as providências citadas no parágrafo 85 foram adotadas. Supõe-se que somente após a ciência da diligência da Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação (Sefti), pois, como relatado no parágrafo anterior, nenhum processo para apuração das condutas questionadas fora autuado até então.

101. À parte desse aspecto, tem-se que as providências adotadas pela Ufam contribuem para reduzir a probabilidade de descumprimento por parte da Administração do que prescreve o art. 7º da Lei 10.520/2002. Porém, tomando-se como base apenas os elementos disponíveis nos autos, considera-se que tais medidas, por si só, não são suficientes para caracterizar a existência de controles específicos para o fim colimado, pois não contêm a indispensável coercibilidade para a obtenção do comportamento desejado por parte dos pregoeiros nem preveem o monitoramento das ações adotadas por esses agentes na condução dos pregões.

Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC)

102. Em relação aos itens de pregão relacionados no Anexo I do Ofício 578/2012-TCU/Sefti (peça 50, p. 3), o MDIC informou em sua resposta, por meio do Ofício 165/SPOA/SE-MDIC (peça 58), que não foram abertos processos administrativos para apuração das condutas das empresas – as quais poderiam constituir infrações previstas no art. 7º da Lei 10.520/2002 –, mas não justificou a razão de não fazê-lo.

103. Dessa forma, considera-se evidenciado o descumprimento à referida lei, mesmo após a orientação determinada pelo item 9.2.1.1 do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário.

104. Com relação à implantação de controles internos para dar cumprimento à orientação contida no citado acórdão, o MDIC não respondeu à indagação a respeito feita por meio da alínea ‘a’ do segundo parágrafo do Ofício 578/2012-TCU/Sefti, razão pela qual se entende que os referidos controles não foram implantados no âmbito do Ministério.

Quarto Centro Integrado de Defesa Aérea e Controle de Tráfego Aéreo (Cindacta-IV)

105. No que diz respeito aos itens de pregão relacionados no Anexo I do Ofício 579/2012-TCU/Sefti (peça 46, p. 3-26), foram abertos os processos administrativos para punição das empresas, conforme determina o art. 7º da Lei 10.520/2002 e orienta a mensagem 068021, de 29/8/2011, do sistema Comunica (peça 67), que deu cumprimento ao item 9.2.1.1 do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário.

106. Já em relação à implantação dos controles internos, os procedimentos instituídos pelas alíneas ‘d’ e ‘1’ do item 3.3.2 da NPA constituem controles que buscam assegurar a operacionalização da recomendação constante do item 9.7.1 do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário, dirigida ao Ministério da Defesa.

107. Por sua pertinência e coesão com o conteúdo da recomendação, entendemos oportuno reproduzi-los a seguir (peça 207, p. 10-13):

3.3.2 Pregão Eletrônico

(...)

O processamento e julgamento de licitações na modalidade pregão eletrônico são realizados observando a sequência dos seguintes procedimentos:

(...)

d) Manifestação da licitante, em campo próprio do sistema eletrônico, que cumpre plenamente os requisitos de habilitação e que sua proposta está em conformidade com as exigências do instrumento convocatório;

- Conforme o Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário, as licitantes que não apresentarem a documentação no prazo solicitado, não apresentarem a planilha de propostas ajustada a seus lances ou que não disponham de todas as condições de habilitação para participarem do certame, e em decorrência desses fatores venham a ser inabilitadas ou desclassificadas, estarão sujeitas a penalidade prevista no Art. 7 da Lei 10.520/2002. Cabe ao pregoeiro verificar as licitantes que cometeram as infrações supracitadas, e abrir processo administrativo. Inicialmente, fundamentado nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, conforme Acórdão 653-TCU-Plenário, as empresas serão punidas com as sanções previstas no Art. 87 da Lei 8.666/93.

- Caso a licitante reincida na mesma conduta, ficará impedida de licitar e contratar com a Administração Pública, e será descredenciada no SICAF pelo prazo de até 5 (cinco) anos.

(...)

l) Concluída a análise da proposta classificada em primeiro lugar, o pregoeiro procederá ao exame da documentação respectiva;

(...)

- Verificar a composição do quadro societário das empresas participantes da licitação, por meio do SICAF, efetuando o cruzamento dos nomes para a verificação de sócios em comum entre as licitantes;

- Acompanhar a conduta das empresas no decorrer da licitação com vistas a identificar empresas atuando como 'coelho', ou seja, reduzindo os preços a fim de desestimular a participação de outros licitantes na etapa de lances, desistindo posteriormente do certame para beneficiar a outra empresa que esteja participando do conluio, que, por sua vez, acaba sendo contratada sem ter apresentado a melhor proposta, provocando, assim, prejuízo para a Administração.

- Cabe ao pregoeiro verificar as licitantes que cometem as infrações supracitadas, devendo abrir um processo administrativo para aplicação do Art. 7º da Lei 10.520/2002, legislações federais e decisões do TCU correlatas.

108. Tendo em vista que os procedimentos acima determinam critérios de punição e criam normas vinculantes para os pregoeiros, eles estabelecem boa probabilidade de que os processos administrativos contra as empresas que praticarem atos ilegais tipificados no art. 7º da Lei 10.520/2002 serão autuados e, se for o caso, elas serão punidas.

109. Ante o exposto, considera-se que os controles internos para atendimento à recomendação contida no item 9.7.1 do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário foram implantados no âmbito do Cindacta-IV.

Base Aérea do Galeão (BAGL)

110. Em relação aos itens de pregão relacionados no Anexo I do Ofício 580/2012-TCU/Sefti (peça 45, p. 3-7), constatou-se que os processos administrativos para apuração de atos que podem ser tipificados no art. 7º da Lei 10.520/2002 foram autuados para todos os itens de pregões questionados (peça 62, p. 17-18). Entretanto, não constam da tabela preenchida pelo órgão (peça 62, p. 17-18) os itens 185, 186, 187 e 198 do Pregão 12/2012. Na mesma tabela, o CNPJ da empresa referente ao item 184 foi preenchido erroneamente com o CNPJ da empresa referente ao item 198, além de os itens 181 e 182 terem sido incluídos indevidamente. Apesar disso, verificou-se que o processo administrativo (peça 62, p. 56) foi autuado e que se tratou apenas de erro no preenchimento da tabela.

111. Tendo em vista que a Base Aérea do Galeão demonstrou com êxito que vem autuando processos administrativos para apurar atos que podem ser tipificados no art. 7º da Lei 10.520/2002, considera-se que a referida norma e a alínea 'a' do parágrafo 2º do Ofício-Circular 23/DLSG/SLTI-MP estão sendo cumpridos, com a ressalva de que esses processos foram concluídos sem que nenhuma das empresas relacionadas no Anexo I do Ofício 580/2012-TCU/Sefti (peça 45, p. 3-7) tenha sido punida.

112. No que se refere aos controles internos, a ação da BAGL (parágrafos 91 e 92) assegura uma

razoável margem de garantia de que os processos administrativos para apuração de atos que podem ser tipificados no art. 7º da Lei 10.520/2002 serão autuados.

113. Dessa forma, considera-se que os controles internos para atendimento à recomendação contida no item 9.7.1 do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário foram implantados.

Nono Batalhão de Engenharia de Combate (9º BEcmb)

114. No que diz respeito aos itens de pregão relacionados no Anexo I do Ofício 581/2012-TCU/Sefti (peça 44, p. 3-11), nenhum processo administrativo para apuração de atos que podem ser tipificados no art. 7º da Lei 10.520/2002 foi autuado já que o órgão não tinha o entendimento no tocante à aplicação de sanções durante o certame, mas sim, tão somente em situação de pós-contratação (peça 65, p. 2).

115. Entretanto, os pregoeiros do órgão não podem alegar desconhecimento do assunto já que a mensagem 068021 do sistema Comunica (peça 67), enviada em 29/8/2011 e destinada a todos os usuários do sistema, divulgou o conteúdo do Ofício-Circular 23/DLSG/SLTI-MP, de 25/8/2011 (peça 66). Na mensagem do sistema Comunica, foi divulgada, entre outras, a seguinte orientação aos gestores dos órgãos integrantes do Sisg:

a autuarem processos administrativos contra as empresas que praticarem atos ilegais previstos no art. 7º da Lei 10.520/2002, alertando-os de que a não autuação sem justificativa dos referidos processos poderá ensejar a aplicação de sanções, conforme previsão do art. 82 da Lei 8.666/1993, bem como representação por parte do Tribunal de Contas da União, com fulcro no art. 71, inciso XI, da Constituição Federal c/c o art. 1º, inciso VIII, da Lei nº 8.443/1992;

116. A respeito dos controles internos, entende-se que as medidas mencionadas pelo 9º BEcmb (parágrafo 94), apesar de contribuírem para a disseminação da informação e para a redução da probabilidade de descumprimento por parte da Administração do que prescreve o art. 7º da Lei 10.520/2002, por si só, não são suficientes para caracterizar a existência de controles específicos para o fim colimado, pois não contêm a indispensável coercibilidade para a obtenção do comportamento desejado por parte dos pregoeiros.

117. Dessa forma, não se pode considerar que os controles internos para dar cumprimento à orientação contida na alínea 'a' do parágrafo 2º do Ofício-Circular 23/DLSG/SLTI-MP, de 25/8/2011 (mensagem 068021 do sistema Comunica, enviada em 29/8/2011) foram implantados.

3.1.5. Evidências

- a) Ofício 45-CISET/QITC/MRE (peças 200-201);
- b) Ofício 703/2012/GR/Ufam (peça 118);
- c) Ofício 165/SPOA/SE-MDIC (peça 58);
- d) Ofício 211/SLic/27721 (peça 62);
- e) Ofício 160/INT/57098 (peça 207);
- f) Ofício 297/2012-SCCR/CCIEEx (peça 64);
- g) Ofício 296/2012- SCCR/CCIEEx (peça 65).

3.1.6. Conclusão

118. O Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário emitiu deliberações no sentido de orientar os gestores quanto à obrigatoriedade de autuarem processos administrativos para apurar condutas com indício de prática de atos ilegais previstos no art. 7º da Lei 10.520/2002 e de alertá-los de que a não autuação sem justificativa dos referidos processos poderia ensejar a aplicação de sanções, conforme previsão do art. 82 da Lei 8.666/1993, bem como representação por parte do Tribunal de Contas da União, com fulcro no art. 71, inciso XI, da Constituição Federal c/c o art. 1º, inciso VIII, da Lei 8.443/1992.

119. Ainda assim, verificou-se, por meio deste trabalho, a baixa incidência de instauração de processos administrativos para apurar as condutas das empresas enquadradas nos casos supramencionados, abstendo-se os órgãos envolvidos da oportunidade de afastar essas empresas dos processos licitatórios de toda a Administração Pública.

120. É oportuno ressaltar que, diante da sanção prevista no art. 7º da Lei 10.520/2002, e

considerando o princípio da indisponibilidade do interesse público, o gestor responsável pela condução da licitação tem o dever legal de instaurar o procedimento administrativo para apurar a conduta das empresas que não atendam aos editais ou não honrem suas propostas, procedendo a aplicação de sanção em caso de rejeição das justificativas apresentadas.

121. Dessa forma, e considerando o dever funcional previsto no inciso III do art. 116 da Lei 8.112/1990, o gestor não pode furtar-se a dar cumprimento ao art. 7º da Lei do Pregão, pois, ao tomar conhecimento de um possível ato ilegal cometido por parte de uma empresa licitante, tem o dever de ofício de autuar processo administrativo:

Art. 116. São deveres do servidor:

(...)

III - observar as normas legais e regulamentares;

122. A Lei das Licitações prevê ainda sanções administrativas e penais aos servidores que descumprirem os preceitos previstos por ela, como, por exemplo, omitir-se diante de ilegalidades da qual venham a tomar conhecimento:

Art. 82. Os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta Lei ou visando a frustrar os objetivos da licitação sujeitam-se às sanções previstas nesta Lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar.

123. Diante do exposto, conclui-se que, considerando a gravidade dos indícios encontrados, a inércia de agentes públicos envolvidos, a recorrente prática desse tipo de comportamento por algumas empresas e ainda a orientação expedida por meio da alínea 'a' do parágrafo 2º do Ofício-Circular 23/DLSG/SLTI-MP, de 25/8/2011 (mensagem 068021 do sistema Comunica, enviada em 29/8/2011), é necessário promover a audiência dos pregoeiros responsáveis pela execução dos pregões eletrônicos, bem como dos responsáveis pela homologação dos seus resultados, nos casos em que houve omissão quanto à obrigação de autuar processo administrativo destinado à apuração de condutas tipificadas no art. 7º da Lei 10.520/2002.

124. Paralelamente, como medida saneadora de caráter preventivo, entende-se oportuno determinar aos órgãos a criação de controles internos com vistas a minimizar a probabilidade de descumprimento do art. 7º da Lei 10.520/2002 por parte dos responsáveis pelos pregões.

125. Registre-se que, conforme informação do MDIC, o Pregão 16/2012 está em fase recursal e o Pregão 38/2011 foi revogado (peça 58, p. 4 e 6). Dessa forma, o comportamento dos responsáveis para os referidos pregões não deve ser objeto do questionamento proposto nesta peça.

3.1.7. Proposta de Encaminhamento

126. Promover, nos termos do art. 43, inciso II da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso IV, do Regimento Interno do TCU, a audiência dos responsáveis a seguir, para que, no prazo de quinze dias, apresentem suas razões de justificativa sobre as seguintes condutas:

126.1. Sra. Alvina Costa Messias, CPF 691.169.381-00, pregoeira do Ministério das Relações Exteriores – Comitê Nacional de Organização (CNO) Rio+20 – à época dos fatos relatados, por não ter adotado providências com vistas à instauração de processo administrativo para apurar as condutas das empresas constantes da tabela 5 do Anexo 2, que foram desclassificadas por não honrarem suas propostas nos itens de pregão ali indicados, condutas essas em princípio tipificadas como infrações previstas na Lei 10.520/2002, art. 7º, o que afronta o previsto na Lei 8.112/1990, art. 116, inciso III c/c Lei 10.520/2002, art. 9º e Lei 8.666/1993, art. 82, tendo como agravante o fato de ter sido alertado para essa obrigação por meio do Ofício-Circular 23/DLSG/SLTI-MP, de 25/8/2011, parágrafo 2º, alínea 'a' (ofício encaminhado por meio da mensagem 068021 do sistema Comunica, enviada em 29/8/2011);

126.2. Sr. Laudemar Gonçalves de Aguiar Neto, CPF 627.606.027-53, Secretário do Comitê Nacional de Organização (CNO) Rio+20, à época dos fatos relatados, por ter homologado pregões sem ter adotado providências com vistas à instauração de processo administrativo para apurar as condutas das empresas constantes da tabela 5 do Anexo 2, que foram desclassificadas por não honrarem suas propostas nos itens

de pregão ali indicados, condutas essas em princípio tipificadas como infrações previstas na Lei 10.520/2002, art. 7º, o que afronta o previsto na Lei 8.112/1990, art. 116, inciso III c/c Lei 10.520/2002, art. 9º e Lei 8.666/1993, art. 82, tendo como agravante o fato de ter sido alertado para essa obrigação por meio do Ofício-Circular 23/DLSG/SLTI-MP, de 25/8/2011, parágrafo 2º, alínea 'a' (ofício encaminhado por meio da mensagem 068021 do sistema Comunica, enviada em 29/8/2011);

126.3. Sr. Francisco de Oliveira Quercia, CPF 194.053.162-49, pregoeiro da Fundação Universidade do Amazonas (Ufam) à época dos fatos relatados, por não ter adotado providências com vistas à instauração de processo administrativo para apurar as condutas das empresas constantes da tabela 6 do Anexo 3, que foram desclassificadas por não honrarem suas propostas nos itens de pregão ali indicados, condutas essas em princípio tipificadas como infrações previstas na Lei 10.520/2002, art. 7º, o que afronta o previsto na Lei 8.112/1990, art. 116, inciso III c/c Lei 10.520/2002, art. 9º e Lei 8.666/1993, art. 82, tendo como agravante o fato de ter sido alertado para essa obrigação por meio do Ofício-Circular 23/DLSG/SLTI-MP, de 25/8/2011, parágrafo 2º, alínea 'a' (ofício encaminhado por meio da mensagem 068021 do sistema Comunica, enviada em 29/8/2011);

126.4. Sr. Valdelario Farias Cordeiro, CPF 342.953.302-30, Pró-reitor de Administração e Finanças da Fundação Universidade do Amazonas (Ufam) à época dos fatos relatados, por ter homologado pregões sem ter adotado providências com vistas à instauração de processo administrativo para apurar as condutas das empresas constantes da tabela 6 do Anexo 3, que foram desclassificadas por não honrarem suas propostas nos itens de pregão ali indicados, condutas essas em princípio tipificadas como infrações previstas na Lei 10.520/2002, art. 7º, o que afronta o previsto na Lei 8.112/1990, art. 116, inciso III c/c Lei 10.520/2002, art. 9º e Lei 8.666/1993, art. 82, tendo como agravante o fato de ter sido alertado para essa obrigação por meio do Ofício-Circular 23/DLSG/SLTI-MP, de 25/8/2011, parágrafo 2º, alínea 'a' (ofício encaminhado por meio da mensagem 068021 do sistema Comunica, enviada em 29/8/2011);

126.5. Sr. Abdias da Silva Oliveira, CPF 331.615.501-53, pregoeiro do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC) à época dos fatos relatados, por não ter adotado providências com vistas à instauração de processo administrativo para apurar as condutas das empresas constantes da tabela 7 do Anexo 4, que foram desclassificadas por não honrarem suas propostas nos itens de pregão ali indicados, condutas essas em princípio tipificadas como infrações previstas na Lei 10.520/2002, art. 7º, o que afronta o previsto na Lei 8.112/1990, art. 116, inciso III c/c Lei 10.520/2002, art. 9º e Lei 8.666/1993, art. 82, tendo como agravante o fato de ter sido alertado para essa obrigação por meio do Ofício-Circular 23/DLSG/SLTI-MP, de 25/8/2011, parágrafo 2º, alínea 'a' (ofício encaminhado por meio da mensagem 068021 do sistema Comunica, enviada em 29/8/2011);

126.6. Sr. Luiz Antonio de Souza Cordeiro, CPF 097.834.401-44, Subsecretário de Planejamento, Orçamento e Administração do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC) à época dos fatos relatados, por ter homologado pregões sem ter adotado providências com vistas à instauração de processo administrativo para apurar as condutas das empresas constantes da tabela 7 do Anexo 4, que foram desclassificadas por não honrarem suas propostas nos itens de pregão ali indicados, condutas essas em princípio tipificadas como infrações previstas na Lei 10.520/2002, art. 7º, o que afronta o previsto na Lei 8.112/1990, art. 116, inciso III c/c Lei 10.520/2002, art. 9º e Lei 8.666/1993, art. 82, tendo como agravante o fato de ter sido alertado para essa obrigação por meio do Ofício-Circular 23/DLSG/SLTI-MP, de 25/8/2011, parágrafo 2º, alínea 'a' (ofício encaminhado por meio da mensagem 068021 do sistema Comunica, enviada em 29/8/2011);

126.7. Sr. Natanael Luiz Zotelli Filho, CPF 085.046.476-50, pregoeiro do 9º Batalhão de Engenharia de Combate (9º BEcmb) à época dos fatos relatados, por não ter adotado providências com vistas à instauração de processo administrativo para apurar as condutas das empresas constantes da tabela 8 do Anexo 5, que foram desclassificadas por não honrarem suas propostas nos itens de pregão ali indicados, condutas essas em princípio tipificadas como infrações previstas na Lei 10.520/2002, art. 7º, o que afronta o previsto na Lei 8.112/1990, art. 116, inciso III c/c Lei 10.520/2002, art. 9º e Lei 8.666/1993, art. 82, tendo como agravante o fato de ter sido alertado para essa obrigação por meio do Ofício-Circular 23/DLSG/SLTI-MP, de 25/8/2011, parágrafo 2º, alínea 'a' (ofício encaminhado por meio da mensagem 068021 do sistema Comunica, enviada em 29/8/2011);

126.8. Sr. Jose Henrique Araujo dos Santos, CPF 905.206.707-44, Comandante do 9º Batalhão de Engenharia de Combate (9º BEcmb) à época dos fatos relatados, por ter homologado pregões sem ter adotado providências com vistas à instauração de processo administrativo para apurar as condutas das

empresas constantes da tabela 8 do Anexo 5, que foram desclassificadas por não honrarem suas propostas nos itens de pregão ali indicados, condutas essas em princípio tipificadas como infrações previstas na Lei 10.520/2002, art. 7º, o que afronta o previsto na Lei 8.112/1990, art. 116, inciso III c/c Lei 10.520/2002, art. 9º e Lei 8.666/1993, art. 82, tendo como agravante o fato de ter sido alertado para essa obrigação por meio do Ofício-Circular 23/DLSG/SLTI-MP, de 25/8/2011, parágrafo 2º, alínea 'a' (ofício encaminhado por meio da mensagem 068021 do sistema Comunica, enviada em 29/8/2011).

127. Determinar, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, ao Ministério das Relações Exteriores (MRE), ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC), à Fundação Universidade do Amazonas (Ufam) e ao do 9º Batalhão de Engenharia de Combate (9º BEcmb) que:

127.1. em atenção ao art. 37, *caput*, da Constituição Federal (princípio da eficiência) e ao art. 6º, inciso II, do Decreto-Lei 200/1967, orientem os órgãos, entidades, unidades e setores que compõem sua estrutura organizacional, acerca da necessidade de autuarem processos administrativos contra as empresas que praticarem atos ilegais tipificados no art. 7º da Lei 10.520/2002, alertando-os de que a não autuação sem justificativa dos referidos processos poderá ensejar a aplicação de sanções a seus gestores, conforme previsão da Lei 8.112/1990, art. 116, inciso III c/c Lei 10.520/2002, art. 9º e Lei 8.666/1993, art. 82;

127.2. em atenção ao art. 37, *caput*, da Constituição Federal (princípio da eficiência) e ao art. 6º, inciso V, do Decreto-Lei 200/1967, criem controles internos destinados a minimizar a probabilidade de que não sejam abertos processos administrativos destinados a apurar os comportamentos irregulares tipificados no art. 7º da Lei 10.520/2002;

127.3. em atenção ao art. 37, *caput*, da Constituição Federal (princípio da eficiência) e ao art. 6º, incisos II e V, do Decreto-Lei 200/1967, determinem aos órgãos e entidades que compõem sua estrutura organizacional que criem, em seus âmbitos, os controles aludidos no parágrafo precedente.

128. Recomendar à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (SLTI/MP) que:

128.1. em atenção ao disposto no Decreto 1.094/1994, art. 2º, inciso I, expeça norma regulamentando o art. 7º da Lei 10.520/2002, especialmente quanto à necessidade de que os entes públicos:

128.1.1. façam constar dos instrumentos convocatórios a gradação das sanções para os comportamentos tipificados naquele dispositivo legal, em atenção ao inciso III do art. 40 da Lei 8.666/1993;

128.1.2. criem controles internos destinados a minimizar a probabilidade de que não sejam abertos processos administrativos destinados a apurar os comportamentos irregulares tipificados no art. 7º da Lei 10.520/2002.

128.2. reitere para os órgãos integrantes do Sisg o teor da orientação emitida por meio do item 9.2.1.1 do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário.

129. Recomendação análoga à do parágrafo anterior deve ser dirigida, no que couber, aos seguintes entes: Dest/MP, CNJ, CNMP, MD, TCU, CD e SF.

3.2. Empresa que recorrentemente prejudica o processo licitatório

3.2.1. Situação encontrada

Rei-Labor Comércio de Produtos para Laboratórios Ltda. (CNPJ 01.293.314/0001-92)

130. Indício de infração ao art. 7º da Lei 10.520/2002 em todas as 415 propostas recusadas da empresa, que se encontram listadas na tabela 9 do Anexo 6 deste relatório, conforme dados extraídos do sistema Comprasnet.

Center Sponchiado Ltda. – ME (CNPJ 04.418.934/0001-07)

131. Indício de infração ao art. 7º da Lei 10.520/2002 em todas as 405 propostas recusadas da empresa, que se encontram listadas na tabela 10 do Anexo 7 deste relatório, conforme dados extraídos do sistema Comprasnet.

Kimicalbino Comércio Atacadista de Material de Laboratório (CNPJ 05.054.633/0001-04)

132. Indício de infração ao art. 7º da Lei 10.520/2002 em 164 das 165 propostas recusadas da

empresa que foram questionadas aos órgãos diligenciados (peça 131, p. 3-15).

133. As 164 propostas recusadas e confirmadas pelos órgãos se encontram listadas na tabela 11 do Anexo 8 deste relatório, conforme dados extraídos do sistema Comprasnet.

G P Mattara Suprimentos para Informática – ME (CNPJ 05.114.599/0001-08)

134. Indício de infração ao art. 7º da Lei 10.520/2002 em todas as 167 propostas recusadas da empresa, que se encontram listadas na tabela 12 do Anexo 9 deste relatório, conforme dados extraídos do sistema Comprasnet.

Vetec Química Fina Ltda. (CNPJ 29.976.032/0001-09)

135. Indício de infração ao art. 7º da Lei 10.520/2002 em todas as 158 propostas recusadas da empresa, que se encontram listadas na tabela 13 do Anexo 10 deste relatório, conforme dados extraídos do sistema Comprasnet.

136. Observou-se, ainda, que a empresa Vetec Química Fina Ltda, que possui 100% de seu capital social pertencente à empresa Sigma-Aldrich Brasil Ltda. – CNPJ 68.337.658/0001-27 – desde 3/6/2011 (peça 215), teve 22 propostas recusadas para itens de pregão em que o objeto foi adjudicado para sua proprietária, conforme se constata nos itens 3, 4, 19, 20, 25, 26, 28, 44, 49, 51, 52, 61, 64, 81, 84, 85, 86, 95, 103, 106, 115 e 120 do Pregão 22/2011, de 30/11/2011, do Laboratório Nacional Agropecuário no Rio Grande do Sul (código Uasg: 130103; peça 216).

3.2.2. Critérios

- a) Lei 10.520/2002, art. 7º;
- b) Lei 8.666/1993, arts. 90, 93 e 96;
- c) Lei 8.443/1992, art. 46;
- d) Acórdãos 216/2007, 2.900/2009, 1.793/2011, 1047/2012 e 1.546/2012, todos do TCU-Plenário.

3.3.3. Esclarecimentos dos responsáveis

137. Em prol do atendimento aos princípios do contraditório e da ampla defesa, estão sendo propostas oitivas das seis empresas retromencionadas.

3.3.4. Análise

138. Durante a análise da base de dados do sistema Comprasnet, conforme metodologia informada no tópico 2.4, foi possível verificar o grande número de propostas recusadas no período verificado.

139. Essa análise conduziu à confirmação dos resultados da auditoria realizada anteriormente e que resultou no Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário, revelando a continuidade das práticas irregulares ali relatadas. Nesta auditoria, que considerou somente os pregões realizados entre 30/4/2009 e 21/6/2012, foram identificadas propostas recusadas, desclassificadas, inabilitadas ou não adjudicadas para 1.609.868 itens que constavam de 507.520 pregões, envolvendo 33.481 empresas (peça 208, p. 644), variando o número de propostas recusadas por empresa de 1 a 10.172 (peça 208, p. 1). Esses números representam os números brutos, considerando todos os pregões do período analisado, sem a aplicação dos filtros elencados no parágrafo 53.

140. A tabela a seguir mostra o número de desistências (pregões e itens) para as cinco empresas selecionadas conforme exposto nos parágrafos 51 a 58 deste relatório. Esses números foram obtidos após aplicação dos filtros descritos no parágrafo 53 deste relatório.

CNPJ	Pregões de que participou	Pregões com proposta recusada	Itens de que participou	Itens com proposta recusada
01.293.314/0001-92	1.430	810	62.369	6.939
04.418.934/0001-07	5.500	1.686	192.106	8.061
05.054.633/0001-04	1.601	678	47.160	4.737
05.114.599/0001-08	2.382	1.077	32.426	9.464
29.976.032/0001-09	1.078	369	50.799	2.382

Tabela 2 – Quantidade de propostas recusadas das cinco empresas selecionadas

141. A fim de confirmar a correção dos dados que levaram à composição dos números apresentados na tabela 2 acima, promoveram-se diligências a órgãos/entidades que efetuaram as licitações.

142. Por economia processual e racionalização administrativa, tendo em conta que as cinco empresas tiveram, em conjunto, 31.583 itens de pregão nos quais suas propostas foram recusadas, bem como o elevado número de unidades gestoras promotoras dos pregões, obteve-se uma amostra desses itens com proposta recusada utilizando-se dos seguintes procedimentos.

143. Do universo de itens com proposta recusada constantes da tabela 2, foram selecionadas somente os que atendiam aos seguintes critérios:

- a) propostas recusadas de 1º/6/2010 a 21/6/2012;
- b) propostas que representaram o menor lance;
- c) propostas feitas para itens já homologados pela autoridade competente.

144. Uma vez filtradas as propostas recusadas, conforme parágrafo anterior, foram identificadas as cinco unidades gestoras com maior frequência de propostas recusadas para cada uma das cinco empresas. Esse procedimento resultou num total de 21 órgãos/entidades para serem diligenciados (e não 25), tendo em vista que alguns deles apresentaram as maiores frequências de propostas recusadas para mais de uma daquelas cinco empresas.

145. Por fim, das propostas recusadas, filtradas conforme parágrafo 143 retro, obtiveram-se todas aquelas nas quais a unidade gestora promotora do pregão fosse uma das 21 selecionadas para serem diligenciadas.

146. Os ofícios da Sefti que promoveram as diligências solicitavam as seguintes informações:

- a) ratificação, retificação ou complementação do motivo da recusa da proposta, da desclassificação, da inabilitação ou da não adjudicação do objeto licitado, para as empresas licitantes relacionadas, as quais ofertaram o menor lance no referido pregão;
- b) o número do processo administrativo autuado pelo órgão para apenar as empresas relacionadas, bem como o seu resultado.

147. A seguir procede-se à análise individual da situação de cada empresa.

Rei-Labor Comércio de Produtos para Laboratórios Ltda. (CNPJ 01.293.314/0001-92)

148. Como se pode observar por meio da tabela 2, dos 1.430 pregões que a empresa Rei-Labor participou, em 810 houve pelo menos uma proposta da empresa recusada. No total, a empresa teve 6.939 propostas recusadas de um total de 62.369 itens.

149. Foram encaminhadas diligências aos seguintes órgãos, questionando as propostas recusadas da empresa entre 1º/6/2010 e 21/6/2012, para itens já homologados:

- a) Hospital Universitário Getúlio Vargas (peça 74);
- b) Universidade Federal de São Paulo (peça 76);
- c) Universidade Federal de Lavras (peça 78);
- d) Universidade Federal do Triângulo Mineiro (peça 80);
- e) Universidade Federal de Goiás (peça 82);
- f) Universidade Federal de Santa Catarina (peça 85);
- g) Universidade Federal de Santa Maria (peça 87);
- h) Fundação Universidade do Amazonas (peça 89);
- i) Fundação Universidade Federal de Uberlândia (peça 91);
- j) Fundação Universidade Federal de Ouro Preto (peça 93);
- k) Fundação Universidade Federal de Viçosa (peça 95);
- l) Hospital Universitário Maria Aparecida Pedrossim (peça 97);
- m) Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de MG (peça 99);

- n) Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Baiano (peça 103);
- o) Instituto Nacional de Traumatologia e Ortopedia (peça 109).

150. No total, foram questionadas 415 propostas recusadas da empresa, que se encontram listadas na tabela 9 do Anexo 6 deste relatório. Essa lista contém o código da Unidade Administrativa de Serviços Gerais (Uasg), o número do pregão, o número do item e o motivo da recusa. Todas essas informações foram obtidas na base de dados do Sistema Comprasnet.

151. As respostas de cada um dos órgãos podem ser encontradas nas seguintes peças do processo:

- a) Hospital Universitário Getúlio Vargas (peça 184);
- b) Universidade Federal de São Paulo (peça 173);
- c) Universidade Federal de Lavras (peça 170);
- d) Universidade Federal do Triângulo Mineiro (peça 131);
- e) Universidade Federal de Goiás (peça 212);
- f) Universidade Federal de Santa Catarina (peça 205);
- g) Universidade Federal de Santa Maria (peça 164);
- h) Fundação Universidade do Amazonas (peça 204);
- i) Fundação Universidade Federal de Uberlândia (peça 181);
- j) Fundação Universidade Federal de Ouro Preto (peça 175);
- k) Fundação Universidade Federal de Viçosa (peça 163);
- l) Hospital Universitário Maria Aparecida Pedrossim (peças 160-161);
- m) Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de MG (peça 187);
- n) Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Baiano (peça 221);
- o) Instituto Nacional de Traumatologia e Ortopedia (peça 172).

152. Todos os órgãos diligenciados confirmaram que as propostas das empresas foram recusadas e alguns complementaram o motivo da recusa.

153. À semelhança das situações abordadas no achado 3.1 (não aplicação de penalidade a empresa que prejudica o processo licitatório), nenhum dos órgãos/entidades consultados autuou processos administrativos para apuração da conduta da empresa, conduta esta com indício de afronta ao artigo 7º da Lei 10.520/2002, conforme a orientação contida na alínea 'a' do parágrafo 2º do Ofício-Circular 23/DLSG/SLTI-MP, de 25/8/2011 (Comunica no sistema Comprasnet em 29/8/2011).

154. Os motivos de recusa das propostas da empresa Rei-Labor foram em decorrência de (tabela 9 do Anexo 6 deste relatório):

- a) desclassificação a pedido do licitante (170 casos – 41%);
- b) proposta em desacordo com as exigências do edital (98 casos – 24%);
- c) não enviou documentação conforme solicitado em edital (65 casos – 15%);
- d) outros (82 casos – 20%).

155. A desclassificação a pedido do licitante foi responsável pela recusa de 170 das 415 propostas em análise (41%), o que é um indício de que a empresa, repetidamente, infringiu o artigo 7º da Lei 10.520/2002.

156. Dessa forma, propomos que seja realizada a oitiva da empresa para que esclareça suas condutas em relação às propostas listadas na tabela 9 do Anexo 6 deste relatório, alertando-a de que o não acatamento dos esclarecimentos poderá caracterizar a ocorrência de fraude a licitação, situação que poderá resultar, com fulcro no art. 46 da Lei 8.443/1992, na declaração de inidoneidade da empresa para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.

Center Sponchiado Ltda.-ME (CNPJ 04.418.934/0001-07)

157. A empresa Center Sponchiado teve um total de 8.061 propostas recusadas de 192.106 itens de pregão em que participou, conforme se depreende da análise da tabela 2. Já ao se analisar o número de

pregões, dos 5.500 em que participou, em 1.686 a empresa teve pelo menos uma proposta recusada.

158. As diligências questionando as propostas recusadas da empresa entre 1º/6/2010 e 21/6/2012 (para itens já homologados) foram encaminhadas aos órgãos listados abaixo. Entre parênteses encontram-se os números das peças do ofício encaminhado pela Sefti e da resposta do órgão, respectivamente.

- a) Embrapa/CNPT (peças 70; 165);
- b) Embrapa/CNPH (peças 72; 191);
- c) Universidade Federal de São Paulo (peças 76; 173);
- d) Universidade Federal de Lavras (peças 78; 170);
- e) Universidade Federal do Triângulo Mineiro (peças 80; 131);
- f) Universidade Federal de Goiás (peças 82; 212);
- g) Universidade Federal de Santa Catarina (peças 85; 205);
- h) Universidade Federal de Santa Maria (peças 87; 164);
- i) Fundação Universidade do Amazonas (peças 89; 204);
- j) Fundação Universidade Federal de Uberlândia (peças 91; 181);
- k) Fundação Universidade Federal de Viçosa (peças 95; 163);
- l) Hospital Universitário Maria Aparecida Pedrossim (peças 97; 160-161);
- m) Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de MG (peças 99; 187);
- n) Universidade Federal de Campina Grande (peças 101; 171);
- o) Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Baiano (peças 103; 221);
- p) Prefeitura Militar de Brasília / MD – Comando do Exército (peças 105; 220);
- q) Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (peças 107; 162).

159. Ao todo foram questionadas 405 propostas recusadas da empresa, que se encontram listadas na tabela 10 do Anexo 7 deste relatório.

160. Em suas respostas, todos os órgãos diligenciados confirmaram que as propostas das empresas foram recusadas. Além disso, alguns órgãos complementaram o motivo da recusa.

161. Nenhum dos órgãos/entidades acima citados autuou processos administrativos para punição das empresas, conforme determina o artigo 7º da Lei 10.520/2002 e a alínea ‘a’ do parágrafo 2º do Ofício-Circular 23/DLSG/SLTI-MP, de 25/8/2011 (Comunica no sistema Comprasnet em 29/8/2011), o que reforça o achado do parágrafo 3.1 deste relatório (não aplicação de penalidade a empresa que prejudica o processo licitatório).

162. Os motivos para recusa das propostas da empresa Center Sponchiado foram os seguintes (tabela 10 do Anexo 7 deste relatório):

- a) produto ofertado não atende às especificações do edital (176 casos – 43%);
- b) proposta em desacordo com as exigências do edital (109 casos – 27%);
- c) não enviou documentação conforme solicitado em edital (40 casos – 10%);
- d) desclassificação a pedido do licitante (29 casos – 7%);
- e) não enviou proposta (23 casos – 6%)
- f) outros (28 casos – 7%).

163. Conforme se pode verificar na relação das propostas recusadas da empresa, em 70% dos casos analisados (letras ‘a’ e ‘b’ supra) a empresa ofertou produtos ou formulou propostas em desacordo com o edital, com idícios de infração ao art. 7º da Lei 10.520/2002.

164. Como agravante, tem-se que a empresa ofereceu o menor lance nos itens 123, 126 e 130 do Pregão 184/2011, de 12/1/2012, promovido pela Universidade Federal de Goiás e nos itens 18, 29, 30 e 31 do Pregão 1/2012, de 15/2/2012, promovido pela Fundação Universidade do Amazonas, mas teve as propostas recusadas, pois estava impedida de licitar em órgãos do Governo Federal (peças 233 e 234).

165. Esse comportamento da empresa de participar de licitações, mesmo estando impedida, é um

indício de sua disposição em burlar as disposições legais vigentes, o que caracterizaria a fraude às licitações citadas no parágrafo precedente.

166. Dessa forma, propomos que seja realizada a oitiva da empresa em relação às propostas listadas na tabela 10 do Anexo 7 deste relatório, alertando-a de que o não acatamento dos esclarecimentos poderá caracterizar a ocorrência de fraude a licitação, situação que poderá resultar, com fulcro no art. 46 da Lei 8.443/1992, na declaração de inidoneidade da empresa para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.

Kimicalbino Comércio Atacadista de Material de Laboratório (CNPJ 05.054.633/0001-04)

167. Na tabela 2, observa-se que de 1.601 pregões em que participou, a empresa Kimicalbino Comércio Atacadista de Material de Laboratório teve pelo menos uma proposta recusada em 678. No total, durante o período analisado, a empresa teve 4.737 propostas recusadas.

168. Foram encaminhadas diligências, questionando suas propostas recusadas desde 1º/6/2010 (para itens já homologados), aos seguintes órgãos (entre parênteses estão os números das peças do ofício encaminhado pela Sefti e da resposta do órgão, respectivamente):

- a) Hospital Universitário Getúlio Vargas (peças 74; 184);
- b) Universidade Federal de São Paulo (peças 76; 173);
- c) Universidade Federal de Lavras (peças 78; 170);
- d) Universidade Federal do Triângulo Mineiro (peças 80; 131);
- e) Universidade Federal de Goiás (peças 82; 212);
- f) Universidade Federal de Santa Maria (peças 87; 164);
- g) Fundação Universidade do Amazonas (peças 89; 204);
- h) Fundação Universidade Federal de Uberlândia (peças 91; 181);
- i) Fundação Universidade Federal de Ouro Preto (peças 93; 175);
- j) Fundação Universidade Federal de Viçosa (peças 95; 163);
- k) Universidade Federal de Campina Grande (peças 101; 171).

169. Foram questionadas 165 propostas recusadas da empresa (com itens homologados e data de abertura posterior a 1º/6/2010).

170. Das 165 propostas recusadas da empresa que foram questionadas aos órgãos acima, apenas uma não foi confirmada: a proposta feita para o item 1 do Pregão 22/2010 da Universidade Federal do Triângulo Mineiro.

171. Segundo a universidade, 'houve um equívoco da Pregoeira ao desclassificar a referida proposta, a qual foi vencedora do referido item conforme registrado no Resultado por Fornecedor, disponível no Comprasnet' (peça 131, p. 3).

172. Entretanto, todas as outras 164 propostas foram confirmadas como sendo recusadas pelos órgãos diligenciados. Além disso, alguns órgãos complementaram o motivo da recusa. A relação com as 164 propostas que devem ser questionadas à empresa encontra-se na tabela 11 do Anexo 8 deste relatório.

173. Novamente, nenhum dos órgãos/entidades questionados autuou processos administrativos para apuração da conduta da empresa, conforme determina o artigo 7º da Lei 10.520/2002 e a alínea 'a' do parágrafo 2º do Ofício-Circular 23/DLSG/SLTI-MP, de 25/8/2011 (Comunica no sistema Comprasnet em 29/8/2011).

174. Os motivos de recusa das propostas da empresa Kimicalbino Comércio Atacadista de Material de Laboratório foram em decorrência de (tabela 11 do Anexo 8 deste relatório):

- a) desclassificação a pedido do licitante (100 casos – 61%);
- b) produto ofertado não atende às especificações do edital (21 casos – 13%);
- c) proposta em desacordo com as exigências do edital (20 casos – 12%);
- d) apresentação de lance inexecutável (14 casos – 9%);

e) outros (9 casos – 5%).

175. A desclassificação a pedido do licitante foi responsável pela recusa de cem das 164 propostas em análise (61%), o que é um indício de que a empresa, repetidamente, infringiu o artigo 7º da Lei 10.520/2002.

176. Dessa forma, propomos que seja realizada a oitiva da empresa em relação às propostas listadas na tabela 11 do Anexo 8 deste relatório, alertando-a de que o não acatamento dos esclarecimentos poderá caracterizar a ocorrência de fraude a licitação, situação que poderá resultar, com fulcro no art. 46 da Lei 8.443/1992, na declaração de inidoneidade da empresa para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.

G P Mattara Suprimentos para Informática – ME (CNPJ 05.114.599/0001-08)

177. De acordo com os dados da tabela 2, a empresa G P Mattara Suprimentos para Informática teve pelo menos uma proposta recusada em 1.077 pregões dos 2.382 em que participou no período, tendo ao todo 9.464 propostas recusadas.

178. Conforme já explicitado, a fim de confirmar esses números, foram encaminhadas diligências a alguns órgãos questionando as propostas recusadas da empresa.

179. Entretanto, por economia processual e racionalização administrativa foi feita uma amostragem em relação às propostas recusadas, conforme metodologia explicada no parágrafo 141.

180. As diligências, que solicitavam as informações listadas no parágrafo 146, foram encaminhadas aos seguintes órgãos:

- a) Embrapa/CNPT (peças 70; 165);
- b) Universidade Federal de São Paulo (peças 76; 173);
- c) Universidade Federal do Triângulo Mineiro (peças 80; 131);
- d) Universidade Federal de Santa Catarina (peças 85; 205);
- e) Fundação Universidade Federal de Uberlândia (peças 91; 181);
- f) Fundação Universidade Federal de Ouro Preto (peças 93; 175);
- g) Fundação Universidade Federal de Viçosa (peças 95; 163);
- h) Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de MG (peças 99; 187);
- i) Universidade Federal de Campina Grande (peças 101; 171);
- j) Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (peças 107; 162).

181. Os números das peças dos ofícios encaminhados pela Sefti e das respostas dos órgãos, respectivamente, encontram-se entre parênteses.

182. Foram questionadas 167 propostas recusadas da empresa, que se encontram listadas na tabela 12 do Anexo 9 deste relatório.

183. Todos os órgãos/entidades diligenciados confirmaram que as propostas da empresa foram recusadas, entretanto nenhum deles autuou processos administrativos para apuração da conduta da empresa, conforme determina o artigo 7º da Lei 10.520/2002 e a alínea ‘a’ do parágrafo 2º do Ofício-Circular 23/DLSG/SLTI-MP, de 25/8/2011 (Comunica no sistema Comprasnet em 29/8/2011).

184. Além disso, alguns órgãos complementaram o motivo da recusa.

185. Os motivos de recusa das propostas da empresa G P Mattara Suprimentos para Informática foram em decorrência de (tabela 12 do Anexo 9 deste relatório):

- a) proposta em desacordo com as exigências do edital (71 casos – 42%);
- b) produto ofertado não atende às especificações do edital (59 casos – 35%);
- c) não enviou documentação conforme solicitado em edital (31 casos – 19%);
- d) outros (6 casos – 4%).

186. Com relação às desclassificações decorrentes de a empresa ter ofertado produto que desatendia às especificações do edital, verificou-se que em diversos pregões foram ofertados cartuchos para

impressora não originais, apesar de essa exigência constar explicitamente dos editais, o que é um indício de que a empresa, repetidamente, infringiu o artigo 7º da Lei 10.520/2002.

187. Dessa forma, propomos que seja realizada a oitiva da empresa em relação às propostas listadas na tabela 12 do Anexo 9 deste relatório, alertando-a de que o não acatamento dos esclarecimentos poderá caracterizar a ocorrência de fraude a licitação, situação que poderá resultar, com fulcro no art. 46 da Lei 8.443/1992, na declaração de inidoneidade da empresa para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.

Vetec Química Fina Ltda. (CNPJ 29.976.032/0001-09)

188. A empresa Vetec Química Fina Ltda teve um total de 2.382 propostas recusadas, distribuídas em 369 pregões dos 1.078 em que participou no período, conforme se depreende da análise da tabela 2.

189. Foram encaminhadas diligências, questionando suas propostas recusadas desde 1º/6/2010 (para itens já homologados), aos seguintes órgãos (entre parênteses estão os números das peças do ofício encaminhado pela Sefti e da resposta do órgão, respectivamente):

- a) Laboratório Nacional Agropecuário em Porto Alegre (peças 68; 159);
- b) Embrapa/CNPH (peças 72; 191);
- c) Universidade Federal de Lavras (peças 78; 170);
- d) Universidade Federal do Triângulo Mineiro (peças 80; 131);
- e) Universidade Federal de Goiás (peças 82; 212);
- f) Universidade Federal de Santa Maria (peças 87; 164);
- g) Fundação Universidade do Amazonas (peças 89; 204);
- h) Fundação Universidade Federal de Uberlândia (peças 91; 181);
- i) Fundação Universidade Federal de Ouro Preto (peças 93; 175);
- j) Hospital Universitário Maria Aparecida Pedrossim (peças 97; 160-161);
- k) Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de MG (peças 99; 187).

190. Foram questionadas 158 propostas recusadas da empresa (com itens homologados e data de abertura entre 1º/6/2010 e 21/6/2012), as quais foram confirmadas pelos órgãos diligenciados em suas respostas. Além disso, alguns deles complementaram o motivo da recusa.

191. Confirmando mais uma vez o achado do parágrafo 3.1 deste relatório (não aplicação de penalidade a empresa que prejudica o processo licitatório), nenhum dos órgãos questionados autuou processos administrativos para punição das empresas, conforme determina o artigo 7º da Lei 10.520/2002 e a alínea 'a' do parágrafo 2º do Ofício-Circular 23/DLSG/SLTI-MP, de 25/8/2011 (Comunica no sistema Comprasnet em 29/8/2011).

192. Analisando-se as propostas da empresa Vetec relacionadas na tabela 13 do Anexo 10 deste relatório, verifica-se que os motivos de recusa dessas propostas foram em decorrência de:

- a) proposta em desacordo com as exigências do edital (95 casos – 60%);
- b) produto ofertado não atende às especificações do edital (36 casos – 23%);
- c) desclassificação a pedido do licitante (15 casos – 9%)
- d) outros (12 casos – 8%).

193. Conforme se pode verificar na relação das propostas recusadas da empresa, em 83% dos casos analisados a empresa se comportou de forma irregular, ofertando produtos ou formulando propostas em desacordo com o edital, o que é um indício de que, repetidamente, infringiu o artigo 7º da Lei 10.520/2002.

194. Como agravante, tem-se a situação de participação da empresa juntamente com a sua controladora, em diversos itens de pregão, conforme relatado na situação encontrada (parágrafo 136).

195. Dessa forma, tendo em vista a relação societária surgida em 3/6/2011 e a efetiva obtenção de vantagem de uma empresa em decorrência do comportamento da outra, fica evidenciado indício de conluio entre as duas e, conseqüentemente, indício de fraude ao Pregão 22/2011, de 30/11/2011, do

Laboratório Nacional Agropecuário no Rio Grande do Sul (código Uasg: 130103; peça 216).

196. Diante de todo o exposto, propõe-se que seja realizada a oitiva da empresa Vetec, em relação às propostas listadas na tabela 13 do Anexo 10 deste relatório, e da empresa Sigma-Aldrich, em relação à sua participação, juntamente com a sua controlada, nos itens 3, 4, 19, 20, 25, 26, 28, 44, 49, 51, 52, 61, 64, 81, 84, 85, 86, 95, 103, 106, 115 e 120 do Pregão 22/2011, de 30/11/2011, do Laboratório Nacional Agropecuário no Rio Grande do Sul (código Uasg: 130103; peça 216), alertando-as de que o não acatamento dos esclarecimentos poderá caracterizar a ocorrência de fraude a licitação, situação que poderá resultar, com fulcro no art. 46 da Lei 8.443/1992, na declaração de suas inidoneidades para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.

3.3.5. Evidências

Rei-Labor Comércio de Produtos para Laboratórios Ltda. (CNPJ 01.293.314/0001-92)

- a) relação das propostas recusadas, entre 1º/6/2010 e 21/6/2012, e confirmadas pelos órgãos (peça 223);
- b) Ofício 792/2012/GR/Ufam (peça 184);
- c) Ofício Unifesp/PRO-ADM 89/2012 (peça 173);
- d) Ofício 299/2012/GAB/UFLA (peça 170);
- e) Ofício 213/2012/Reitoria/UFTM (peça 131);
- f) Ofício 1235/GAB/UFG (peça 212);
- g) Ofício 590/2012/BR/UFSC (peça 205);
- h) Ofício 841/2012-GR (peça 164);
- i) Ofício 814/2012/GR/Ufam (peça 204);
- j) Ofício R/UFU/587/2012 (peça 181);
- k) Ofício Conjunto Auditoria/Reitoria/Ufop 15/2012 (peça 175);
- l) Ofício 0380/2012/RTR (peça 163);
- m) Ofício 149/2012-DRG/NHU/UFMS (peças 160-161);
- n) Ofício 452/2012-GAB/Reitoria/IFMG/Setec/MEC (peça 187);
- o) Ofício 994/2012/IF Baiano/GAB (peça 221);
- p) Ofício 2256/2012-INTO/MS (peça 172).

Center Sponchiado Ltda.-ME (CNPJ 04.418.934/0001-07)

- a) relação das propostas recusadas, entre 1º/6/2010 e 21/6/2012, e confirmadas pelos órgãos (peça 224);
- b) Ofício C.CGE.CNPT 360/2012 (peça 165);
- c) Ofício C.CGE.CNPH 60/2012 (peça 191);
- d) Ofício Unifesp/PRO-ADM 89/2012 (peça 173);
- e) Ofício 299/2012/GAB/UFLA (peça 170);
- f) Ofício 213/2012/Reitoria/UFTM (peça 131);
- g) Ofício 1235/GAB/UFG (peça 212);
- h) Ofício 590/2012/BR/UFSC (peça 205);
- i) Ofício 841/2012-GR (peça 164);
- j) Ofício 814/2012/GR/Ufam (peça 204);
- k) Ofício R/UFU/587/2012 (peça 181);
- l) Ofício 0380/2012/RTR (peça 163);
- m) Ofício 149/2012-DRG/NHU/UFMS (peças 160-161);
- n) Ofício 452/2012-GAB/Reitoria/IFMG/Setec/MEC (peça 187);
- o) Ofício 112-12/G/PRA/UFMG (peça 171);
- p) Ofício 994/2012/IF Baiano/GAB (peça 221);

- q) Ofício 362-SCCR/CCIEEx (peça 220);
- r) Ofício 1184/2012-GAB/INPE (peça 162);
- s) Ata do Pregão 184/2011, da Universidade Federal de Goiás (peça 233);
- t) Ata do Pregão 1/2012, da Fundação Universidade do Amazonas (peça 234).

Kimicalbino Comércio Atacadista de Material de Laboratório (CNPJ 05.054.633/0001-04)

- a) relação das propostas recusadas, entre 1º/6/2010 e 21/6/2012, e confirmadas pelos órgãos (peça 225);
- b) Ofício 792/2012/GR/Ufam (peça 184);
- c) Ofício Unifesp/PRO-ADM 89/2012 (peça 173);
- d) Ofício 299/2012/GAB/UFLA (peça 170);
- e) Ofício 213/2012/Reitoria/UFTM (peça 131);
- f) Ofício 1235/GAB/UFG (peça 212);
- g) Ofício 841/2012-GR (peça 164);
- h) Ofício 814/2012/GR/Ufam (peça 204);
- i) Ofício R/UFU/587/2012 (peça 181);
- j) Ofício Conjunto Auditoria/Reitoria/Ufop 15/2012 (peça 175);
- k) Ofício 0380/2012/RTR (peça 163);
- l) Ofício 112-12/G/PRA/UFCG (peça 171).

G P Mattara Suprimentos para Informática – ME (CNPJ 05.114.599/0001-08)

- a) relação das propostas recusadas, a partir de 1º/6/2010, e confirmadas pelos órgãos (peça 226);
- b) Ofício C.CGE.CNPT 360/2012 (peça 165);
- c) Ofício Unifesp/PRO-ADM 89/2012 (peça 173);
- d) Ofício 213/2012/Reitoria/UFTM (peça 131);
- e) Ofício 590/2012/BR/UFSC (peça 205);
- f) Ofício R/UFU/587/2012 (peça 181);
- g) Ofício Conjunto Auditoria/Reitoria/Ufop 15/2012 (peça 175);
- h) Ofício 0380/2012/RTR (peça 163);
- i) Ofício 452/2012-GAB/Reitoria/IFMG/Setec/MEC (peça 187);
- j) Ofício 112-12/G/PRA/UFCG (peça 171);
- k) Ofício 1184/2012- GAB/INPE (peça 162).

Vetec Química Fina Ltda. (CNPJ 29.976.032/0001-09)

- a) relação das propostas recusadas, a partir de 1º/6/2010, e confirmadas pelos órgãos (peça 227);
- b) Ofício 283/2012 - COO/Lanagro/RS (peça 159);
- c) Ofício C.CGE.CNPH 60/2012 (peça 191);
- d) Ofício 299/2012/GAB/UFLA (peça 170);
- e) Ofício 213/2012/Reitoria/UFTM (peça 131);
- f) Ofício 1235/GAB/UFG (peça 212);
- g) Ofício 841/2012-GR (peça 164);
- h) Ofício 814/2012/GR/Ufam (peça 204);
- i) Ofício R/UFU/587/2012 (peça 181);
- j) Ofício Conjunto Auditoria/Reitoria/Ufop 15/2012 (peça 175);
- k) Ofício 149/2012-DRG/NHU/UFMS (peças 160-161);
- l) Ofício 452/2012-GAB/Reitoria/IFMG/Setec/MEC (peça 187);
- m) Quadro Societário da empresa Vetec Química Fina Ltda. (peça 215).

Sigma-Aldrich Brasil Ltda. (CNPJ 68.337.658/0001-27)

- a) Quadro Societário da empresa Vetec Química Fina Ltda. (peça 215);
- b) Ata do Pregão 22/2011, do Laboratório Nacional Agropecuário no Rio Grande do Sul (código Uasg: 130103; peça 216).

3.3.6. Conclusão

197. Diante do exposto, conclui-se que as citadas empresas não honraram suas propostas, apresentando repetidamente os mesmos tipos de justificativas para suas desistências ou simplesmente não atendendo ao chamado da comissão de licitação.

198. Tal fato é prejudicial para a Administração, pois gera insegurança aos gestores dos órgãos/entidades contratantes e prejuízos de diversas espécies. Muitas vezes, para adjudicar um único item, o órgão licitante se vê obrigado a convocar dezenas de empresas, o que evidentemente onera e atrasa o procedimento licitatório.

199. É de se ressaltar que, a despeito de as empresas declararem, antes do início da fase de lances, que atendem aos requisitos de habilitação e de proposta exigidos no edital, em muitos casos há indícios de que, mesmo sabendo previamente que não atendem às condições editalícias, as empresas se arriscam em participar das licitações. Uma possível causa é a evidenciada falta de ação por parte dos agentes públicos, que não adotam medidas para coibir tais comportamentos das licitantes.

200. Considerando a gravidade dos indícios encontrados e a prática recorrente desse tipo de comportamento pelas empresas supracitadas, em um número muito expressivo de vezes, entende-se que, respeitado os princípios do contraditório e da ampla defesa, essas empresas devam ser impedidas de continuar prejudicando os processos licitatórios.

201. Dessa forma, propõe-se a realização de oitiva das empresas Rei-Labor, Center Sponchiado, Kimicalbino, G P Mattara e Vetec, em relação às propostas por elas formuladas e não honradas, constantes das tabelas 9 (Anexo 6), 10 (Anexo 7), 11 (Anexo 8), 12 (Anexo 9) e 13 (Anexo 10), respectivamente, alertando-as de que o não acatamento dos esclarecimentos poderá caracterizar a ocorrência de fraude a licitação, situação que poderá resultar, com fulcro no art. 46 da Lei 8.443/1992, na declaração de suas inidoneidades para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.

202. Propõe-se, ainda, a realização de oitiva da empresa Sigma-Aldrich em relação à sua participação, juntamente com a sua controlada, a empresa Vetec, nos itens 3, 4, 19, 20, 25, 26, 28, 44, 49, 51, 52, 61, 64, 81, 84, 85, 86, 95, 103, 106, 115 e 120 do Pregão 22/2011, de 30/11/2011, do Laboratório Nacional Agropecuário no Rio Grande do Sul (código Uasg: 130103; peça 216), nos quais se beneficiou da desclassificação da sua sócia, obtendo a adjudicação dos objetos a preços maiores do que os ofertados nas propostas recusadas da mesma, alertando-a de que o não acatamento dos esclarecimentos poderá caracterizar a ocorrência de fraude a licitação, situação que poderá resultar, com fulcro no art. 46 da Lei 8.443/1992, na declaração de sua inidoneidade para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.

203. É oportuno consignar que informações mais detalhadas a respeito das propostas relacionadas nas peças retrocitadas podem ser obtidas consultando-se as atas dos respectivos pregões, as quais são de domínio público e podem ser acessadas por meio do sistema Comprasnet (www.comprasnet.gov.br).

204. No que tange à participação na disputa para um determinado item de pregão, de empresas que possuam relações societárias, conforme abordado nos itens 194 a 196 que trataram desta situação em caso concreto envolvendo as empresas Vetec e Sigma-Aldrich, entende-se que, a par das providências propostas para essas empresas, são necessárias outras medidas saneadoras de maior abrangência, com o fito de, se não eliminar, pelo menos reduzir as ocorrências desse tipo de comportamento irregular.

205. Nesse sentido, propõe-se o encaminhamento de determinação aos órgãos governantes superiores para que orientem os seus jurisdicionados sobre o entendimento que este Tribunal tem reiteradamente expressado a respeito da matéria, incluindo recomendação para que o assunto seja normatizado em seus respectivos âmbitos.

3.3.7. Proposta de Encaminhamento

206. Promover a oitiva das empresas a seguir, para que, no prazo de quinze dias, justifiquem suas condutas irregulares:

206.1. Rei-Labor Comércio de Produtos para Laboratórios Ltda., CNPJ 01.293.314/0001-92, para que justifique as condutas irregulares nos pregões relacionados na tabelas 9 (Anexo 6), cientificando-a de que o não acatamento dos esclarecimentos no âmbito do processo em curso neste Tribunal poderá caracterizar a ocorrência de fraude a licitação, situação que poderá resultar na declaração de sua inidoneidade para participar de licitação na Administração Pública Federal, na forma do artigo 46 da Lei 8.443/1992.

206.2. Center Sponchiado Ltda. – ME, CNPJ 04.418.934/0001-07 para que justifique as condutas irregulares nos pregões relacionados na tabela 10 (Anexo 7), cientificando-a de que o não acatamento dos esclarecimentos no âmbito do processo em curso neste Tribunal poderá caracterizar a ocorrência de fraude a licitação, situação que poderá resultar na declaração de sua inidoneidade para participar de licitação na Administração Pública Federal, na forma do artigo 46 da Lei 8.443/1992.

206.3. Kimicalbino Comércio Atacadista de Material de Laboratório, CNPJ 05.054.633/0001-04, para que justifique as condutas irregulares nos pregões relacionados na tabela 11 (Anexo 8), cientificando-a de que o não acatamento dos esclarecimentos no âmbito do processo em curso neste Tribunal poderá caracterizar a ocorrência de fraude a licitação, situação que poderá resultar na declaração de sua inidoneidade para participar de licitação na Administração Pública Federal, na forma do artigo 46 da Lei 8.443/1992.

206.4. G P Mattara Suprimentos para Informática – ME, CNPJ 05.114.599/0001-08 para que justifique as condutas irregulares nos pregões relacionados na tabela 12 (Anexo 9), cientificando-a de que o não acatamento dos esclarecimentos no âmbito do processo em curso neste Tribunal poderá caracterizar a ocorrência de fraude a licitação, situação que poderá resultar na declaração de sua inidoneidade para participar de licitação na Administração Pública Federal, na forma do artigo 46 da Lei 8.443/1992.

206.5. Vetec Química Fina Ltda., CNPJ 29.976.032/0001-09, para que justifique as condutas irregulares nos pregões relacionados na tabela 13 (Anexo 10), cientificando-a de que o não acatamento dos esclarecimentos no âmbito do processo em curso neste Tribunal poderá caracterizar a ocorrência de fraude a licitação, situação que poderá resultar na declaração de sua inidoneidade para participar de licitação na Administração Pública Federal, na forma do artigo 46 da Lei 8.443/1992.

206.6. Vetec Química Fina Ltda., CNPJ 29.976.032/0001-09, para que justifique a conduta irregular no pregão 22/2011, de 30/11/2011, promovido pelo Laboratório Nacional Agropecuário no Rio Grande do Sul (código Uasg: 130103; peça 216), no qual participou, juntamente com a sua controladora, a empresa Sigma-Aldrich Brasil Ltda., CNPJ 68.337.658/0001-27, nos itens 3, 4, 19, 20, 25, 26, 28, 44, 49, 51, 52, 61, 64, 81, 84, 85, 86, 95, 103, 106, 115 e 120, a qual se beneficiou das suas desclassificações, com a adjudicação dos objetos a preços maiores do que os ofertados nas suas propostas recusadas, cientificando-a de que o não acatamento dos esclarecimentos no âmbito do processo em curso neste Tribunal poderá caracterizar a ocorrência de fraude a licitação, situação que poderá resultar na declaração de sua inidoneidade para participar de licitação na Administração Pública Federal, na forma do artigo 46 da Lei 8.443/1992.

206.7. Sigma-Aldrich Brasil Ltda., CNPJ 68.337.658/0001-27, para que justifique a conduta irregular no pregão 22/2011, de 30/11/2011, promovido pelo Laboratório Nacional Agropecuário no Rio Grande do Sul (código Uasg: 130103; peça 216), no qual participou, juntamente com a sua controladora, a empresa Vetec Química Fina Ltda., CNPJ 29.976.032/0001-09, nos itens 3, 4, 19, 20, 25, 26, 28, 44, 49, 51, 52, 61, 64, 81, 84, 85, 86, 95, 103, 106, 115 e 120, se beneficiando da desclassificação da sua sócia, com a adjudicação dos objetos a preços maiores do que os ofertados nas propostas recusadas da mesma, cientificando-a de que o não acatamento dos esclarecimentos no âmbito do processo em curso neste Tribunal poderá caracterizar a ocorrência de fraude a licitação, situação que poderá resultar na declaração de sua inidoneidade para participar de licitação na Administração Pública Federal, na forma do artigo 46 da Lei 8.443/1992.

207. Determinar à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI/MP), ao Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais/MP, ao Conselho Nacional de Justiça, ao Conselho

Nacional do Ministério Público, ao Ministério da Defesa, ao Senado Federal, à Câmara dos Deputados e ao Tribunal de Contas da União que, em atenção ao art. 37, *caput*, da Constituição Federal (princípio da eficiência) e ao art. 6º, inciso II, do Decreto-Lei 200/1967, orientem as áreas responsáveis por conduzir as licitações, inclusive as de seus jurisdicionados, quando houver, para que:

207.1. desclassifiquem sumariamente as propostas para o mesmo item feitas por empresas que possuam sócio em comum, tendo em vista que em sucessivos acórdãos esta Corte tem considerado que esse comportamento afronta os princípios da moralidade, da isonomia e da probidade administrativa, constituindo fraude ao certame (Acórdãos 216/2007, 2.900/2009, 775/2011, 1.793/2011, 1047/2012 e 1.546/2012, todos do Plenário).

207.2. autuem processo administrativo contra as empresas que incorrerem na irregularidade aludida no subparágrafo precedente, tendo em vista se tratar de comportamento inidôneo, o qual está tipificado no art. 7º da Lei 10.520/2002, alertando-os de que a não autuação sem justificativa dos referidos processos poderá ensejar a aplicação de sanções a seus gestores, conforme previsão da Lei 8.112/1990, art. 116, inciso III c/c Lei 10.520/2002, art. 9º e Lei 8.666/1993, art. 82.

208. Recomendar à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI/MP), ao Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais/MP, ao Conselho Nacional de Justiça e ao Conselho Nacional do Ministério Público que, em atenção ao art. 6º, incisos II e V, do Decreto-Lei 200/1967, expeçam norma regulamentando as situações que envolvam propostas para o mesmo item de pregão feitas por empresas que possuam sócio em comum, bem como as providências a serem adotadas pelas áreas responsáveis pela condução de licitações, caso tais situações sejam identificadas, tendo em conta o disposto nos subparágrafos 207.1 e 207.2.

4. ANÁLISE DO ATENDIMENTO DAS DELIBERAÇÕES

209. Procede-se nesta seção à análise do atendimento das deliberações constantes dos itens 9.2.1.1, 9.3.2.1, 9.3.2.2, 9.5.1.1, 9.7.1 e 9.8.1 do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário, por órgão a que se destinou a deliberação.

4.1. Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (SLTI/MP)

Deliberação 1

4.1.1. Situação que levou à proposição da deliberação

210. A auditoria de conformidade no sistema Comprasnet, realizada por esta Secretaria em 2010, verificou a existência de licitantes reiteradamente desclassificados por não atenderem aos editais ou não honrarem suas propostas (TC 011.643/2010-2, peça 3, p. 8-13, achado 3.3). No referido achado, anotaram-se situações potenciais recorrentes de empresas que apresentaram os lances mínimos e, ao serem convocadas pelo pregoeiro para o encaminhamento de documentação de habilitação ou de planilhas ajustadas aos seus lances, desistiram de forma repentina e injustificada. Nessa situação foram encontradas 31.793 empresas, variando o número de ocorrências por empresa de 1 a 12.370 vezes e totalizando R\$ 4.616.783.485,83 de valor estimado das contratações.

211. Naquela oportunidade, a equipe de fiscalização teceu considerações sobre diversos aspectos em que tal comportamento acarreta prejuízos ao setor público, aduzindo que a 'recorrente desclassificação de um mesmo conjunto de empresas sugere expectativa de impunidade perante a Administração, uma vez que é incomum sofrerem sanções dos gestores' (TC 011.643/2010-2, peça 3, p. 10).

212. Consignou, ainda, os seguintes entendimentos (TC 011.643/2010-2, peça 3, p. 12-13):

103. A despeito de as empresas declararem, antes do início da fase de lances, que atendem aos requisitos de habilitação e de proposta exigidos no edital, em alguns casos, mesmo sabendo previamente não atender às condições mínimas, as empresas se arriscam em participar das licitações, confiando no fato de que não serão penalizadas.

104. Do contato com alguns gestores e da experiência vivenciada nos trabalhos de rotina da

Sefti, verifica-se, na prática, a baixa incidência de instauração de processos administrativos para penalizar as empresas enquadradas nos casos supramencionados por parte dos órgãos envolvidos, abstendo-se, esses, da oportunidade de afastar essas empresas dos processos licitatórios.

105. Considerando a gravidade dos indícios encontrados, a inércia de agentes públicos envolvidos e a recorrente prática desse tipo de comportamento por algumas empresas, entende-se que já seria possível promover audiência de gestores omissos que não autuaram processos administrativos contra as empresas que infringiram o art. 7º da Lei 10.520/2002. Entretanto, como a maioria dos gestores desconhece a importância e a obrigatoriedade dessa prática e a cultura predominante na Administração é a de não autuar processos nesses casos, optou-se, nesse momento, por deliberações orientadoras em detrimento de audiências dos responsáveis, sem prejuízo da adoção dessa medida em oportunidades futuras.

213. Dessa forma, foi proposta a seguinte determinação à SLTI/MP, conforme item 9.2.1.1 do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário:

9.2.1. oriente os gestores dos órgãos integrantes do Siasg:

9.2.1.1. a autuarem processos administrativos contra as empresas que praticarem atos ilegais previstos no art. 7º da Lei nº 10.520/2002, alertando-os de que a não autuação sem justificativa dos referidos processos poderá ensejar a aplicação de sanções, conforme previsão do art. 82 da Lei nº 8.666/1993, bem como representação por parte do Tribunal de Contas da União, com fulcro no art. 71, inciso XI, da Constituição Federal c/c o art. 1º, inciso VIII, da Lei nº 8.443/1992;

4.1.2. Providências adotadas e comentários dos gestores

214. O órgão informou que expediu orientação aos Subsecretários de Planejamento, Orçamento e Administração (TC 011.643/2010-2, peça 10, p. 15), por meio do Ofício-Circular 23/DLSG/SLTI-MP, de 25/8/2011 (peça 66), bem como a todas as unidades do Siasg, por intermédio da mensagem 068021, de 29/8/2011, do sistema Comunica (peça 67).

4.1.3. Análise

215. O órgão efetuou as orientações nos termos da determinação do TCU.

4.1.4. Evidências

- a) Nota Técnica DLSG/SLTI/MP 223/2011 (TC 011.643/2010-2, peça 10);
- b) Ofício-Circular 23/DLSG/SLTI-MP 23/2011 (peça 66);
- c) Mensagem 068021, de 29/8/2011, do sistema Comunica (peça 67).

4.1.5. Conclusão

216. A determinação foi cumprida.

4.1.6. Proposta de Encaminhamento

217. Não há.

Deliberação 2

4.1.7. Situação que levou à proposição da deliberação

218. A auditoria de conformidade no sistema Comprasnet, realizada por esta Secretaria em 2010, verificou a existência de empresas com sócios em comum que apresentam propostas para o mesmo item de determinada licitação (TC 011.643/2010-2, peça 3, p. 7-8, achado 3.2). Nessa situação foram encontrados indícios de 16.547 casos em que pelo menos duas empresas deram lance para determinado item do pregão e possuíam, pelo menos, um sócio em comum.

219. Naquela oportunidade, a equipe de fiscalização consignou que 'se houver a existência de sócios em comum de empresas que disputam o mesmo item de um mesmo certame, há evidente prejuízo à isonomia e à competitividade da licitação', favorecendo a incidência de conluio entre os participantes.

Nesse sentido, asseverou que a prática de conluio entre licitantes tem sido amplamente condenada por este Tribunal, 'a exemplo dos julgados consignados nos Acórdãos 2.143/2007-TCU-Plenário e 1.433/2010-TCU-Plenário, que declararam a inidoneidade das empresas envolvidas e aplicaram multas aos gestores coniventes com a situação'. Aventou que tal tipo de comportamento possibilita a existência de empresas atuando como 'coelho', ou seja, reduzindo os preços a fim de desestimular a participação de outros licitantes na etapa de lances, desistindo posteriormente do certame para beneficiar a outra empresa que esteja participando do conluio, que, por sua vez, acaba sendo contratada sem ter apresentado a melhor proposta, provocando, assim, prejuízo para a Administração (TC 011.643/2010-2, peça 3, p. 7).

220. Consignou, ainda, o entendimento de que para minimizar a possibilidade da ocorrência desses conluios 'é recomendável que os pregoeiros e demais servidores responsáveis pela condução dos procedimentos licitatórios, tomem ciência da composição societária das empresas participantes dos certames, de forma a ficarem atentos a atitudes potencialmente suspeitas envolvendo essas empresas' (TC 011.643/2010-2, peça 3, p. 8).

221. Dessa forma, foi proposta a seguinte recomendação à SLTI/MP, conforme item 9.3.2.1 do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário:

9.3.2. promova alterações no sistema Comprasnet:

9.3.2.1. para emitir alerta aos pregoeiros sobre a apresentação de lances, para o mesmo item, por empresas que possuam sócios em comum, com vistas a auxiliá-los na identificação de atitudes suspeitas no decorrer do certame que possam sugerir a formação de conluio entre essas empresas, em atenção ao art. 90 da Lei nº 8.666/1993;

4.1.8. Providências adotadas e comentários dos gestores

222. De acordo com o órgão, essa medida foi implantada por meio da demanda 45512 da empresa mantenedora do sistema. Além disso, o órgão encaminhou evidência dessa implementação (peça 217).

4.1.9. Análise

223. O órgão promoveu a alteração recomendada no sistema Comprasnet.

4.1.10. Evidências

- a) Ofício DLSG/SLTI/MP 1.686/2012 (peça 36);
- b) Aviso – Departamento de Logística e Serviços Gerais (peça 217).

4.1.11. Conclusão

224. A recomendação foi implementada.

4.1.12. Proposta de Encaminhamento

225. Não há.

Deliberação 3

4.1.13. Situação que levou à proposição da deliberação

226. A situação que levou à proposição da deliberação é a mesma descrita no parágrafo 4.1.1 deste relatório (existência de licitantes reiteradamente desclassificados por não atenderem aos editais ou não honrarem suas propostas). Naquela oportunidade, a equipe de fiscalização registrou, a propósito desta deliberação, que 'os gestores frequentemente possuem visão apenas parcial do comportamento do mercado' e que a conduta inconveniente das empresas se repete em vários órgãos de diversas unidades da federação, 'reforçando a necessidade de se promover alterações no sistema [Comprasnet] com vistas a possibilitar uma visão nacional da situação por parte dos gestores' (TC 011.643/2010-2, peça 3, p. 12).

227. De acordo com a análise que norteou a proposição da deliberação sob comento, esperava-se que com a atuação dos gestores a incidência do problema diminuísse no âmbito dos seus respectivos órgãos, em função da reputação que esses construiriam no mercado, e que as empresas punidas deixariam de criar problemas não só para o órgão contratante, mas também para outros órgãos da Administração Pública Federal (TC 011.643/2010-2, idem).

228. Dessa forma, foi proposta a seguinte recomendação à SLTI/MP, conforme item 9.3.2.2 do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário:

9.3.2. promova alterações no sistema Comprasnet:

(...)

9.3.2.2. visando possibilitar a consulta da quantidade de vezes em que as empresas participantes de um certame licitatório foram anteriormente desclassificadas, e permitir acesso às respectivas atas, com o intuito de subsidiar a instauração de processos administrativos contra aquelas que vêm recorrentemente infringindo atos tipificados no art. 7º da Lei nº 10.520/2002;

4.1.14. Providências adotadas e comentários dos gestores

229. Inicialmente, a SLTI/MP informou que essa recomendação ainda não havia sido implementada em razão da complexidade técnica envolvida. Segundo o órgão, seria imprescindível maior discussão e avaliação técnica, envolvendo as equipes técnicas do Departamento de Logística e Serviços Gerais e da empresa mantenedora do Siasg, mas que até 30/8/2012 seria apresentada a definição da solução a ser implementada (peça 36, p. 9-10).

230. Em outubro/2012, atendendo à solicitação de informações constante do Ofício de Requisição 03-634/2012, o órgão informou que abriu demanda ao seu prestador de serviços de TI para o desenvolvimento de funcionalidade no sistema Comprasnet que permita ao pregoeiro consultar a quantidade de vezes em que as empresas participantes de um certame licitatório foram desclassificadas anteriormente e os respectivos certames em que isso ocorreu. A previsão de implantação é para o primeiro trimestre de 2013 (peça 183).

4.1.15. Análise

231. A definição pela SLTI da solução técnica a ser implementada encontra-se em consonância com a deliberação deste Tribunal. Conforme informação do órgão, foi aberta demanda para o seu prestador de serviços de TI para a implementação da solução, a qual está prevista para o primeiro trimestre de 2013.

4.1.16. Evidências

- a) Ofício DLSG/SLTI-MP 1.686/2012 (peça 36);
- b) Ofício DLSG/SLTI-MP 3.499/2012 (peça 183).

4.1.17. Conclusão

232. A recomendação encontra-se em implementação e no prazo. Dessa forma, o cumprimento desta deliberação deverá ser verificado quando do monitoramento final das deliberações do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário.

4.1.18. Proposta de Encaminhamento

233. Não há.

4.2. Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (Dest/MP)

4.2.1. Situação que levou à proposição da deliberação

234. A situação que levou à proposição da deliberação é a mesma descrita no item 4.1.1 deste relatório (existência de licitantes reiteradamente desclassificados por não atenderem aos editais ou não honrarem suas propostas). Tal deliberação consistiu na seguinte recomendação ao Dest/MP, conforme item 9.5.1.1 do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário:

9.5.1. orientem, conforme o caso, as entidades ou os órgãos sob sua atuação:

9.5.1.1. acerca da necessidade de autuarem processos administrativos contra as empresas que praticarem atos ilegais tipificados no art. 7º da Lei nº 10.520/2002, alertando-os de que a não autuação sem justificativa dos referidos processos poderá ensejar a aplicação de sanções a seus gestores, conforme previsão do art. 82 da Lei nº 8.666/1993, bem como representação por parte do Tribunal de Contas da União, com fulcro no art. 71, inciso XI, da Constituição

Federal c/c o art. 1º, inciso VIII, da Lei nº 8.443/1992;

4.2.2. Providências adotadas e comentários dos gestores

235. O Dest/MP expediu ofício às entidades e órgãos sujeitos à sua atuação, no qual reproduziu os termos do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário e solicitou que se adotassem as medidas necessárias para a fiel observância das recomendações expedidas pelo TCU.

4.2.3. Análise

236. O Dest adotou a medida recomendada pelo Tribunal.

4.2.4. Evidências

a) Ofício MP/SE/Dest 590/2011 (peça 28).

4.2.5. Conclusão

237. A recomendação foi implementada.

4.2.6. Proposta de Encaminhamento

238. Não há.

4.3. Conselho Nacional de Justiça (CNJ)

4.3.1. Situação que levou à proposição da deliberação

239. A situação que levou à proposição da deliberação é a mesma descrita no parágrafo 4.1.1 deste relatório (existência de licitantes reiteradamente desclassificados por não atenderem aos editais ou não honrarem suas propostas). Tal deliberação consistiu na seguinte recomendação ao CNJ, conforme item 9.5.1.1 do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário:

9.5.1. orientem, conforme o caso, as entidades ou os órgãos sob sua atuação:

9.5.1.1. acerca da necessidade de autuarem processos administrativos contra as empresas que praticarem atos ilegais tipificados no art. 7º da Lei nº 10.520/2002, alertando-os de que a não autuação sem justificativa dos referidos processos poderá ensejar a aplicação de sanções a seus gestores, conforme previsão do art. 82 da Lei nº 8.666/1993, bem como representação por parte do Tribunal de Contas da União, com fulcro no art. 71, inciso XI, da Constituição Federal c/c o art. 1º, inciso VIII, da Lei nº 8.443/1992;

4.3.2. Providências adotadas e comentários dos gestores

240. A Presidência do CNJ divulgou o Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário ao Conselho da Justiça Federal, ao Superior Tribunal de Justiça, ao Superior Tribunal Militar, ao Tribunal Superior Eleitoral e ao Tribunal Superior do Trabalho. De acordo com o CNJ, a informação sobre o efetivo cumprimento da orientação por ele retransmitida dependeria de consulta aos tribunais (peça 14, p. 2).

4.3.3. Análise

241. O CNJ adotou a medida recomendada pelo Tribunal.

4.3.4. Evidências

a) Ofício Circular GP-SCI 657/2011 (peça 14).

4.3.5. Conclusão

242. A recomendação foi implementada.

4.3.6. Proposta de Encaminhamento

243. Não há.

4.4. Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)

4.4.1. Situação que levou à proposição da deliberação

244. A situação que levou à proposição da deliberação é a mesma descrita no parágrafo 4.1.1 deste

relatório (existência de licitantes reiteradamente desclassificados por não atenderem aos editais ou não honrarem suas propostas). Tal deliberação consistiu na seguinte recomendação ao CNMP, conforme item 9.5.1.1 do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário:

9.5.1. orientem, conforme o caso, as entidades ou os órgãos sob sua atuação:

9.5.1.1. acerca da necessidade de autuarem processos administrativos contra as empresas que praticarem atos ilegais tipificados no art. 7º da Lei nº 10.520/2002, alertando-os de que a não autuação sem justificativa dos referidos processos poderá ensejar a aplicação de sanções a seus gestores, conforme previsão do art. 82 da Lei nº 8.666/1993, bem como representação por parte do Tribunal de Contas da União, com fulcro no art. 71, inciso XI, da Constituição Federal c/c o art. 1º, inciso VIII, da Lei nº 8.443/1992;

4.4.2. Providências adotadas e comentários dos gestores

245. O CNMP encaminhou memorando circular copiando cópia integral de processo, contendo o Aviso 1004-Seses-TCU-Plenário e cópia do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário, para que fossem adotadas as providências pertinentes pelas áreas destinatárias.

246. Seguindo orientação contida no Parecer 258-ALP/2011 da Assessoria Jurídica, o citado memorando foi encaminhado às seguintes unidades administrativas do próprio CNMP:

- a) Gerência de Contratos;
- b) Gerência de Registro de Preços;
- c) Comissão Permanente de Licitação;
- d) Pregoeiros;
- d) Coordenadoria de Materiais, Compras e Serviços;
- e) Núcleo de Material e Patrimônio;
- f) Secretaria de Tecnologia da Informação;
- g) Secretaria de Comunicação;
- h) Secretaria de Gestão Estratégica.

247. O referido parecer sugeriu, ainda, o encaminhamento dos autos do processo à Auditoria Interna do CNMP, para manifestação, e à Comissão de Controle Administrativo e Financeiro, para conhecimento, o que foi feito por meio dos Memorandos SG-CNMP 139/2011 (peça 54) e SE-CNMP 171/2011 (peça 117, p. 81), respectivamente.

4.4.3. Análise

248. Conforme o art. 130-A, § 2º da Constituição Federal, compete ao CNMP o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público. Por esse motivo, a deliberação, cujo cumprimento encontra-se em análise, recomendou ao CNMP que orientasse as entidades e órgãos sob sua atuação acerca da necessidade de autuarem processos administrativos contra as empresas que praticarem atos ilegais tipificados no art. 7º da Lei 10.520/2002.

249. De acordo com o art. 128, incisos I e II da Constituição Federal, os órgãos sob a atuação do CNMP são os seguintes:

- a) Ministério Público da União, que compreende:
 - a.1) Ministério Público Federal;
 - a.2) Ministério Público do Trabalho;
 - a.3) Ministério Público Militar;
 - a.4) Ministério Público do Distrito Federal e Territórios;
- b) Ministérios Públicos dos Estados.

250. Entretanto, a resposta do CNMP evidencia apenas que o Conselho orientou suas unidades internas, não demonstrando que a orientação foi transmitida para os órgãos elencados no art. 128, incisos I e II da Constituição Federal.

4.4.4. Evidências

- a) Ofício SG/CNMP 149/2012 (peça 33);
- b) Memorando Circular SE-CNMP 117/2011 (peça 55);
- c) Processo 0.00.002.000861/2011-39 do CNMP (peça 117);
- d) Parecer ALP 258/2011 da Assessoria Jurídica do CNMP (peça 116);
- e) Memorando SG-CNMP 139/2011 (peça 54);
- f) Memorando SE-CNMP 171/2011 (peça 117).

4.4.5. Conclusão

251. A recomendação não foi implementada.

252. Considerando-se a necessidade de se adotarem medidas que combatam a situação identificada no relatório de fiscalização do sistema Comprasnet, a existência de um comportamento pernicioso para a Administração Pública Federal por parte de licitantes que são reiteradamente desclassificados por não atenderem aos editais ou por não honrarem suas propostas, conforme descrito no parágrafo 4.1.1 deste relatório, entende-se conveniente e oportuno que a deliberação aqui tratada seja convertida de recomendação para determinação, em consonância com o que dispõe o item 63.2 dos padrões de monitoramento aprovados pela Portaria-Segecex 27/2009.

4.4.6. Proposta de Encaminhamento

253. Determinar, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, ao Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) que:

253.1. em consonância com o disposto no art. 130-A, § 2º da Constituição Federal, oriente os órgãos sob o seu controle de atuação administrativa e financeira, elencados no art. 128, incisos I e II da Constituição Federal, acerca da necessidade de autuarem processos administrativos contra as empresas que praticarem atos ilegais tipificados no art. 7º da Lei 10.520/2002, alertando-os de que a não autuação sem justificativa dos referidos processos poderá ensejar a aplicação de sanções a seus gestores, conforme previsão da Lei 8.112/1990, art. 116, inciso III c/c Lei 10.520/2002, art. 9º e Lei 8.666/1993, art. 82

4.5. **Ministério da Defesa (MD)**

4.5.1. Situação que levou à proposição da deliberação

254. A situação que levou à proposição da deliberação é a mesma descrita no parágrafo 4.1.1 deste relatório (existência de licitantes reiteradamente desclassificados por não atenderem aos editais ou não honrarem suas propostas). Tal deliberação consistiu na seguinte recomendação ao Ministério da Defesa, conforme item 9.7.1 do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário:

9.7.1. autue processos administrativos contra as empresas que praticarem atos ilegais tipificados no art. 7º da Lei nº 10.520/2002, alertando que a não autuação sem justificativa dos referidos processos poderá ensejar a aplicação de sanções a seus gestores, conforme previsão do art. 82 da Lei nº 8.666/1993, bem como representação por parte do Tribunal de Contas da União, com fulcro no art. 71, inciso XI, da Constituição Federal c/c art. 1º, inciso VIII, da Lei nº 8.443/1992;

4.5.2. Providências adotadas e comentários dos gestores

255. O MD informou que considera que a deliberação já vem sendo cumprida, pois 'já vem adotando medidas de controle na fiscalização dos instrumentos firmados desde 2004, por intermédio da Instrução Normativa nº 003/SEORI, de 22 de junho de 2004' (peça 18, p. 2). Segundo o Ministério, essa norma dispõe sobre as atribuições e responsabilidades dos gestores de contratos firmados. Aduz que a referida instrução traz em seus anexos relatórios de acompanhamento da execução contratual, ocorrência na execução de contratos, justificativa apresentada pela contratada e relação de pagamentos efetuados.

4.5.3. Análise

256. A instrução normativa citada pelo MD aborda aspectos da gestão contratual, mas não faz qualquer referência a situações características da fase licitatória (peça 202), como o tratamento para os atos ilegais tipificados no art. 7º da Lei 10.520/2002 que deram origem à deliberação.

257. Como se observa a seguir, a referida lei aborda atos característicos de todo o espectro da contratação, desde a fase licitatória até a gestão contratual:

Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicafe, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

258. No entanto, a instrução normativa do MD não aborda o tratamento dos atos ilegais que ocorrem na fase licitatória, como, por exemplo, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, não mantiver a proposta.

4.5.4. Evidências

- a) Ofício Seori/Deadi/Diofi-MD 6032/2012 (peça 18);
- b) Instrução Normativa Seori 003/2004 do MD (peça 202).

4.5.5. Conclusão

259. A recomendação não foi implementada.

260. Considerando-se a necessidade de se adotarem medidas que combatam a situação identificada no relatório de fiscalização do sistema Comprasnet (a existência de um comportamento pernicioso para a Administração Pública Federal por parte de licitantes que são reiteradamente desclassificados por não atenderem aos editais ou por não honrarem suas propostas), conforme descrito no parágrafo 4.1.1 deste relatório, entende-se conveniente e oportuno que a deliberação aqui tratada seja convertida de recomendação para determinação, em consonância com o que dispõe o item 63.2 dos padrões de monitoramento aprovados pela Portaria-Segecex 27/2009.

4.5.6. Proposta de Encaminhamento

261. Determinar, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, ao Ministério da Defesa (MD) que:

261.1. oriente os órgãos, entidades e unidades que compõem sua estrutura organizacional, bem como os Comandos das três Forças Armadas, acerca da necessidade de autuarem processos administrativos contra as empresas que praticarem atos ilegais tipificados no art. 7º da Lei 10.520/2002, alertando-os de que a não autuação sem justificativa dos referidos processos poderá ensejar a aplicação de sanções a seus gestores, conforme previsão da Lei 8.112/1990, art. 116, inciso III c/c Lei 10.520/2002, art. 9º e Lei 8.666/1993, art. 82.

4.6. **Senado Federal (SF)**

4.6.1. Situação que levou à proposição da deliberação

262. A situação que levou à proposição da deliberação é a mesma descrita no parágrafo 4.1.1 deste relatório (existência de licitantes reiteradamente desclassificados por não atenderem aos editais ou não honrarem suas propostas). Tal deliberação consistiu na seguinte recomendação ao Senado Federal, conforme item 9.8.1 do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário:

9.8.1. autuem processos administrativos contra as empresas que praticarem atos ilegais tipificados no art. 7º da Lei nº 10.520/2002;

4.6.2. Providências adotadas e comentários dos gestores

263. Em sua resposta (peça 182, p. 4), o SF informa que:

- a) houve orientação aos pregoeiros, em 1º/7/2012, para autuarem processos administrativos para apuração de penalidades previstas em edital e na lei, nos casos de: (i) empresas que deixam de apresentar proposta; (ii) não estão aptas a participar do certame, mas o fazem; e (iii) outros casos previstos no art. 7º

da Lei 10.520/2002, na condução de pregões eletrônicos no âmbito do SF;

b) foi publicado, em 13/2/2008, o Ato 2/2008 da Comissão Diretora do Senado Federal, visando à regulamentação da atividade de gestão de contratos e, especificamente, determinado a obrigatoriedade de relatar descumprimentos contratuais;

c) foi elaborado curso para gestores de contratos, com módulo específico de oito horas de duração, tratando de procedimentos relativos a descumprimentos contratuais. Esse curso foi ministrado no período de maio a agosto de 2012 e teve a participação de 25 pessoas. A segunda turma, que conta com a participação de cerca de vinte pessoas, está sendo ministrada e tem previsão de término em dezembro de 2012.

4.6.3. Análise

264. Com relação aos segundo e terceiro itens da resposta do SF (alíneas 'b' e 'c' do parágrafo 4.6.2 retro), é possível depreender que o foco está apenas na gestão contratual, não abordando o tratamento dos atos ilegais que ocorrem na fase licitatória, como, por exemplo, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, os quais constituem a situação que levou à deliberação do Tribunal.

265. Contudo, o primeiro item da resposta (orientação aos pregoeiros) é suficiente para alcançar as situações irregulares que ocorrem na fase de licitação, razão pela qual se considera que a recomendação foi implementada.

266. Ademais, o SF citou exemplos de processos que foram autuados no ano de 2012 para punição de empresas licitantes que cometeram atos ilegais (peça 182, p. 4).

4.6.4. Evidências

a) Ofício Presid/ADVOSF 505/2012 (Peça 182).

4.6.5. Conclusão

267. A recomendação foi implementada.

4.6.6. Proposta de Encaminhamento

268. Não há.

4.7. Câmara dos Deputados (CD)

4.7.1. Situação que levou à proposição da deliberação

269. A situação que levou à proposição da deliberação é a mesma descrita no parágrafo 4.1.1 deste relatório (existência de licitantes reiteradamente desclassificados por não atenderem aos editais ou não honrarem suas propostas). Tal deliberação consistiu na seguinte recomendação à Câmara dos Deputados, conforme item 9.8.1 do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário:

9.8.1. autuem processos administrativos contra as empresas que praticarem atos ilegais tipificados no art. 7º da Lei nº 10.520/2002;

4.7.2. Providências adotadas e comentários dos gestores

270. A CD informou que, em 30/8/2011, determinou, por meio de seu Diretor-Geral, observância às recomendações listadas no subitem 9.8 do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário.

4.7.3. Análise

271. O referido despacho do Diretor-Geral da CD consta dos autos do Processo CD 131.966/2011 (peça 23, p. 3). Além disso, consta dos autos despacho do Diretor do Departamento de Material e Patrimônio, de 28/9/2011, à Coordenação de Compras e à Comissão Permanente de Licitação, para conhecimento e adoção das medidas concernentes ao atendimento das recomendações contidas na deliberação do Tribunal (peça 23, p. 4).

4.7.4. Evidências

a) Ofício 82/2012/DG da CD (peça 23).

4.7.5. Conclusão

272. A recomendação foi implementada.

4.7.6. Proposta de Encaminhamento

273. Não há.

4.8. Tribunal de Contas da União (TCU)

4.8.1. Situação que levou à proposição da deliberação

274. A situação que levou à proposição da deliberação é a mesma descrita no parágrafo 4.1.1 deste relatório (existência de licitantes reiteradamente desclassificados por não atenderem aos editais ou não honrarem suas propostas). Tal deliberação consistiu na seguinte recomendação ao TCU, conforme item 9.8.1 do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário:

9.8.1. autuem processos administrativos contra as empresas que praticarem atos ilegais tipificados no art. 7º da Lei nº 10.520/2002;

4.8.2. Providências adotadas e comentários dos gestores

275. O TCU informou que, considerando a autoaplicabilidade do art. 7º da Lei 10.520/2002, são abertos processos administrativos objetivando a aplicação de sanções previstas nos próprios editais, nos contratos e demais cominações previstas em lei para os crimes tipificados nos arts. 92, parágrafo único, 96 e 97, parágrafo único, da Lei 8.666/1993, bem como as disposições contidas no Decreto 5.450/2005, quando se identifica a ocorrência de irregularidades (peça 34, p. 2-3).

276. Segundo o Tribunal, essas irregularidades são identificadas quando da realização de pregões eletrônicos, nas sessões públicas, nas fases de habilitação, na fase análise da documentação, na fase de assinatura e durante a execução dos contratos. Ainda, de acordo com o TCU, processos administrativos são abertos quando caracterizada a má-fé do licitante ou de crimes já tipificados (peça 34, idem).

4.8.3. Análise

277. A relação de processos administrativos abertos entre 2009 e 2012 para a aplicação de sanções aos licitantes que incorreram nas irregularidades previstas, encaminhada pelo TCU em sua resposta, evidencia a implementação da recomendação (peça 34, ibidem).

4.8.4. Evidências

a) Memorando GS/Segedam 16/2012 do TCU (peça 34).

4.8.5. Conclusão

278. A recomendação foi implementada.

4.8.6. Proposta de Encaminhamento

279. Não há.

5. CONCLUSÃO

280. Esta fiscalização constatou que o comportamento de ofertar lances que sejam vitoriosos nos pregões, mas não honrar a proposta, é prática corriqueira de norte a sul do país, à revelia da legislação e das deliberações já emitidas por este Tribunal por meio do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário.

281. Entende-se que a inércia da Administração em adotar as necessárias medidas preventivas e corretivas, aliada à sensação de impunidade por parte das empresas infratoras, contribuem para agravar o quadro.

282. Devido à elevada quantidade de empresas que se encontram nessa situação (22.505) e da consequente impossibilidade operacional de esta Corte interpelar todas elas e avaliar todos os casos, optou-se, nesta oportunidade, por arguir somente cinco empresas, as quais foram selecionadas conforme critérios explicitados nos parágrafos 51 a 58.

283. Paralelamente, considera-se oportuno determinar à Sefti que encaminhe à Controladoria-Geral

da União (CGU) cópia deste relatório e do acórdão decorrente desta fiscalização, bem como do relatório e do voto que o fundamentem, acompanhados da relação das cem empresas que mais recorrentemente não honraram suas propostas (Anexo 1), a fim de que aquele órgão possa adotar as providências que julgar pertinentes.

284. Com relação às ações de monitoramento dos itens 9.2.1.1, 9.3.2.1, 9.3.2.2, 9.5.1.1, 9.7.1 e 9.8.1 do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário, o quadro-resumo a seguir contém a situação de atendimento das deliberações.

ORGÃO: Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (SLTI/MP)	
Deliberação (determinação; item 4.1 – deliberação 1): 9.2.1. oriente os gestores dos órgãos integrantes do Sisg: 9.2.1.1. a autuarem processos administrativos contra as empresas que praticarem atos ilegais previstos no art. 7º da Lei nº 10.520/2002, alertando-os de que a não autuação sem justificativa dos referidos processos poderá ensejar a aplicação de sanções, conforme previsão do art. 82 da Lei nº 8.666/1993, bem como representação por parte do Tribunal de Contas da União, com fulcro no art. 71, inciso XI, da Constituição Federal c/c o art. 1º, inciso VIII, da Lei nº 8.443/1992;	Situação: cumprida
Deliberação (recomendação; item 4.1 – deliberação 2): 9.3.2. promova alterações no sistema Comprasnet: 9.3.2.1. para emitir alerta aos pregoeiros sobre a apresentação de lances, para o mesmo item, por empresas que possuam sócios em comum, com vistas a auxiliá-los na identificação de atitudes suspeitas no decorrer do certame que possam sugerir a formação de conluio entre essas empresas, em atenção ao art. 90 da Lei nº 8.666/1993;	Situação: implementada
Deliberação (recomendação; item 4.1 – deliberação 3): 9.3.2. promova alterações no sistema Comprasnet: (...) 9.3.2.2. visando possibilitar a consulta da quantidade de vezes em que as empresas participantes de um certame licitatório foram anteriormente desclassificadas, e permitir acesso às respectivas atas, com o intuito de subsidiar a instauração de processos administrativos contra aquelas que vêm recorrentemente infringindo atos tipificados no art. 7º da Lei nº 10.520/2002;	Situação: em implementação e no prazo
ORGÃO: Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (Dest/MP)	
Deliberação (recomendação; item 4.2): 9.5.1. orientem, conforme o caso, as entidades ou os órgãos sob sua atuação: 9.5.1.1. acerca da necessidade de autuarem processos administrativos contra as empresas que praticarem atos ilegais tipificados no art. 7º da Lei nº 10.520/2002, alertando-os de que a não autuação sem justificativa dos referidos processos poderá ensejar a aplicação de sanções a seus gestores, conforme previsão do art. 82 da Lei nº 8.666/1993, bem como representação por parte do Tribunal de Contas da União, com fulcro no art. 71, inciso XI, da Constituição Federal c/c o art. 1º, inciso VIII, da Lei nº 8.443/1992;	Situação: Implementada

ORGÃO: Conselho Nacional de Justiça (CNJ)	
Deliberação (recomendação; item 4.3): 9.5.1. orientem, conforme o caso, as entidades ou os órgãos sob sua atuação: 9.5.1.1. acerca da necessidade de autuarem processos administrativos contra as empresas que praticarem atos ilegais tipificados no art. 7º da Lei nº 10.520/2002, alertando-os de que a não autuação sem justificativa dos referidos processos poderá ensejar a aplicação de sanções a seus gestores, conforme previsão do art. 82 da Lei nº 8.666/1993, bem como representação por parte do Tribunal de Contas da União, com fulcro no art. 71, inciso XI, da Constituição Federal c/c o art. 1º, inciso VIII, da Lei nº 8.443/1992;	Situação: Implementada
ORGÃO: Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)	
Deliberação (recomendação; item 4.4): 9.5.1. orientem, conforme o caso, as entidades ou os órgãos sob sua atuação: 9.5.1.1. acerca da necessidade de autuarem processos administrativos contra as empresas que praticarem atos ilegais tipificados no art. 7º da Lei nº 10.520/2002, alertando-os de que a não autuação sem justificativa dos referidos processos poderá ensejar a aplicação de sanções a seus gestores, conforme previsão do art. 82 da Lei nº 8.666/1993, bem como representação por parte do Tribunal de Contas da União, com fulcro no art. 71, inciso XI, da Constituição Federal c/c o art. 1º, inciso VIII, da Lei nº 8.443/1992;	Situação: não implementada
ORGÃO: Ministério da Defesa (MD)	
Deliberação (recomendação; item 4.5): 9.7.1. autue processos administrativos contra as empresas que praticarem atos ilegais tipificados no art. 7º da Lei nº 10.520/2002, alertando que a não autuação sem justificativa dos referidos processos poderá ensejar a aplicação de sanções a seus gestores, conforme previsão do art. 82 da Lei nº 8.666/1993, bem como representação por parte do Tribunal de Contas da União, com fulcro no art. 71, inciso XI, da Constituição Federal c/c art. 1º, inciso VIII, da Lei nº 8.443/1992;	Situação: não implementada
ORGÃO: Senado Federal (SF)	
Deliberação (recomendação; item 4.6): 9.8.1. autuem processos administrativos contra as empresas que praticarem atos ilegais tipificados no art. 7º da Lei nº 10.520/2002;	Situação: Implementada
ORGÃO: Câmara dos Deputados (CD)	
Deliberação (recomendação; item 4.7): 9.8.1. autuem processos administrativos contra as empresas que praticarem atos ilegais tipificados no art. 7º da Lei nº 10.520/2002;	Situação: Implementada
ORGÃO: Tribunal de Contas da União (TCU)	
Deliberação (recomendação; item 4.8): 9.8.1. autuem processos administrativos contra as empresas que praticarem atos ilegais tipificados no art. 7º da Lei nº 10.520/2002;	Situação: Implementada

Tabela 3 – Quadro-resumo da situação de atendimento das deliberações

285. Considerando que a análise do atendimento das deliberações constantes do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário, realizada nesta fiscalização, não abrangeu todas as deliberações daquele decisum e que, por essa razão, o monitoramento definitivo deverá ocorrer posteriormente, entende-se conveniente e oportuno, a fim de evitar a duplicidade de procedimentos, determinar à Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação (Sefti) que, por ocasião do monitoramento das deliberações do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário, sejam consideradas as análises e conclusões expendidas nesta seção, sobre o grau de atendimento das deliberações constantes dos itens 9.2.1.1, 9.3.2.1, 9.3.2.2, 9.5.1.1, 9.7.1 e 9.8.1 do mencionado acórdão.

286. Estima-se que as propostas de encaminhamento para o cumprimento das deliberações destinadas ao CNMP e ao MD auxiliem a atingir os objetivos colimados no acórdão que deu origem às deliberações (Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário), ou seja, difundir ações orientadoras sobre a obrigatoriedade de os gestores autuarem processos administrativos contra as empresas que incorrem nos atos ilegais tipificados no art. 7º da Lei 10.520/2002, visando puni-las, e, em última análise, coibir esse comportamento nocivo às licitações, com melhoria da qualidade e credibilidade dos pregões eletrônicos, em benefício da sociedade.

287. É de se ressaltar que, apesar de a maioria dos órgãos a que se destinaram as deliberações aqui tratadas as terem atendido, difundindo as orientações internamente e para as entidades e órgãos jurisdicionados, e apesar das evidências constantes destes autos de que em alguns órgãos os processos administrativos contra empresas infratoras foram autuados, verificou-se que, na prática, os processos foram concluídos sem que houvesse qualquer punição às empresas.

288. Por essa razão, acredita-se que, a par das orientações aos órgãos gestores, faz-se necessária a produção de base normativa mais eficiente no trato da questão, a exemplo das propostas de regulamentação constantes neste relatório, bem como a atuação mais enérgica dos órgãos de controle interno e externo no sentido de assegurar o cumprimento da legislação pertinente ao assunto e promover a punição de gestores e empresas infratoras.

289. Nesse sentido, vislumbraram-se algumas oportunidades de aperfeiçoamento do sistema Comprasnet que, se realizadas, facilitaram bastante as ações de controle. Assim, propõe-se recomendar à SLTI, por se tratar da unidade gestora do sistema Comprasnet, que efetue as seguintes implementações nas funcionalidades do sistema:

289.1. tabelamento dos motivos mais frequentes de não adjudicação, recusa, desclassificação e inabilitação de propostas, com vistas a padronizar a entrada desse tipo de informação;

289.2. criação de *flag* e de campos destinados a controlar a abertura de processos administrativos contra empresas que incorrem nos comportamentos tipificados no art. 7º da Lei 10520/2002, como, por exemplo, o número do processo, o resultado do processo e, eventualmente, a razão da não abertura de processo.

6. ENCAMINHAMENTO

290. Promover, nos termos do art. 43, inciso II da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso IV, do Regimento Interno do TCU, em face do art. 82 da Lei 8.666/1993, a audiência dos responsáveis a seguir, para que, no prazo de quinze dias, apresentem suas razões de justificativa sobre as seguintes condutas:

290.1. Sra. Alvinia Costa Messias, CPF 691.169.381-00, pregoeira do Ministério das Relações Exteriores – Comitê Nacional de Organização (CNO) Rio+20 – à época dos fatos relatados, por não ter adotado providências com vistas à instauração de processo administrativo para apurar as condutas das empresas constantes da tabela 5 do Anexo 2, que foram desclassificadas por não honrarem suas propostas nos itens de pregão ali indicados, condutas essas em princípio tipificadas como infrações previstas na Lei 10.520/2002, art. 7º, o que afronta o previsto na Lei 8.112/1990, art. 116, inciso III c/c Lei 10.520/2002, art. 9º e Lei 8.666/1993, art. 82, tendo como agravante o fato de ter sido alertado para essa obrigação por meio do Ofício-Circular 23/DLSG/SLTI-MP, de 25/8/2011, parágrafo 2º, alínea ‘a’ (ofício encaminhado por meio da mensagem 068021 do sistema Comunica, enviada em 29/8/2011) (subparágrafo 126.1);

290.2. Sr. Laudemar Gonçalves de Aguiar Neto, CPF 627.606.027-53, Secretário do Comitê Nacional de Organização (CNO) Rio+20, à época dos fatos relatados, por ter homologado pregões sem ter adotado

providências com vistas à instauração de processo administrativo para apurar as condutas das empresas constantes da tabela 5 do Anexo 2, que foram desclassificadas por não honrarem suas propostas nos itens de pregão ali indicados, condutas essas em princípio tipificadas como infrações previstas na Lei 10.520/2002, art. 7º, o que afronta o previsto na Lei 8.112/1990, art. 116, inciso III c/c Lei 10.520/2002, art. 9º e Lei 8.666/1993, art. 82, tendo como agravante o fato de ter sido alertado para essa obrigação por meio do Ofício-Circular 23/DLSG/SLTI-MP, de 25/8/2011, parágrafo 2º, alínea ‘a’ (ofício encaminhado por meio da mensagem 068021 do sistema Comunica, enviada em 29/8/2011) (subparágrafo 126.2);

290.3. Sr. Francisco de Oliveira Quercia, CPF 194.053.162-49, pregoeiro da Fundação Universidade do Amazonas (Ufam) à época dos fatos relatados, por não ter adotado providências com vistas à instauração de processo administrativo para apurar as condutas das empresas constantes da tabela 6 do Anexo 3, que foram desclassificadas por não honrarem suas propostas nos itens de pregão ali indicados, condutas essas em princípio tipificadas como infrações previstas na Lei 10.520/2002, art. 7º, o que afronta o previsto na Lei 8.112/1990, art. 116, inciso III c/c Lei 10.520/2002, art. 9º e Lei 8.666/1993, art. 82, tendo como agravante o fato de ter sido alertado para essa obrigação por meio do Ofício-Circular 23/DLSG/SLTI-MP, de 25/8/2011, parágrafo 2º, alínea ‘a’ (ofício encaminhado por meio da mensagem 068021 do sistema Comunica, enviada em 29/8/2011) (subparágrafo 126.3);

290.4. Sr. Valdelario Farias Cordeiro, CPF 342.953.302-30, Pró-reitor de Administração e Finanças da Fundação Universidade do Amazonas (Ufam) à época dos fatos relatados, por ter homologado pregões sem ter adotado providências com vistas à instauração de processo administrativo para apurar as condutas das empresas constantes da tabela 6 do Anexo 3, que foram desclassificadas por não honrarem suas propostas nos itens de pregão ali indicados, condutas essas em princípio tipificadas como infrações previstas na Lei 10.520/2002, art. 7º, o que afronta o previsto na Lei 8.112/1990, art. 116, inciso III c/c Lei 10.520/2002, art. 9º e Lei 8.666/1993, art. 82, tendo como agravante o fato de ter sido alertado para essa obrigação por meio do Ofício-Circular 23/DLSG/SLTI-MP, de 25/8/2011, parágrafo 2º, alínea ‘a’ (ofício encaminhado por meio da mensagem 068021 do sistema Comunica, enviada em 29/8/2011) (subparágrafo 126.4);

290.5. Sr. Abdias da Silva Oliveira, CPF 331.615.501-53, pregoeiro do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC) à época dos fatos relatados, por não ter adotado providências com vistas à instauração de processo administrativo para apurar as condutas das empresas constantes da tabela 7 do Anexo 4, que foram desclassificadas por não honrarem suas propostas nos itens de pregão ali indicados, condutas essas em princípio tipificadas como infrações previstas na Lei 10.520/2002, art. 7º, o que afronta o previsto na Lei 8.112/1990, art. 116, inciso III c/c Lei 10.520/2002, art. 9º e Lei 8.666/1993, art. 82, tendo como agravante o fato de ter sido alertado para essa obrigação por meio do Ofício-Circular 23/DLSG/SLTI-MP, de 25/8/2011, parágrafo 2º, alínea ‘a’ (ofício encaminhado por meio da mensagem 068021 do sistema Comunica, enviada em 29/8/2011) (subparágrafo 126.5);

290.6. Sr. Luiz Antonio de Souza Cordeiro, CPF 097.834.401-44, Subsecretário de Planejamento, Orçamento e Administração do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC) à época dos fatos relatados, por ter homologado pregões sem ter adotado providências com vistas à instauração de processo administrativo para apurar as condutas das empresas constantes da tabela 7 do Anexo 4, que foram desclassificadas por não honrarem suas propostas nos itens de pregão ali indicados, condutas essas em princípio tipificadas como infrações previstas na Lei 10.520/2002, art. 7º, o que afronta o previsto na Lei 8.112/1990, art. 116, inciso III c/c Lei 10.520/2002, art. 9º e Lei 8.666/1993, art. 82, tendo como agravante o fato de ter sido alertado para essa obrigação por meio do Ofício-Circular 23/DLSG/SLTI-MP, de 25/8/2011, parágrafo 2º, alínea ‘a’ (ofício encaminhado por meio da mensagem 068021 do sistema Comunica, enviada em 29/8/2011) (subparágrafo 126.6);

290.7. Sr. Natanael Luiz Zotelli Filho, CPF 085.046.476-50, pregoeiro do 9º Batalhão de Engenharia de Combate (9º BEcmb) à época dos fatos relatados, por não ter adotado providências com vistas à instauração de processo administrativo para apurar as condutas das empresas constantes da tabela 8 do Anexo 5, que foram desclassificadas por não honrarem suas propostas nos itens de pregão ali indicados, condutas essas em princípio tipificadas como infrações previstas na Lei 10.520/2002, art. 7º, o que afronta o previsto na Lei 8.112/1990, art. 116, inciso III c/c Lei 10.520/2002, art. 9º e Lei 8.666/1993, art. 82, tendo como agravante o fato de ter sido alertado para essa obrigação por meio do Ofício-Circular 23/DLSG/SLTI-MP, de 25/8/2011, parágrafo 2º, alínea ‘a’ (ofício encaminhado por meio da mensagem 068021 do sistema Comunica, enviada em 29/8/2011) (subparágrafo 126.7);

290.8. Sr. Jose Henrique Araujo dos Santos, CPF 905.206.707-44, Comandante do 9º Batalhão de Engenharia de Combate (9º BEcmb) à época dos fatos relatados, por ter homologado pregões sem ter adotado providências com vistas à instauração de processo administrativo para apurar as condutas das empresas constantes da tabela 8 do Anexo 5, que foram desclassificadas por não honrarem suas propostas nos itens de pregão ali indicados, condutas essas em princípio tipificadas como infrações previstas na Lei 10.520/2002, art. 7º, o que afronta o previsto na Lei 8.112/1990, art. 116, inciso III c/c Lei 10.520/2002, art. 9º e Lei 8.666/1993, art. 82, tendo como agravante o fato de ter sido alertado para essa obrigação por meio do Ofício-Circular 23/DLSG/SLTI-MP, de 25/8/2011, parágrafo 2º, alínea 'a' (ofício encaminhado por meio da mensagem 068021 do sistema Comunica, enviada em 29/8/2011) (subparágrafo 126.8).

291. Promover a oitiva das empresas a seguir, para que, no prazo de quinze dias, justifiquem suas condutas irregulares:

291.1. Rei-Labor Comércio de Produtos para Laboratórios Ltda., CNPJ 01.293.314/0001-92, para que justifique as condutas irregulares nos pregões relacionados na tabela 9 (Anexo 6), cientificando-a de que o não acatamento dos esclarecimentos no âmbito do processo em curso neste Tribunal poderá caracterizar a ocorrência de fraude a licitação, situação que poderá resultar na declaração de sua inidoneidade para participar de licitação na Administração Pública Federal, na forma do artigo 46 da Lei 8.443/1992 (subparágrafo 206.1).

291.2. Center Sponchiado Ltda. – ME, CNPJ 04.418.934/0001-07 para que justifique as condutas irregulares nos pregões relacionados na tabela 10 (Anexo 7), cientificando-a de que o não acatamento dos esclarecimentos no âmbito do processo em curso neste Tribunal poderá caracterizar a ocorrência de fraude a licitação, situação que poderá resultar na declaração de sua inidoneidade para participar de licitação na Administração Pública Federal, na forma do artigo 46 da Lei 8.443/1992 (subparágrafo 206.2).

291.3. Kimicalbino Comércio Atacadista de Material de Laboratório, CNPJ 05.054.633/0001-04, para que justifique as condutas irregulares nos pregões relacionados na tabela 11 (Anexo 8), cientificando-a de que o não acatamento dos esclarecimentos no âmbito do processo em curso neste Tribunal poderá caracterizar a ocorrência de fraude a licitação, situação que poderá resultar na declaração de sua inidoneidade para participar de licitação na Administração Pública Federal, na forma do artigo 46 da Lei 8.443/1992 (subparágrafo 206.3).

291.4. G P Mattara Suprimentos para Informática – ME, CNPJ 05.114.599/0001-08 para que justifique as condutas irregulares nos pregões relacionados na tabela 12 (Anexo 9), cientificando-a de que o não acatamento dos esclarecimentos no âmbito do processo em curso neste Tribunal poderá caracterizar a ocorrência de fraude a licitação, situação que poderá resultar na declaração de sua inidoneidade para participar de licitação na Administração Pública Federal, na forma do artigo 46 da Lei 8.443/1992 (subparágrafo 206.4).

291.5. Vetec Química Fina Ltda., CNPJ 29.976.032/0001-09, para que justifique as condutas irregulares nos pregões relacionados na tabela 13 (Anexo 10), cientificando-a de que o não acatamento dos esclarecimentos no âmbito do processo em curso neste Tribunal poderá caracterizar a ocorrência de fraude a licitação, situação que poderá resultar na declaração de sua inidoneidade para participar de licitação na Administração Pública Federal, na forma do artigo 46 da Lei 8.443/1992 (subparágrafo 206.5).

291.6. Vetec Química Fina Ltda., CNPJ 29.976.032/0001-09, para que justifique a conduta irregular no pregão 22/2011, de 30/11/2011, promovido pelo Laboratório Nacional Agropecuário no Rio Grande do Sul (código Uasg: 130103; peça 216), no qual participou, juntamente com a sua controladora, a empresa Sigma-Aldrich Brasil Ltda., CNPJ 68.337.658/0001-27, nos itens 3, 4, 19, 20, 25, 26, 28, 44, 49, 51, 52, 61, 64, 81, 84, 85, 86, 95, 103, 106, 115 e 120, a qual se beneficiou das suas desclassificações, com a adjudicação dos objetos a preços maiores do que os ofertados nas suas propostas recusadas, cientificando-a de que o não acatamento dos esclarecimentos no âmbito do processo em curso neste Tribunal poderá caracterizar a ocorrência de fraude a licitação, situação que poderá resultar na declaração de sua inidoneidade para participar de licitação na Administração Pública Federal, na forma do artigo 46 da Lei 8.443/1992 (subparágrafo 206.6).

291.7. Sigma-Aldrich Brasil Ltda., CNPJ 68.337.658/0001-27, para que justifique a conduta irregular no pregão 22/2011, de 30/11/2011, promovido pelo Laboratório Nacional Agropecuário no Rio Grande do Sul (código Uasg: 130103; peça 216), no qual participou, juntamente com a sua controlada, a empresa Vetec Química Fina Ltda., CNPJ 29.976.032/0001-09, nos itens 3, 4, 19, 20, 25, 26, 28, 44, 49, 51, 52, 61, 64, 81, 84, 85, 86, 95, 103, 106, 115 e 120, se beneficiando da desclassificação da sua sócia, com a adjudicação dos objetos a preços maiores do que os ofertados nas propostas recusadas da mesma, cientificando-a de que o não acatamento dos esclarecimentos no âmbito do processo em curso neste Tribunal poderá caracterizar a ocorrência de fraude a licitação, situação que poderá resultar na declaração de sua inidoneidade para participar de licitação na Administração Pública Federal, na forma do artigo 46 da Lei 8.443/1992 (subparágrafo 206.7)

292. Determinar, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI/MP) que:

292.1. em atenção ao art. 37, *caput*, da Constituição Federal (princípio da eficiência) e ao art. 6º, inciso II, do Decreto-Lei 200/1967, oriente as áreas responsáveis por conduzir as licitações, inclusive as de seus subordinados, quando houver, para que desclassifiquem sumariamente as propostas para o mesmo item feitas por empresas que possuam sócio em comum, tendo em vista que em sucessivos acórdãos esta Corte tem considerado que esse comportamento afronta os princípios da moralidade, da isonomia e da probidade administrativa, constituindo fraude ao certame (Acórdãos 216/2007, 2.900/2009, 1.793/2011, 1047/2012 e 1.546/2012, todos do Plenário; subparágrafo 207.1).

292.2. em atenção ao art. 37, *caput*, da Constituição Federal (princípio da eficiência) e ao art. 6º, inciso II, do Decreto-Lei 200/1967, oriente as áreas responsáveis por conduzir as licitações, inclusive as de seus subordinados, quando houver, para que autuem processo administrativo contra as empresas que incorrerem na irregularidade aludida no subparágrafo precedente, tendo em vista se tratar de comportamento inidôneo, o qual está tipificado no art. 7º da Lei 10.520/2002, alertando-os de que a não autuação sem justificativa dos referidos processos poderá ensejar a aplicação de sanções a seus gestores, conforme previsão da Lei 8.112/1990, art. 116, inciso III c/c Lei 10.520/2002, art. 9º e Lei 8.666/1993, art. 82 (subparágrafo 207.2).

292.3. no prazo de trinta dias a contar da ciência do acórdão que vier a ser proferido, encaminhe plano de ação para a implementação das medidas contidas no *decisum*, contendo o prazo e os responsáveis (nome, cargo e CPF) pelo desenvolvimento das ações.

293. Determinar, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, ao Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (Dest/MP) que:

293.1. em atenção ao art. 37, *caput*, da Constituição Federal (princípio da eficiência) e ao art. 6º, inciso II, do Decreto-Lei 200/1967, oriente as áreas responsáveis por conduzir as licitações, inclusive as de seus subordinados, quando houver, para que desclassifiquem sumariamente as propostas para o mesmo item feitas por empresas que possuam sócio em comum, tendo em vista que em sucessivos acórdãos esta Corte tem considerado que esse comportamento afronta os princípios da moralidade, da isonomia e da probidade administrativa, constituindo fraude ao certame (Acórdãos 216/2007, 2.900/2009, 1.793/2011, 1047/2012 e 1.546/2012, todos do Plenário; subparágrafo 207.1).

293.2. em atenção ao art. 37, *caput*, da Constituição Federal (princípio da eficiência) e ao art. 6º, inciso II, do Decreto-Lei 200/1967, oriente as áreas responsáveis por conduzir as licitações, inclusive as de seus subordinados, quando houver, para que autuem processo administrativo contra as empresas que incorrerem na irregularidade aludida no subparágrafo precedente, tendo em vista se tratar de comportamento inidôneo, o qual está tipificado no art. 7º da Lei 10.520/2002, alertando-os de que a não autuação sem justificativa dos referidos processos poderá ensejar a aplicação de sanções a seus gestores, conforme previsão da Lei 8.112/1990, art. 116, inciso III c/c Lei 10.520/2002, art. 9º e Lei 8.666/1993, art. 82 (subparágrafo 207.2).

293.3. no prazo de trinta dias a contar da ciência do acórdão que vier a ser proferido, encaminhe plano de ação para a implementação das medidas contidas no *decisum*, contendo o prazo e os responsáveis (nome, cargo e CPF) pelo desenvolvimento das ações.

294. Determinar, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso II, do

Regimento Interno do TCU, ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que:

294.1. em atenção ao art. 37, *caput*, da Constituição Federal (princípio da eficiência) e ao art. 6º, inciso II, do Decreto-Lei 200/1967 e em consonância com o disposto no art. 103-B, § 4º da Constituição Federal, oriente as áreas responsáveis por conduzir as licitações, inclusive os órgãos sob o seu controle de atuação administrativa e financeira, elencados no art. 92 da Constituição Federal, para que desclassifiquem sumariamente as propostas para o mesmo item feitas por empresas que possuam sócio em comum, tendo em vista que em sucessivos acórdãos esta Corte tem considerado que esse comportamento afronta os princípios da moralidade, da isonomia e da probidade administrativa, constituindo fraude ao certame (Acórdãos 216/2007, 2.900/2009, 1.793/2011, 1047/2012 e 1.546/2012, todos do Plenário; subparágrafo 207.1).

294.2. em atenção ao art. 37, *caput*, da Constituição Federal (princípio da eficiência) e ao art. 6º, inciso II, do Decreto-Lei 200/1967 e em consonância com o disposto no art. 103-B, § 4º da Constituição Federal, oriente as áreas responsáveis por conduzir as licitações, inclusive os órgãos sob o seu controle de atuação administrativa e financeira, elencados no art. 92 da Constituição Federal, para que autuem processo administrativo contra as empresas que incorrerem na irregularidade aludida no subparágrafo precedente, tendo em vista se tratar de comportamento inidôneo, o qual está tipificado no art. 7º da Lei 10.520/2002, alertando-os de que a não autuação sem justificativa dos referidos processos poderá ensejar a aplicação de sanções a seus gestores, conforme previsão da Lei 8.112/1990, art. 116, inciso III c/c Lei 10.520/2002, art. 9º e Lei 8.666/1993, art. 82 (subparágrafo 207.2).

294.3. no prazo de trinta dias a contar da ciência do acórdão que vier a ser proferido, encaminhe plano de ação para a implementação das medidas contidas no *decisum*, contendo o prazo e os responsáveis (nome, cargo e CPF) pelo desenvolvimento das ações.

295. Determinar, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, ao Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) que:

295.1. em atenção ao art. 37, *caput*, da Constituição Federal (princípio da eficiência) e ao art. 6º, inciso II, do Decreto-Lei 200/1967 e em consonância com o disposto no art. 130-A, § 2º da Constituição Federal, oriente as áreas responsáveis por conduzir as licitações, inclusive os órgãos sob o seu controle de atuação administrativa e financeira, elencados no art. 128, incisos I e II da Constituição Federal, para que desclassifiquem sumariamente as propostas para o mesmo item feitas por empresas que possuam sócio em comum, tendo em vista que em sucessivos acórdãos esta Corte tem considerado que esse comportamento afronta os princípios da moralidade, da isonomia e da probidade administrativa, constituindo fraude ao certame (Acórdãos 216/2007, 2.900/2009, 1.793/2011, 1047/2012 e 1.546/2012, todos do Plenário; subparágrafo 207.1).

295.2. em atenção ao art. 37, *caput*, da Constituição Federal (princípio da eficiência) e ao art. 6º, inciso II, do Decreto-Lei 200/1967 e em consonância com o disposto no art. 130-A, § 2º da Constituição Federal, oriente as áreas responsáveis por conduzir as licitações, inclusive os órgãos sob o seu controle de atuação administrativa e financeira, elencados no art. 128, incisos I e II da Constituição Federal, para que autuem processo administrativo contra as empresas que incorrerem na irregularidade aludida no subparágrafo precedente, tendo em vista se tratar de comportamento inidôneo, o qual está tipificado no art. 7º da Lei 10.520/2002, alertando-os de que a não autuação sem justificativa dos referidos processos poderá ensejar a aplicação de sanções a seus gestores, conforme previsão da Lei 8.112/1990, art. 116, inciso III c/c Lei 10.520/2002, art. 9º e Lei 8.666/1993, art. 82 (subparágrafo 207.2).

295.3. em atenção ao art. 37, *caput*, da Constituição Federal (princípio da eficiência) e ao art. 6º, inciso II, do Decreto-Lei 200/1967 e em consonância com o disposto no art. 130-A, § 2º da Constituição Federal, oriente os órgãos sob o seu controle de atuação administrativa e financeira, elencados no art. 128, incisos I e II da Constituição Federal, acerca da necessidade de autuarem processos administrativos contra as empresas que praticarem atos ilegais tipificados no art. 7º da Lei 10.520/2002, alertando-os de que a não autuação sem justificativa dos referidos processos poderá ensejar a aplicação de sanções a seus gestores, conforme previsão da Lei 8.112/1990, art. 116, inciso III c/c Lei 10.520/2002, art. 9º e Lei 8.666/1993, art. 82 (subparágrafo 253.1);

295.4. no prazo de trinta dias a contar da ciência do acórdão que vier a ser proferido, encaminhe plano de ação para a implementação das medidas contidas no *decisum*, contendo o prazo e os responsáveis (nome, cargo e CPF) pelo desenvolvimento das ações.

296. Determinar, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, ao Ministério da Defesa (MD) que:

296.1. em atenção ao art. 37, *caput*, da Constituição Federal (princípio da eficiência) e ao art. 6º, inciso II, do Decreto-Lei 200/1967, oriente as áreas responsáveis por conduzir as licitações, bem como os Comandos das três Forças Armadas, para que desclassifiquem sumariamente as propostas para o mesmo item feitas por empresas que possuam sócio em comum, tendo em vista que em sucessivos acórdãos esta Corte tem considerado que esse comportamento afronta os princípios da moralidade, da isonomia e da probidade administrativa, constituindo fraude ao certame (Acórdãos 216/2007, 2.900/2009, 1.793/2011, 1047/2012 e 1.546/2012, todos do Plenário; subparágrafo 207.1).

296.2. em atenção ao art. 37, *caput*, da Constituição Federal (princípio da eficiência) e ao art. 6º, inciso II, do Decreto-Lei 200/1967, oriente as áreas responsáveis por conduzir as licitações, bem como os Comandos das três Forças Armadas, para que autuem processo administrativo contra as empresas que incorrerem na irregularidade aludida no subparágrafo precedente, tendo em vista se tratar de comportamento inidôneo, o qual está tipificado no art. 7º da Lei 10.520/2002, alertando-os de que a não autuação sem justificativa dos referidos processos poderá ensejar a aplicação de sanções a seus gestores, conforme previsão da Lei 8.112/1990, art. 116, inciso III c/c Lei 10.520/2002, art. 9º e Lei 8.666/1993, art. 82 (subparágrafo 207.2).

296.3. em atenção ao art. 37, *caput*, da Constituição Federal (princípio da eficiência) e ao art. 6º, inciso II, do Decreto-Lei 200/1967, oriente os órgãos, entidades e unidades que compõem sua estrutura organizacional, bem como os Comandos das três Forças Armadas, acerca da necessidade de autuarem processos administrativos contra as empresas que praticarem atos ilegais tipificados no art. 7º da Lei 10.520/2002, alertando-os de que a não autuação sem justificativa dos referidos processos poderá ensejar a aplicação de sanções a seus gestores, conforme previsão da Lei 8.112/1990, art. 116, inciso III c/c Lei 10.520/2002, art. 9º e Lei 8.666/1993, art. 82 (subparágrafo 261.1);

296.4. no prazo de trinta dias a contar da ciência do acórdão que vier a ser proferido, encaminhe plano de ação para a implementação das medidas contidas no *decisum*, contendo o prazo e os responsáveis (nome, cargo e CPF) pelo desenvolvimento das ações.

297. Determinar, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, ao Senado Federal (SF), à Câmara dos Deputados (CD) e ao Tribunal de Contas da União (TCU) que:

297.1. em atenção ao art. 37, *caput*, da Constituição Federal (princípio da eficiência) e ao art. 6º, inciso II, do Decreto-Lei 200/1967, oriente as áreas responsáveis por conduzir as licitações para que desclassifiquem sumariamente as propostas para o mesmo item feitas por empresas que possuam sócio em comum, tendo em vista que em sucessivos acórdãos esta Corte tem considerado que esse comportamento afronta os princípios da moralidade, da isonomia e da probidade administrativa, constituindo fraude ao certame (Acórdãos 216/2007, 2.900/2009, 1.793/2011, 1.047/2012 e 1.546/2012, todos do Plenário; subparágrafo 207.1).

297.2. em atenção ao art. 37, *caput*, da Constituição Federal (princípio da eficiência) e ao art. 6º, inciso II, do Decreto-Lei 200/1967, oriente as áreas responsáveis por conduzir as licitações para que autuem processo administrativo contra as empresas que incorrerem na irregularidade aludida no subparágrafo precedente, tendo em vista se tratar de comportamento inidôneo, o qual está tipificado no art. 7º da Lei 10.520/2002, alertando-os de que a não autuação sem justificativa dos referidos processos poderá ensejar a aplicação de sanções a seus gestores, conforme previsão da Lei 8.112/1990, art. 116, inciso III c/c Lei 10.520/2002, art. 9º e Lei 8.666/1993, art. 82 (subparágrafo 207.2).

297.3. no prazo de trinta dias a contar da ciência do acórdão que vier a ser proferido, encaminhem plano de ação para a implementação das medidas contidas no *decisum*, contendo o prazo e os responsáveis (nome, cargo e CPF) pelo desenvolvimento das ações.

298. Determinar, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, ao Ministério das Relações Exteriores (MRE), ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC), à Fundação Universidade do Amazonas (Ufam) e ao do 9º Batalhão de Engenharia de Combate (9º BEcmb) que:

298.1. em atenção ao art. 37, *caput*, da Constituição Federal (princípio da eficiência) e ao art. 6º,

inciso II, do Decreto-Lei 200/1967, orientem os órgãos, entidades, unidades e setores que compõem sua estrutura organizacional, acerca da necessidade de autuarem processos administrativos contra as empresas que praticarem atos ilegais tipificados no art. 7º da Lei 10.520/2002, alertando-os de que a não autuação sem justificativa dos referidos processos poderá ensejar a aplicação de sanções a seus gestores, conforme previsão da Lei 8.112/1990, art. 116, inciso III c/c Lei 10.520/2002, art. 9º e Lei 8.666/1993, art. 82 (subparágrafo 127.1);

298.2. em atenção ao art. 37, *caput*, da Constituição Federal (princípio da eficiência) e ao art. 6º, inciso V, do Decreto-Lei 200/1967, criem controles internos destinados a minimizar a probabilidade de que não sejam abertos processos administrativos destinados a apenar os comportamentos irregulares tipificados no art. 7º da Lei 10.520/2002 (subparágrafo 127.2);

298.3. em atenção ao art. 37, *caput*, da Constituição Federal (princípio da eficiência) e ao art. 6º, incisos II e V, do Decreto-Lei 200/1967, determinem aos órgãos e entidades que compõem sua estrutura organizacional que criem, em seus âmbitos, os controles aludidos no parágrafo precedente (subparágrafo 127.3);

298.4. no prazo de trinta dias a contar da ciência do acórdão que vier a ser proferido, encaminhem plano de ação para a implementação das medidas contidas no *decisum*, contendo o prazo e os responsáveis (nome, cargo e CPF) pelo desenvolvimento das ações.

299. Determinar à Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação (Sefti) que, em atenção ao art. 37, *caput*, da Constituição Federal (princípio da eficiência) e ao art. 6º, inciso V, do Decreto-Lei 200/1967:

299.1. por ocasião do monitoramento das deliberações do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário, sejam consideradas as análises e conclusões expendidas na seção 4.1, sobre o grau de atendimento das deliberações constantes dos itens 9.2.1.1, 9.3.2.1, 9.3.2.2, 9.5.1.1, 9.7.1 e 9.8.1 do mencionado acórdão (parágrafo 285);

299.2. encaminhe à Controladoria-Geral da União (CGU), cópia deste relatório e do acórdão decorrente desta fiscalização, bem como do relatório e do voto que o fundamentem, acompanhados da relação das cem empresas que mais recorrentemente não honraram suas propostas (Anexo 1), a fim de que aquele órgão possa adotar as providências que julgar pertinentes (parágrafo 283).

300. Recomendar à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (SLTI/MP) que, em atenção ao art. 6º, incisos II e V, do Decreto-Lei 200/1967:

300.1. expeça norma aos órgãos integrantes do Sisg regulamentando o art. 7º da Lei 10.520/2002, especialmente quanto à necessidade de que os órgãos licitantes façam constar dos instrumentos convocatórios a gradação das sanções para os comportamentos tipificados naquele dispositivo legal, em atenção ao inciso III do art. 40 da Lei 8.666/1993 (subparágrafo 128.1);

300.2. expeça norma aos órgãos integrantes do Sisg regulamentando as situações que envolvam propostas para o mesmo item de pregão feitas por empresas que possuam sócio em comum, bem como as providências a serem adotadas pelas áreas responsáveis pela condução de licitações, caso tais situações sejam identificadas, tendo em conta o disposto nos subparágrafos 207.1 e 207.2 (parágrafo 208);

300.3. crie controles internos destinados a minimizar a probabilidade de que não sejam abertos processos administrativos destinados a apenar os comportamentos irregulares tipificados no art. 7º da Lei 10.520/2002 (subparágrafo 128.1.2);

300.4. determine aos órgãos integrantes do Sisg que criem, em seus âmbitos, os controles aludidos no parágrafo precedente (subparágrafo 128.1.2);

300.5. reitere para os órgãos integrantes do Sisg o teor da orientação emitida por meio do item 9.2.1.1 do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário (subparágrafo 128.2);

300.6. efetue o tabelamento dos motivos mais frequentes de não adjudicação, recusa, desclassificação e inabilitação de propostas no sistema Comprasnet, com vistas a padronizar a entrada desse tipo de informação (subparágrafo 289.1);

300.7. crie, no sistema Comprasnet, *flag* e campos destinados a controlar a abertura de processos administrativos contra empresas que incorrem nos comportamentos tipificados no art. 7º da Lei

10520/2002, como, por exemplo, o número do processo, o resultado do processo e, eventualmente, a razão da não abertura de processo (subparágrafo 289.2).

301. Recomendar ao Ministério da Defesa que, em atenção ao art. 6º, incisos II e V, do Decreto-Lei 200/1967:

301.1. expeça norma aos órgãos, entidades e unidades que compõem sua estrutura organizacional, bem como os Comandos das três Forças Armadas sob sua coordenação, regulamentando o art. 7º da Lei 10.520/2002, especialmente quanto à necessidade de que os órgãos licitantes façam constar dos instrumentos convocatórios a gradação das sanções para os comportamentos tipificados naquele dispositivo legal, em atenção ao inciso III do art. 40 da Lei 8.666/1993 (parágrafo 129);

301.2. crie controles internos destinados a minimizar a probabilidade de que não sejam abertos processos administrativos destinados a apenar os comportamentos irregulares tipificados no art. 7º da Lei 10.520/2002 (parágrafo 129);

301.3. determine aos órgãos, entidades e unidades que compõem sua estrutura organizacional, bem como os Comandos das três Forças Armadas sob sua coordenação, que criem, em seus âmbitos, os controles aludidos no parágrafo precedente (parágrafo 129).

302. Recomendar ao Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais/MP e ao Conselho Nacional de Justiça que, em atenção ao art. 6º, incisos II e V, do Decreto-Lei 200/1967:

302.1. expeçam norma aos seus jurisdicionados regulamentando o art. 7º da Lei 10.520/2002, especialmente quanto à necessidade de que os órgãos licitantes façam constar dos instrumentos convocatórios a gradação das sanções para os comportamentos tipificados naquele dispositivo legal, em atenção ao inciso III do art. 40 da Lei 8.666/1993 (parágrafo 129)

302.2. expeçam norma regulamentando as situações que envolvam propostas para o mesmo item de pregão feitas por empresas que possuam sócio em comum, bem como as providências a serem adotadas pelas áreas responsáveis pela condução de licitações, caso tais situações sejam identificadas, tendo em conta o disposto nos subparágrafos 207.1 e 207.2 (parágrafo 208);

302.3. criem controles internos destinados a minimizar a probabilidade de que não sejam abertos processos administrativos destinados a apenar os comportamentos irregulares tipificados no art. 7º da Lei 10.520/2002 (parágrafo 129);

302.4. determinem aos seus jurisdicionados que criem, em seus âmbitos, os controles aludidos no parágrafo precedente (parágrafo 129).

302.5. reiterem para os seus jurisdicionados o teor da orientação emitida por meio do item 9.5.1.1 do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário (parágrafo 129).

303. Recomendar ao Conselho Nacional do Ministério Público que, em atenção ao art. 6º, incisos II e V, do Decreto-Lei 200/1967:

303.1. em consonância com o disposto no art. 130-A, § 2º da Constituição Federal, expeça norma aos órgãos sob o seu controle de atuação administrativa e financeira, elencados no art. 128, incisos I e II da Constituição Federal, regulamentando o art. 7º da Lei 10.520/2002, especialmente quanto à necessidade de que os órgãos licitantes façam constar dos instrumentos convocatórios a gradação das sanções para os comportamentos tipificados naquele dispositivo legal, em atenção ao inciso III do art. 40 da Lei 8.666/1993 (parágrafo 129);

303.2. em consonância com o disposto no art. 130-A, § 2º da Constituição Federal, expeça norma aos órgãos sob o seu controle de atuação administrativa e financeira, elencados no art. 128, incisos I e II da Constituição Federal, regulamentando as situações que envolvam propostas para o mesmo item de pregão feitas por empresas que possuam sócio em comum, bem como as providências a serem adotadas pelas áreas responsáveis pela condução de licitações, caso tais situações sejam identificadas, tendo em conta o disposto nos subparágrafos 207.1 e 207.2 (subparágrafo 208)

303.3. crie controles internos destinados a minimizar a probabilidade de que não sejam abertos processos administrativos destinados a apenar os comportamentos irregulares tipificados no art. 7º da Lei 10.520/2002 (parágrafo 129);

303.4. determine aos órgãos sob o seu controle de atuação administrativa e financeira, elencados no art. 128, incisos I e II da Constituição Federal, que criem, em seus âmbitos, os controles aludidos no

parágrafo precedente (parágrafo 129).

304. Recomendar ao Senado Federal, à Câmara dos Deputados e ao Tribunal de Contas da União que, em atenção ao art. 6º, inciso V, do Decreto-Lei 200/1967:

304.1. regulamentem internamente a implementação do art. 7º da Lei 10.520/2002, especialmente quanto à necessidade de que conste dos instrumentos convocatórios a gradação das sanções para os comportamentos tipificados naquele dispositivo legal (parágrafo 129);

304.2. criem controles internos destinados a minimizar a probabilidade de que não sejam abertos processos administrativos destinados a apenar os comportamentos irregulares tipificados no art. 7º da Lei 10.520/2002 (parágrafo 129);

304.3. reiterem para os setores responsáveis pela condução de licitações o teor da orientação emitida por meio do item 9.8.1 do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário (parágrafo 129).

305. Apensar cópia deste relatório e do acórdão decorrente desta fiscalização, bem como do relatório e do voto que o fundamentem, ao Processo TC 11.643/2010-2 que deu origem às deliberações dos itens 9.2.1.1, 9.3.2.1, 9.3.2.2, 9.5.1.1, 9.7.1 e 9.8.1 do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário, monitorados nesta fiscalização, conforme consta da seção 4 desta peça.

306. Arquivar os presentes autos.”

3. Por meio de despacho (peça 256), por considerar não haver, em relação às determinações sugeridas, cenário que indicasse necessidade de atuação imediata desta Corte de Contas, determinei à Sefti que realizasse, preliminarmente, as audiências e oitivas propostas.

4. Após analisar as justificativas apresentadas pelos responsáveis, foi elaborada a instrução cuja parte principal encontra-se transcrita a seguir (peça 450). A proposta de encaminhamento nela consignada, consolidada, obteve a anuência dos dirigentes daquela unidade técnica (peças 451/452).

“HISTÓRICO

3. Entre 26/4/2010 e 31/8/2010, no contexto do Tema de Maior Significância – Bases de dados da Administração Pública, a Sefti realizou auditoria de conformidade nas bases de dados dos sistemas Siasg e Comprasnet, com o objetivo de verificar a consistência e confiabilidade daqueles dados, o que resultou em dezoito achados de auditoria expostos no Relatório de Fiscalização de 29/4/2011 (peça 34 do TC 011.643/2010-2), que deu origem ao Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário (peça 38 do TC 011.643/2010-2).

4. Naquela fiscalização, que considerou as licitações e contratos publicados entre janeiro de 2006 e abril de 2010 (peça 3 – Volume Digitalizado, p.2, itens 29-31, do TC 011.643/2010-2), foram encontrados indícios de 16.547 casos em que pelo menos duas empresas apresentaram lance para determinado item do pregão e possuíam, pelo menos, um sócio em comum. Verificou-se, também, a existência de 31.793 empresas que tiveram suas propostas recusadas, em até 12.370 vezes, sendo estimado o valor das contratações em R\$ 4.616.783.485,83. Esses indícios constituíram os achados 3.2 (Empresas com sócios em comum que apresentam propostas para o mesmo item de determinada licitação) e 3.3 (Existência de licitantes reiteradamente desclassificados por não atenderem aos editais ou não honrarem suas propostas; peça 2 – Volume Digitalizado, p. 57-66 e peça 3 – Volume Digitalizado, p. 1-82, ambas do TC 011.643/2010-2).

5. As situações que configuram esses achados afetam a manutenção dos princípios da competitividade, moralidade, igualdade e probidade administrativa insculpidos na Lei 8.666/1993, causando prejuízos à Administração Pública na obtenção das propostas mais vantajosas nas licitações e constituindo-se em fonte de risco de fraudes e conluios.

6. Em decorrência disso, o Acórdão 1.273/2012-TCU-Plenário (peça 3 do TC 012.824/2012-7) autorizou esta fiscalização, com o objetivo de verificar o cumprimento do disposto no art. 7º da Lei 10.520/2002 e de aprofundar a investigação dos fatos relatados nos achados da fiscalização anteriormente mencionada. Além desses dois objetivos, esta fiscalização propôs-se, ainda, a monitorar o subconjunto das deliberações do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário, que tinham por fulcro combater as ocorrências relacionadas aos citados achados.

7. Neste trabalho, que considerou somente os pregões eletrônicos realizados no período de 30/4/2009 a 21/6/2012, o tratamento das informações registradas no sistema Comprasnet conduziu à confirmação dos resultados da auditoria anteriormente referida (parágrafos 3-4), revelando a continuidade das práticas irregulares ali relatadas. Foram identificadas propostas recusadas, desclassificadas, inabilitadas ou não adjudicadas para 1.609.868 itens de pregão, pertencentes a 507.520 pregões, envolvendo 33.481 empresas, variando o número de propostas recusadas por empresa de 1 a 10.172 (peça 208).
8. A partir desse conjunto de propostas recusadas, desclassificadas, inabilitadas ou não adjudicadas, doravante denominadas genericamente 'propostas recusadas' neste relatório, foram identificados os pregoeiros em cujos certames mais ocorreram casos em que o objeto não foi adjudicado à empresa detentora do menor lance, com vistas a averiguar se adotaram as medidas necessárias à aplicação das sanções legais previstas no art. 7º da Lei 10.520/2002. Foram também identificadas as empresas com maior frequência na apresentação de menor lance, em pregões homologados, sem que os correspondentes objetos lhes tenham sido adjudicados, a fim de investigar as razões dessa possível impropriedade.
9. Os resultados dessas investigações confluíram no apontamento de dois achados de auditoria: achado 3.1 – Não aplicação de penalidade a empresa que prejudica o processo licitatório (peça 252, p. 16-26) e achado 3.2 – Empresa que recorrentemente prejudica o processo licitatório (peça 252, p. 26-39).
10. As informações extraídas do sistema Comprasnet, referentes aos certames nos quais atuaram os pregoeiros selecionados e nos quais ocorreram as propostas recusadas das empresas selecionadas, foram confirmadas por meio de diligências aos órgãos e entidades onde se realizaram tais certames.
11. Como consequência desses achados, a Sefti propôs promover:
- a) a audiência dos pregoeiros e das autoridades que homologaram os certames, nos casos em que houve omissão quanto à obrigação de autuar processo administrativo destinado à apuração de condutas tipificadas no art. 7º da Lei 10.520/2002 (peça 252, p. 53-54);
 - b) a oitiva das empresas que mais frequentemente apresentaram o menor lance mas foram desclassificadas, com possível comprometimento da normalidade dos procedimentos licitatórios (peça 252, p. 54-55).
12. Na oportunidade, foram propostas diversas determinações e recomendações à SLTI e outras unidades, decorrentes tanto dos dois achados retro mencionados quanto do monitoramento realizado em conjunto com a auditoria de conformidade, com vistas a buscar o cumprimento das deliberações monitoradas e mitigar a ocorrência das irregularidades observadas (peça 252, p. 55-61).
13. Em seu despacho (peça 256), a Ministra Relatora, considerando não haver, em relação às determinações sugeridas, cenário que indicasse a necessidade da atuação imediata desta Corte de Contas, determinou à Sefti que realizasse, preliminarmente, as audiências e oitivas propostas.
14. Dessa forma, esta instrução contém as seções AUDIÊNCIAS, onde se procede à análise das razões de justificativa apresentadas por pregoeiros e autoridades que homologaram os pregões questionados, e OITIVAS, onde são analisadas as manifestações apresentadas pelas empresas, cujo comportamento nos pregões também foi questionado nesta fiscalização.
15. As propostas de determinações e recomendações mencionadas no parágrafo 12 retro, após revisão, foram apresentadas na seção PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO, referenciando os parágrafos que as justificam no Relatório de Fiscalização original (peça 252).
16. Com o intuito de sistematizar a análise das justificativas apresentadas, em temas que serão abordados repetidamente nesta instrução, discorre-se, na seção FUNDAMENTAÇÃO, sobre as normas que embasaram os questionamentos formulados e a sua interpretação, em consonância com a legislação vigente, a doutrina e os entendimentos emanados deste Tribunal.
17. Por fim, são abordadas algumas questões na seção OUTROS FATOS, que defluíram das análises empreendidas, e que se julga merecedoras de comentários adicionais e propostas de encaminhamento.

FUNDAMENTAÇÃO

18. Com o intuito de sistematizar a análise das justificativas apresentadas em temas que serão abordados repetidamente nesta instrução, discorre-se, nesta seção, sobre o conteúdo das normas que

embasaram os questionamentos formulados e a sua interpretação, em consonância com a legislação vigente, a doutrina e os entendimentos emanados deste Tribunal.

I. Das condutas irregulares e da proporcionalidade da punição

19. O art. 7º da Lei 10.520/2002 (Lei do Pregão) tipifica várias condutas irregulares dos licitantes e dispõe sobre as sanções cabíveis:

Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicafe, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

20. Para uma melhor compreensão desse tema, cuja interpretação foi objeto de questionamento nas razões de justificativas e manifestações apresentadas nesta fiscalização, faz-se breve referência às características peculiares da modalidade de licitação denominada pregão.

21. Ao discorrer sobre essas características, Fabrício Motta (*in* Das sanções. Diogenes Gasparini (Coord.). Pregão presencial e eletrônico. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 116-117) assevera que ‘a modalidade incorpora caracteres do ambiente de transformação à sua volta – o procedimento legalmente delineado valoriza a celeridade, racionalidade, oralidade, competitividade e publicidade como princípios servientes à seleção da melhor proposta para a contratação’, fazendo, porém, a seguinte ressalva:

Não obstante, a expressa referência ao princípio da probidade (no art. 4º do Decreto 3.555/2000) lembra-nos a importância do travamento de um relacionamento, entre Administração e licitante, pautado pela confiança, lealdade e boa-fé recíprocas. Essa a contrapartida para um procedimento mais célere e racional de escolha: o travamento de um vínculo de confiança mútua, que deve estar presente em todo o certame e balizar a eventual na aplicação de sanções.

22. Nesse contexto, segundo o citado jurista, ‘O descumprimento por parte do particular, do dever de confiança e boa-fé, se materializado em condutas legalmente tipificadas, dará ensejo à aplicação de sanções, mediante processo administrativo constitucional e legalmente delineado’.

23. O mesmo tema – cominação de sanções por inadimplemento – é abordado por Marçal Justen Filho (*in* Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2013. p. 95), que traz os seguintes ensinamentos:

Aplicam-se ao caso as considerações realizadas a propósito das sanções previstas na Lei nº 8.666. A seriedade dos licitantes e do particular contratado é essencial para o êxito do modelo de contratação administrativa. Essa questão se põe com maior intensidade ainda nos casos em que se opta por pregão. É que o procedimento simplificado não comporta maior indagação acerca da idoneidade do licitante. Por isso mesmo, existe o risco de aventureiros lançarem-se em busca da contratação. É essencial a estipulação precisa e determinada de sanções para tornar previsível, inquestionável e irreversível a punição a situações dessa ordem.

Isso significa estabelecer com alguma precisão os pressupostos de sancionamento.

24. Nesse passo, constata-se que a fórmula legislativa encontrada para promover o comportamento regular dos licitantes na modalidade pregão – necessária, já que a modalidade concede a eles maior liberdade e confiança, tanto pela facilidade de participação, quanto pela inversão de fases, com a comprovação *a posteriori* do atendimento aos requisitos do edital – foi a previsão de sanções mais severas para os comportamentos irregulares, na forma consubstanciada no art. 7º da Lei 10.520/2002.

25. Sobre as condições mais rigorosas impostas aos licitantes na modalidade pregão, Marçal Justen Filho faz as seguintes observações (*in* Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2013. p. 241):

Deve reputar-se, bem por isso, que o particular que participa de uma licitação na modalidade de pregão encontra-se em situação jurídica muito mais rigorosa do que ocorre nas modalidades da Lei 8.666/1993. A contrapartida da redução do autoritarismo do certame é a ampliação dos encargos que recaem sobre o particular, cujo atendimento é subordinado a um juízo de avaliação do próprio interessado.

(...) No pregão, [ausência de fiscalização prévia] significa dever objetivo de diligência. O interessado em participar do certame tem o dever de examinar a lei e o ato convocatório e avaliar se está em condições de competir. Se não estiver, o sujeito tem o dever de escolher o não comparecimento.

26. Identicamente, o Voto condutor do Acórdão 1.280/2007-TCU-Plenário trata da aplicabilidade das sanções previstas no art. 7º da Lei 10.520/2002:

22. É de ressaltar que o tratamento conferido pela Lei nº 10.520/2002 à recusa do licitante em honrar sua proposta subsume-se ao princípio geral contido no art. 81 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, o qual, conjugado ao art. 64 do mesmo diploma legal, prevê a possibilidade de aplicação de sanção ao particular pelo inadimplemento injustificado na concretização da contratação.

23. Nada obstante, no modelo do pregão, o tema apresenta contornos jurídicos distintos, em face das características dessa modalidade, cujo procedimento, ao tempo em que proporciona a dinamização da seleção dos concorrentes, exige dos interessados a ampliação do dever de cuidado objetivo na formulação de suas propostas. Prova disso é a previsão de uma sanção própria e distinta daquela estabelecida na Lei nº 8.666/1993 para os casos em que o proponente deixar de honrar sua oferta.

24. Com efeito, estabelece o art. 7º da Lei do Pregão que a prática das infrações ali descritas acarretará impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e descredenciamento no Sicaf ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores pelo prazo de até 5 anos, sem prejuízo das multas previstas no edital e no contrato e das demais cominações legais.

25. Ainda que não caiba a este Tribunal verificar a justeza das sanções aplicadas, não se vislumbra, *prima facie*, qualquer violação ao princípio da proporcionalidade na fixação dessas penas, mormente se forem levados em consideração os prejuízos sofridos pela Administração, que se viu obrigada a celebrar contrato emergencial para execução dos serviços licitados durante o período em que realizava novo certame.

27. Em face dessas considerações, dada a singularidade da modalidade pregão, entende-se que é inadequado comparar, sob o aspecto da proporcionalidade, a sanção prevista no art. 7º da Lei do Pregão – impedimento de licitar e contratar com a Administração Pública – com as demais punições previstas na Lei Geral das Licitações.

II. Da tipificação das condutas irregulares e da aplicabilidade da sanção

28. No que se refere à aplicabilidade das sanções constantes do art. 7º da Lei 10.520/2002, entende-se que basta a incidência em qualquer uma das condutas ilegais tipificadas no dispositivo para que o licitante esteja sujeito às sanções ali previstas.

29. Depreende-se, ainda, da leitura do enunciado do item 9.2.1.1 do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário, que compete à unidade gestora responsável pelo pregão a instauração de processo administrativo destinado a penalizar o licitante infrator.

30. Para a aplicação das sanções previstas no art. 7º da Lei 10.520/2002, a norma não requer a comprovação de dolo ou má-fé no cometimento dos ilícitos nela elencados. É suficiente que o licitante tenha se conduzido culposamente ao cometer uma das irregularidades elencadas no dispositivo. As condutas de ‘fraudar na execução do contrato’ e de ‘cometer fraude fiscal’, constituem exceções, pois suas tipologias requerem a presença de elemento subjetivo caracterizado pelo dolo (parágrafo 61).

31. A respeito da avaliação da culpabilidade, Marçal Justen Filho (*in* Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2013. p. 241-242), traz importantes considerações que auxiliam nesse entendimento (grifou-se):

1.3) A questão da culpabilidade objetivada

Aquele que participa do pregão tem o dever jurídico de atentar para todas as exigências. Esse dever objetivo de diligência propicia uma avaliação peculiar acerca da culpabilidade. O sujeito tem o dever de comprovar sua diligência e a infração a tal dever caracteriza conduta reprovável, sujeita a sancionamento.

Quem participa de pregão sem atentar para a ausência de preenchimento dos requisitos necessários conduz-se culposamente.

(...)

Em suma, não se trata de uma modalidade de responsabilidade objetiva, conceito incompatível com um Estado Democrático de Direito. A punibilidade da conduta do sujeito dependerá de elemento subjetivo objetivado na conduta externa. A materialidade externa (infração às exigências de participação) fará presumir a existência de um elemento subjetivo reprovável, consistente na ausência de previsão do evento danoso derivado da própria conduta e da omissão da adoção das cautelas imprescindíveis a sua concretização.

32. Em face do exposto, é oportuno registrar que a presença da conduta dolosa faz-se necessária não para a caracterização do cometimento de infração prevista no art. 7º da Lei do Pregão, mas sim para a comprovação de fraude à licitação, ilícito que pode resultar na declaração da inidoneidade da empresa para participar de licitação na Administração Pública Federal, na forma do art. 46 da Lei 8.443/1992 (esse tema é tratado mais detidamente em tópico adiante – Da fraude à licitação).

33. Um outro aspecto diz respeito ao momento em que ocorre a conduta considerada irregular. De modo geral, o 7º da Lei 10.520/2002 não contém relação de ordem temporal entre a fase da licitação e a conduta ilegal tipificada. Assim, a apresentação de documentação falsa ou a não entrega de documento exigido para o certame, por exemplo, constituem ilícitos independentemente da fase do processo licitatório em que se verificam. Constituem exceções, a recusa em celebrar contrato e a falha ou fraude na execução do contrato, que, naturalmente, pressupõem a adjudicação e a contratação, respectivamente.

34. Segundo o entendimento desta Corte, ‘o elenco de irregularidades previsto no art. 7º da Lei nº 10.520/2002 refere-se a condutas praticadas na contratação, no curso do certame e durante a execução do contrato. A necessidade de convocação do adjudicatário restringe-se exclusivamente à conduta de deixar de celebrar o contrato’. O Voto condutor do Acórdão 1.280/2007-TCU-Plenário assim dispôs:

10. Consoante se verifica, o art. 7º da Lei do Pregão relaciona diferentes condutas que podem configurar infração por parte dos licitantes nas contratações realizadas nessa modalidade. Na realidade, o elenco refere-se não apenas a condutas praticadas na contratação, mas também no curso do certame e, até mesmo, durante a execução do contrato.

11. Entre essas condutas, a lei prevê a possibilidade de aplicação de sanção ao licitante que, convocado dentro do prazo de validade da proposta, deixar de celebrar o contrato respectivo. O substrato material dessa infração consiste na recusa do licitante em honrar sua proposta, que pode se configurar por meio de diferentes condutas do vencedor do certame que criem obstáculos à contratação. Assim, por exemplo, poderá ser apenado com fulcro nesse dispositivo legal tanto o adjudicatário que não comparece para formalizar a contratação no prazo devido quanto aquele que se vale de subterfúgios para impedir a celebração da avença dentro do prazo de validade de sua proposta.

(...)

17. Por outro lado, não me afigura que a melhor interpretação a ser conferida à norma contida no art. 7º da Lei do Pregão é aquela que vincula a referência à convocação do particular a todas as hipóteses ali descritas para a configuração da infração, conforme faz crer a representante. Consoante exposto anteriormente, o dispositivo em comento tem caráter abrangente, abarcando condutas relacionadas não apenas à contratação em si, mas também ao procedimento licitatório e à execução da avença. Além disso, é inquestionável que a prática de diversos atos ali consignados, a exemplo de ‘apresentar documentação falsa no certame’ ou ‘cometer fraude fiscal’, independem de convocação, dentro do prazo de vigência da proposta do particular, para a validade de sua reprovação.

18. *Na realidade, a necessidade de convocação do adjudicatário dentro do prazo de validade da proposta prevista na norma deve ser restrita, a meu ver, exclusivamente, à primeira conduta ali tipificada, consubstanciada na recusa do licitante vencedor em assinar o contrato respectivo. Interpretação mais abrangente, como visto, poderia dificultar ou até mesmo inviabilizar a aplicação do disposto no art. 7º da Lei 10.520/2002 em sua inteireza, o que se revela contrário aos princípios de hermenêutica.*

35. Isto posto, o elenco de condutas irregulares tipificado no art. 7º da Lei 10.520/2002, pode ser sistematizado da seguinte forma:

- a) não celebrar contrato, se convocado dentro do prazo de validade da proposta;
- b) deixar de entregar documentação exigida para o certame;
- c) apresentar documentação falsa exigida para o certame;
- d) ensejar o retardamento da execução de seu objeto;
- e) não manter a proposta;
- f) falhar ou fraudar na execução do contrato;
- g) comportar-se de modo inidôneo;
- h) cometer fraude fiscal.

36. Ressalte-se que a previsão editalícia de sanção para as condutas irregulares elencadas no art. 7º da Lei 10.520/2002, embora possa ser considerada boa prática, não é requerida para o cumprimento da norma, tendo em vista a superior posição hierárquica da lei frente ao edital e a sua imediata aplicabilidade a partir do início da vigência.

III. Da desclassificação a pedido

37. O Ministro Relator do processo que deu origem ao Acórdão 1.280/2007-TCU-Plenário, ao tratar da conduta referente a deixar de celebrar contrato, fez a seguinte consideração (parágrafo 34; grifou-se):

O substrato material dessa infração [deixar de celebrar contrato] consiste na recusa do licitante em honrar sua proposta, que pode se configurar por meio de diferentes condutas do vencedor do certame que criem obstáculos à contratação. Assim, por exemplo, poderá ser apenado com fulcro nesse dispositivo legal tanto o adjudicatário que não comparece para formalizar a contratação no prazo devido quanto aquele que se vale de subterfúgios para impedir a celebração da avença dentro do prazo de validade de sua proposta.

38. No mesmo voto, o Ministro Relator alerta para a conduta requerida do licitante, na qual se exige 'a ampliação do dever de cuidado na formulação de suas propostas. Prova disso é a previsão de uma sanção própria e distinta daquela estabelecida na Lei nº 8.666/1993 para os casos em que o proponente deixar de honrar sua oferta' (item 26).

39. Igualmente, Marçal Justen Filho assevera que 'O interessado em participar do certame tem o dever de examinar a lei e o ato convocatório e avaliar se está em condições de competir. Se não estiver, o sujeito tem o dever de escolher o não comparecimento', conforme já consignado no parágrafo 25.

40. Além do dever de diligência quanto à verificação do atendimento dos requisitos do certame, o licitante que decide se inscrever no certame, participa da fase de lances e oferta o menor preço, sendo, por isso, declarado vencedor pela Administração, ficando obrigado a honrar sua proposta.

41. A desistência do certame, seja tácita (como quando não apresenta documentação exigida) ou explícita (como quando formaliza pedido de desclassificação), é conduta que caracteriza a não manutenção da proposta, e portanto, passível de punição na forma do art. 7º da Lei 10.520/2002.

IV. Da não entrega de documentação exigida para o certame

42. A não entrega de documentação exigida para o certame constitui ilegalidade expressamente tipificada no art. 7º da Lei 10.520/2002: 'Quem (...) deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame (...) ficará impedido de licitar (...)' (grifou-se).

43. Assim, aquele que não entrega documentação requerida pelo edital, seja por dolo ou culpa, sem a devida justificativa, fica sujeito às sanções previstas no art. 7º da Lei 10.520/2002.

44. A esse respeito, Marçal Justen Filho, ao discorrer sobre o elemento subjetivo da ausência de entrega de documentação exigida (*in* Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2013. p. 248; grifou-se), assevera que, para a configuração da infração:

Deverá averiguar-se a culpabilidade do sujeito e a dimensão da infração ao dever de diligência. Deverá reputar como ausente o elemento subjetivo quando o erro for escusável ou as circunstâncias evidenciarem que o sujeito atuara com a cautela normal a todo empresário.

Não é necessário, no entanto, um elemento similar ao dolo. Não há necessidade de que o sujeito tenha consciência acerca da ausência do documento e que esse resultado tenha sido antevisto com precisão e livremente por ele desejado. Basta uma situação equivalente à culpa, correspondente à negligência.

45. De forma convergente, Jair Eduardo Santana (*in* Pregão presencial e eletrônico: manual de implantação, operacionalização e controle. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 342) assevera:

2) Deixar de entregar documentação exigida para o certame

- a conduta omissiva demonstra desídia da parte do licitante, que não atentou para as exigências editalícias, ou mesmo má-fé de sua parte, que, diante da impossibilidade de entregar o documento exigido para o certame, prefere 'correr risco' de não apresentá-lo e ainda assim conseguir contratar com a Administração Pública. Seja qual for o motivo que explique a omissão, ela demonstra descompromisso para com a solenidade do certame e merece ser punida.

46. Nesse passo, tem-se que o licitante que infringir as exigências de participação no certame, deixando de apresentar documentação requerida, sem um motivo escusável (elemento subjetivo objetivado na conduta externa), estará se comportando de forma reprovável e, portanto, ficará sujeito a punição.

47. Finalmente, relembre-se que o art. 7º da Lei 10.520/2002 tipifica condutas irregulares praticadas durante a execução do contrato, na contratação e em qualquer fase do certame (parágrafos 33-35). A conduta de 'deixar de entregar documentação exigida para o certame' não faz distinção de fase do certame, sendo, portanto, aplicável a qualquer uma delas.

V. Da declaração falsa quanto às condições de habilitação

48. Conforme dispõe o art. 21, § 2º, do Decreto 5.450/2005, o licitante deve declarar que cumpre plenamente os requisitos de habilitação, e que sua proposta está em conformidade com as exigências do instrumento convocatório, para poder participar do pregão eletrônico. O sistema Comprasnet registra a realização desta declaração, a qual fica disponível no sítio do sistema, juntamente com a ata e outros documentos do pregão.

49. Dessa forma, se posteriormente verifica-se que o participante não atendia a alguma condição do edital, tais como ofertou produto em desacordo com o especificado, não possuía algum dos documentos exigidos ou não atendia alguma condição de habilitação, deve-se, em princípio, ter como falsa a declaração de que atendia às condições de participação.

50. Nessas condições, há que se considerar a possibilidade de que o licitante tenha se comportado de modo inidôneo, ficando, por conseguinte, sujeito às penalidades previstas no art. 7º da Lei 10.520/2002.

51. O subitem 17.2 do modelo de edital de pregão eletrônico recomendado pela Advocacia Geral da União (AGU), abaixo reproduzido (peça 382, p. 18-19, grifou-se), permite depreender entendimento similar daquele órgão a respeito de declaração falsa quanto às condições de participação no certame:

AGU (modelo de edital)

17. - DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS.

17.1. Comete infração administrativa, nos termos da Lei nº 10.520, de 2002, o licitante/adjudicatário que:

17.1.1. não aceitar/retirar a nota de empenho, ou não assinar o termo de contrato, quando convocado dentro do prazo de validade da proposta;

17.1.2. apresentar documentação falsa;

- 17.1.3. *deixar de entregar os documentos exigidos no certame;*
- 17.1.4. *ensejar o retardamento da execução do objeto;*
- 17.1.5. *não manter a proposta;*
- 17.1.6. *cometer fraude fiscal;*
- 17.1.7. *comportar-se de modo inidôneo;*
- 17.2. *Considera-se comportamento inidôneo, entre outros, a declaração falsa quanto às condições de participação, quanto ao enquadramento como ME/EPP ou o conluio entre os licitantes, em qualquer momento da licitação, mesmo após o encerramento da fase de lances.* (http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=244392&ordenacao=3&id_site=12542. Acesso em 10/12/2013)

52. Com efeito, o art. 21, § 3º, do Decreto 5.450/2005 dispõe que ‘A declaração falsa relativa ao cumprimento dos requisitos de habilitação e proposta sujeitará o licitante às sanções previstas neste Decreto’.

53. É necessário, porém, fazer ressalva a situações excepcionais, nas quais a desconformidade no atendimento dos requisitos do edital tenha decorrido de motivos escusáveis, tais como causas fortuitas ou de força maior, ocorridas após a declaração.

VI. Da fraude à licitação

54. O art. 46 da Lei 8.443/1992 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União) determina que ‘Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal’.

55. Neste caso, o Tribunal de Contas da União (TCU), no exercício de suas atribuições constitucionais de controle externo da legalidade, legitimidade e economicidade dos atos de gestão envolvendo recursos públicos federais, deve adotar ações para coibir atos lesivos às licitações, entre elas, a declaração de inidoneidade de participante que comprovadamente fraudar o certame.

56. Ressalte-se que a atuação deste Tribunal, com fulcro no art. 46 da Lei 8.443/1992, tem natureza distinta daquela decorrente do art. 7º da Lei 10.520/2002, de competência das unidades promotoras dos pregões (parágrafo 29).

57. Decorre daí que, enquanto a aplicação da sanção de impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, pela unidade gestora responsável pelo pregão, em face de irregularidade elencada no art. 7º da Lei 10.520/2002, requer tão somente a conduta culposa do licitante (parágrafos 28-36). Por sua vez, a declaração de inidoneidade do licitante para participar de licitação na Administração Pública Federal pelo TCU, com fulcro na sua Lei Orgânica, depende de comprovação de fraude à licitação.

58. Neste ponto, requer-se a delimitação do conceito de fraude, com base na doutrina e na jurisprudência desta Corte, bem como a determinação da condição de subsunção da conduta ao conceito.

59. Semanticamente, tem-se o seguinte significado de fraude (Dicionário Aurélio; <https://contas.tcu.gov.br/dicionario/home.asp>; acesso em 14/11/2012):

Fraude

1. V. logro (2)
2. *Abuso de confiança; ação praticada de má-fé.*
3. *Contrabando, clandestinidade.*
4. *Falsificação, adulteração. [Sin. ger.: defraudação, fraudeção, fraudulência.]*

Logro

1. *Ato ou efeito de lograr; logramento.*
2. *Engano propositado contra alguém; artifício ou manobra artilosa para iludir.*
3. *Gozo, fruição.*
4. *Ant. Lucro, usura. [Pl.: logros (ô). Cf. logro, do v. lograr.]*

60. Na primeira acepção, fraude significa logro, ou seja, ‘engano propositado contra alguém, artifício ou manobra artilosa para iludir’. Nesse contexto, a fraude configura-se pela presença de dois elementos:

(i) que alguém seja enganado ou iludido; e (ii) que esse engano seja decorrente da ação proposital de outrem.

61. Doutrinariamente, o segundo elemento (a ação proposital de outrem), referente ao aspecto subjetivo do ilícito, conta com o seguinte ensinamento de Marçal Justen Filho (*in* Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2013. p. 257):

A fraude apenas se aperfeiçoa quando o agente atua com consciência e vontade de produzir o resultado ilícito. Não há fraude sem elemento doloso. Nem mesmo a culpa grave é suficiente. Assim se põe porque a produção do artifício depende da adoção de condutas explicitamente orientadas a ludibriar um terceiro. Se o sujeito equivoca-se ao preencher uma nota fiscal, não há fraude. O erro do agente pode ser reprovável e acarretar sanções de diferente natureza, mas exclui a caracterização de fraude. Não se configura fraude quando o sujeito atua com negligência.

62. Nesses termos, quando a conduta do agente ludibria terceiros, mas essa conduta não foi conscientemente orientada para produzir tal resultado, não há que se falar em fraude. Para o caso descrito, a conduta decorreu de elemento culposos somente, como, por exemplo, a negligência.

63. Ao contrário, quando o engano (o logro ou a ilusão) de um terceiro é produzido por ato deliberado do agente, que desejava alcançar esse resultado (dolo direto) ou, sabendo da possibilidade de ocorrer o resultado, assumiu o risco de produzi-lo (dolo eventual), tem-se presente os elementos necessários para a caracterização da fraude, segundo o que ensina a doutrina.

64. Nos casos concretos tratados nesta fiscalização, o comportamento dos licitantes que tiveram as suas propostas rejeitadas em um número elevado de vezes, devido a condutas em princípio tipificadas como irregulares pelo art. 7º da Lei 10.520/2002, tiveram o fulcro de imprimir o primeiro dos elementos caracterizadores de fraude às licitações em que tais fatos ocorrerem, ou seja, o engano, o logro, a ilusão de terceiros.

65. Isso ocorre porque a atitude do licitante que comparece ao certame e disputa a fase de lances, ofertando os menores preços, exerce influência sobre as decisões dos competidores, fazendo com que muitas vezes abandonem a disputa prematuramente porque foram levados a crer que não teriam condições de suplantar a menor oferta. Assim, quando tal licitante sagra-se vencedor, mas em seguida é desclassificado, constata-se que, efetivamente, os concorrentes foram logrados quanto ao verdadeiro preço pelo qual o objeto poderia ser adjudicado.

66. Quanto ao aspecto subjetivo da conduta, é assente que, quando há a premeditação, com o intuito de iludir a concorrência e vencer o certame, configura-se a fraude.

67. Uma dessas práticas fraudulentas caracteriza ações de empresas que o mercado comumente denomina 'coelho'. A ação dessas empresas consiste em apresentar proposta excessivamente baixa em um processo licitatório para que outras empresas desistam de competir, por acreditarem que o outro concorrente teria um preço que não lhes permitiriam prosseguir na disputa. Na sequência, uma empresa que esteja em conluio com o 'coelho' oferece o segundo melhor lance e, com a desclassificação intencional da primeira, acaba sendo contratada por um valor que possivelmente poderia ser superior àquele que seria obtido sem a influência do 'coelho'.

68. Outras vezes, a fraude pode se dar de maneira semelhante à do 'coelho', com igual efeito desestimulante sobre os concorrentes que não participam de possível conluio. Ocorre quando o 'coelho' sempre oferece um lance inferior ao menor lance ofertado pelo cúmplice, de forma que um terceiro de boa-fé vê duas (ou mais) empresas 'disputando' e acaba desistindo. Quando os lances são encerrados, o 'coelho' desiste ou dá causa à sua desclassificação, sendo o cúmplice contratado a um valor maior entre os dois.

69. Por vezes, as desclassificações em momento posterior à fase de lances compõem uma estratégia para simular a existência de competitividade.

70. É importante ressaltar que tais comportamentos fraudulentos constituem crimes previstos na Lei 8.666/1993, conforme se segue:

Dos Crimes e das Penas

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:

V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato.

Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

71. Na esfera administrativa, porém, a comprovação do conluio nas hipóteses mencionadas é tanto mais difícil quanto mais sofisticados forem os métodos utilizados para cometer o ato ilícito. Para isso, é imprescindível que a conjunção de indícios válidos e consistentes possa ser aceita como prova de um fato.

72. Nesse sentido, vale consignar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal de que ‘indícios são provas, se vários, convergentes e concordantes’ (RE 68.006-MG). Tal entendimento vem sendo adotado pelo TCU em diversas situações, como o confirmam os Acórdãos 113/1995, 220/1999, 331/2002, 57/2003, 2.143/2007, 574/2010, 1.433/2010 e 1.107/2014, todos do Plenário.

73. Frise-se que nos Acórdãos 2.143/2007 e 1.433/2010, ambos do Plenário, esta Corte consignou que ‘é possível afirmar-se da existência de conluio entre licitantes a partir de prova indiciária’.

74. Assim, no presente feito, entende-se que as seguintes situações, quando devidamente comprovadas e concomitantes, devam constituir indícios de fraude a licitações:

- a) licitante desclassificado por incidência em irregularidade tipificada no art. 7º da Lei 10.520/2002;
- b) repetição da situação descrita na alínea ‘a’ retro, especialmente quando o número de reincidências for elevado;
- c) inexistência de justificativa plausível para o comportamento que levou à desclassificação, como, por exemplo: apresentação de proposta inexequível, não atendimento ao chamado da Administração, pedido de desclassificação e declaração falsa de que cumpriria os requisitos de habilitação.

75. Dessa forma, esses indícios não devem ser tomados isoladamente, mesmo que válidos e consistentes, pois é a confluência deles que conduz à convicção de prova indiciária de fraude.

76. No caso de incidência eventual do licitante em alguma conduta ilegal prevista no art. 7º da Lei 10.520/2002, seria plausível justificativa no sentido de que a infração não fora intencional, tendo decorrido, por exemplo, por motivo de força maior ou de descuido.

77. Porém, quando o licitante incorre nas mesmas infrações, em um número elevado de vezes ao longo do tempo, o acolhimento de tal tipo de justificativa não deve prosperar, pois o comportamento repetitivo e as sucessivas desclassificações nos certames evidenciam a ação deliberada do agente, assumindo o risco de prejudicar terceiros e o procedimento licitatório, com a devida consciência da ilicitude dos atos praticados e do resultado nocivo que eles provocam.

78. O resultado nocivo configura-se pelo dano ao procedimento licitatório, no qual terceiros – a Administração e licitantes concorrentes – são ludibriados quanto ao valor da proposta vencedora ou às verdadeiras condições de participação do infrator nos certames e à sua real intenção de obter a adjudicação do objeto, além do prejuízo ao erário causado por retrabalho e retardamento na conclusão do pregão.

79. A consciência do infrator quanto à ilicitude de seus atos deriva do obrigatório conhecimento da Lei do Pregão e das disposições do edital, bem como da experiência adquirida em pregões anteriores, nos quais comportamentos idênticos geraram a sua exclusão dos certames.

80. Por essa razão, a incidência reiterada em infração, prevista no art. 7º da Lei 10.520/2002, nessas circunstâncias – com consciência da ilicitude do ato praticado e do resultado nocivo que ele provoca,

assumindo o risco de prejudicar terceiros e o procedimento licitatório –, deve ser reputada como dolosa, por conter os pressupostos de configuração do dolo eventual.

81. Caso às circunstâncias delimitadas no parágrafo anterior se agregue a evidenciação de que o agente pretendeu atingir o resultado nocivo (parágrafo 78), caracterizar-se-ia o dolo direto, intencional.

82. Em qualquer das hipóteses (dolo eventual ou dolo direto), tem-se presente elemento indiciário de fraude, conforme consignado nos parágrafos 74 e 75.

83. Ante o exposto, deve ser considerado fraude à licitação o comportamento de licitante que, sem motivos escusáveis, incide repetidamente, ao longo do tempo, nos mesmos tipos de irregularidades tipificadas no art. 7º da Lei 10.520/2002. No caso, o elemento doloso configura-se pela repetição deliberada e consciente da conduta prejudicial aos certames e, portanto, ilícita, segundo preconiza a Lei do Pregão.

84. Assim, por exemplo, uma conduta culposa do licitante que não mantém a sua proposta, punível no âmbito da instituição promotora do pregão com a sanção de impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, quando se torna frequente – praticada em várias licitações ao longo de um período –, deve ser considerada dolosa, eis que se trata de comportamento deliberado e consciente. Tal conduta dolosa fraudula a licitação e, portanto, deve ser punida nos moldes do que prevê o art. 46 da Lei 8.443/1992: com a declaração de inidoneidade do licitante para participar de licitação na Administração Pública Federal.

85. Por fim, merece lembrança a jurisprudência do TCU, no sentido de que a aplicação da sanção de inidoneidade pelo Tribunal, com fulcro no art. 46 da Lei 8.443/1992, não depende da ocorrência de dano ao erário, da frustração da licitação ou do sucesso na obtenção do resultado pretendido pelo licitante fraudador, como ensina jurisprudência recente desta Corte:

A aplicação, pelo Tribunal, da sanção de inidoneidade para participar de licitação na Administração Pública Federal (art. 46 da Lei 8.443/1992) não depende da ocorrência de dano ao erário ou frustração da licitação. Basta estar caracterizada a conduta legalmente reprovada de fraude a licitação. Não há que se comprovar ou explicitar o alcance pretendido pelos licitantes fraudadores. (Acórdão 3.617/2013-TCU-Plenário).

A caracterização de fraude à licitação não está associada ao seu resultado, ou seja, ao sucesso da empreitada. Configura, em analogia ao direito penal, ilícito de mera conduta, sendo suficiente a demonstração de o fraudador ter praticado simulação para conferir vantagem para si ou para outrem. (Acórdão 48/2014-TCU-Plenário).

VII. Da participação simultânea de empresas com sócio em comum

86. A participação simultânea, em licitações, de empresas com sócios em comum é problema que há longa data é combatido por esta Corte. Em sucessivos acórdãos, o TCU vem considerado que essa situação afronta os princípios da competitividade, moralidade, igualdade e probidade administrativa, constituindo indício de fraude ao certame.

87. No relatório que deu origem ao Acórdão 216/2007-Plenário, foi consignado:

4.3.27. O objetivo desse item do contrato, além de verificar a adequação do valor do serviço com aqueles praticados no mercado, é a obtenção de condições mais vantajosas para a contratante, em decorrência do caráter competitivo da cotação de preços.

4.3.28. Ora, a cotação de preços com empresas com sócios em comum, ou cujos sócios apresentem grau de parentesco entre si, é um forte indício de que havia conhecimento prévio das propostas, o que impede totalmente o alcance desses objetivos, constituindo-se em ato que caracteriza descumprimento da cláusula contratual em comento.

88. Em consequência, o referido acórdão prolatou a seguinte deliberação: ‘9.6 encaminhar, ao Ministério Público Federal, cópia das peças relativas aos indícios de fraude à licitação, consubstanciados na apresentação de propostas de empresas de mesmo dono ou com indícios de parentesco entre seus sócios, para apuração das responsabilidades penais cabíveis’.

89. Por sua vez, o Acórdão 2.900/2009-TCU-Plenário apresentou o seguinte sumário:

(...) Ausência de competição materializada pela existência, nas empresas participantes, de relação de parentesco entre os sócios e de sócios em comum. Caracterização de fraude à licitação. Violação dos princípios da moralidade, da igualdade, da impessoalidade e da probidade administrativa. (...)

90. Na auditoria de conformidade nas bases de dados dos sistemas Siasg e Comprasnet, em 2010 (parágrafos 3-4), esta Secretaria encontrou indícios de 16.547 casos em que pelo menos duas empresas deram lance para determinado item do pregão e possuíam, pelo menos, um sócio em comum. Na oportunidade, consignou-se que tais situações ‘constituem-se em alto risco de fraudes e conluíus, os quais afetam a manutenção dos princípios da moralidade, da isonomia e da probidade administrativa nas licitações, causando prejuízos à Administração Pública na obtenção das propostas mais vantajosas nas licitações’ (peça 34 do TC 011.643/2010-2). A propósito desse achado, o relatório daquela fiscalização registrou:

67. A participação de duas ou mais empresas com sócios em comum em um mesmo item do pregão pode caracterizar indício de conluio com o propósito de fraudar o certame. Cabe destacar que essa situação é tipificada como crime pelo art. 90 da Lei 8.666/1993, que assim dispõe: (...)

68. Em tese, não há motivo aparente que justifique esse tipo de ocorrência. Na realidade, o que há é uma possibilidade de favorecimento mútuo entre as empresas envolvidas. Ora, se houver a existência de sócios em comum de empresas que disputam o mesmo item de um mesmo certame, há evidente prejuízo à isonomia e à competitividade da licitação. Nesse sentido, a prática de conluio entre licitantes tem sido amplamente condenada por este Tribunal, a exemplo dos julgados consignados nos Acórdãos 2.143/2007-TCU-Plenário e 1.433/2010-TCU-Plenário, que declararam a inidoneidade das empresas envolvidas e aplicaram multas aos gestores coniventes com a situação.

91. Para tentar reduzir tais ocorrências, o item 9.3.2.1 do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário recomendou à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (SLTI/MP) que promovesse alterações no sistema Comprasnet para emitir alerta aos pregoeiros sobre a apresentação de lances, para o mesmo item, por empresas que possuíssem sócios em comum, com vistas a auxiliá-los na identificação de atitudes suspeitas no decorrer do certame que pudessem sugerir a formação de conluio entre essas empresas, em atenção ao art. 90 da Lei 8.666/1993 (crime de frustrar ou fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório).

92. Essa recomendação, implementada pelo Ministério do Planejamento, conforme evidência acostada a estes autos (peça 217), reafirma a relevância do problema e a necessidade da adoção de medidas destinadas a erradicar a sua reincidência.

93. Registre-se que, poucos meses antes da emissão do paradigmático Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário, o Ministro-Relator já havia consignado, no Voto condutor do Acórdão 775/2011-TCU-Plenário:

9. A coincidência de sócios entre as empresas e as relações de parentesco em torneios desse jaez indicam a existência de estreitos vínculos entre as firmas e revelam impossibilidade fática de competitividade real entre as interessadas, restando, portanto, caracterizada fraude ao procedimento licitatório.

94. Em decorrência, fora determinado à unidade gestora que, em futuras licitações na modalidade convite, com aporte de recursos federais, se abstinhasse de expedir cartas-convite a ‘firmas que tenham sócios em comum ou que apresentem relação de parentesco entre eles, por constituir afronta aos princípios insculpidos no art. 3º da Lei 8.666/1993, em especial os da competitividade, da isonomia e da impessoalidade’.

95. Posteriormente, os Acórdãos 1.047/2012 e 1.546/2012, ambos do TCU-Plenário, firmaram entendimento no mesmo sentido:

Fraudes em procedimentos licitatórios para aquisição de veículos. Empresas licitantes pertencentes ao mesmo grupo societário. Ausência de competição. Violação dos princípios da moralidade, da igualdade, da impessoalidade e da probidade administrativa. (Súmula do Acórdão 1.047/2012-TCU-Plenário)

9.6 determinar ao Município de Lagoa D'Anta/RN que, em futuras licitações, na modalidade convite, que envolvam recursos federais, não deve ser permitida a participação, exclusivamente, de firmas que tenham sócios em comum ou em que haja relação de parentesco entre eles, por constituir afronta aos princípios insculpidos no art. 3º da Lei 8.666/1993, em especial os da competitividade, da isonomia, da impessoalidade, da moralidade e da probidade administrativa (Acórdão 1.546/2012-TCU-Plenário).

96. O objetivo dessa extensa enumeração de acórdãos é demonstrar a existência de firme jurisprudência desta Corte considerando ilegal a participação simultânea, nos mesmos itens de uma licitação, de empresas com sócios em comum, uma vez que tal situação resulta em prejuízo à competição e à violação aos princípios da moralidade, da igualdade e da probidade administrativa, insculpidos no art. 3º da Lei 8.666/1993.

97. A preocupação com a possibilidade de afronta aos citados princípios se evidencia na própria Lei das Licitações, quando trata da participação de consórcios de empresas. O inciso IV do art. 33 da lei proíbe que uma mesma empresa participe de mais de um consórcio numa mesma licitação. Na acepção de Marçal Justen Filho (*in* Comentários à lei das licitações e contratos administrativos. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 484), 'a vedação deriva de ser incompatível com os princípios da competitividade e da moralidade que uma mesma sociedade compita contra si mesma'.

98. Nesse passo, questiona-se se não seria maior a afronta a esses princípios quando se trata de empresas coligadas participando de um mesmo item de pregão – como se caracteriza um dos casos analisados nesta intrução, na qual uma empresa é detentora de 100% do capital social de outra.

99. O mencionado doutrinador (*in* Comentários à lei das licitações e contratos administrativos. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 486), ao versar sobre essa questão, cita jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (MS 25.591 MC/DF, rel Min. Gilmar Mendes), da qual se extraiu o seguinte excerto a respeito do tema, no qual o efeito danoso dessa situação é abordado:

Por outro lado, Egon Bockmann Moreira, em artigo recente, analisando especificamente a questão, afirma: 'Nesse caso, em vista da previsão do inciso IV do art. 33 parece-nos impossível que empresas que desfrutam de uma integração vertical subordinante participem numa mesma licitação através da formulação de propostas diversas. O titular do poder de controle (a holding) não concorre com a empresa controlada. Ao contrário: esta se subordina aos desígnios daquele. Acentua-se a falha de mercado conhecida como 'assimetria de informações': a dificuldade de a Administração (e demais licitantes) terem acesso fidedigno não só aos dados das concorrentes, mas em especial às informações internas ao relacionamento entre holding e controladas. O que envolve a definição das propostas e o porquê da competição entre duas empresas de um mesmo grupo econômico (o que multiplica os custos internos à participação numa mesma licitação). Ora, uma empresa controladora tem um conhecimento profundo das atividades da controlada, etapas de produção e estrutura dos custos – ao mesmo tempo em que a Administração e demais licitantes não dispõem dessas informações: subordinam-se aos limites da proposta. Portanto, desde logo se desenha o vício de compartilhamento de informações entre licitantes. Assim, e quando menos, é próximo do impossível que não ocorra troca de informações entre holding e controlada. O que importa violação do art. 94 da Lei das Licitações: onde está a garantia do sigilo da proposta feita por uma empresa controlada em face da controladora?' (Revista dos Tribunais, ano 94, vol. 833, mar. 2005, p. 21).

100. Em outro âmbito, os modelos de documentos para licitações, disponíveis do sítio da Advocacia Geral da União (AGU), parecem se alinhar com os entendimentos consignados nos parágrafos precedentes.

101. No subitem Modelos de Licitações e Contratos, do item Pareceres, Súmulas e Orientações, disponível na página da AGU na internet (http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=244392&ordenacao=3&id_site=12542). Acesso em 10/12/2013), a lista de verificação de procedimentos da fase interna do pregão eletrônico contém quesitos tais como a verificação quanto à utilização do modelo de edital de pregão

eletrônico (peça 382) disponibilizado pelo órgão, e se eventuais alterações foram destacadas no texto, e, se necessário, explicadas (peça 383, p. 2).

102. No referido sítio, a AGU esclarece sobre o caráter obrigatório da utilização dessa lista de verificação, e sobre a necessidade de justificação para pontos que ocasionalmente não estejam em conformidade com a mesma (grifou-se):

A presente lista de verificação constitui-se em diretriz única e organizada, para viabilizar de forma racional e eficiente a contratação que se pretende realizar, quer para a assessoria jurídica, quer para a Administração, na generalidade dos casos. Circunstâncias eventualmente aqui não previstas, ou mesmo, a própria ausência da lista de verificação nos autos, não conduz a não aprovação da minuta, ex vi da obrigação contida no parágrafo único, do artigo 38, da Lei nº 8.666/93.

Outrossim, pontos ocasionalmente em não conformidade com a lista de verificação deverão vir acompanhados da devida motivação (art. 50, da Lei nº 9.784/99).

103. Assim, versando a respeito da participação simultânea de sócios em licitações, o item 4.2.6 do modelo de edital para pregão eletrônico, recomendado pela AGU, veda a participação no certame de 'entidades empresariais controladoras, coligadas ou subsidiárias entre si' (peça 382, p. 3).

104. Dessa forma, a análise sistemática do conteúdo desses dois documentos de utilização recomendada pela AGU – o modelo de lista de verificação e o modelo de edital para pregão eletrônico – leva à conclusão de que a regra neles consubstanciada pelo órgão responsável pelas atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo é a vedação da participação de empresas controladoras, coligadas ou subsidiárias entre si. Caso o gestor entenda que deva ser de forma diversa, retirando do edital o referido dispositivo impeditivo, deve explicar a alteração, conforme sugere o quesito a respeito, constante da lista de verificação (peça 383).

105. Registre-se, para ilustrar a efetividade dos citados formulários da AGU, que foi identificada situação na qual eles integraram a orientação 2/2012/PF-FUA/PGF/AGU, de 4/6/2012, dirigida pela Procuradoria Federal junto à Fundação Universidade do Amazonas a esta entidade (peça 341, p. 3-5).

VIII. Das responsabilidades do pregoeiro

106. O Anexo I do Decreto 3.555/2000, que aprova o regulamento do pregão, enumera em seu art. 9º algumas atribuições do pregoeiro (grifou-se):

Art. 9º As atribuições do pregoeiro incluem:

I - o credenciamento dos interessados;

II - o recebimento dos envelopes das propostas de preços e da documentação de habilitação;

III - a abertura dos envelopes das propostas de preços, o seu exame e a classificação dos proponentes;

IV - a condução dos procedimentos relativos aos lances e à escolha da proposta ou do lance de menor preço;

V - a adjudicação da proposta de menor preço;

VI - a elaboração de ata;

VII - a condução dos trabalhos da equipe de apoio;

VIII - o recebimento, o exame e a decisão sobre recursos; e

IX - o encaminhamento do processo devidamente instruído, após a adjudicação, à autoridade superior, visando a homologação e a contratação.

107. O art. 3º, inciso IV, da Lei 10.520/2002, que instituiu o pregão, dispõe que (grifou-se):

IV - a autoridade competente designará, dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, o pregoeiro e respectiva equipe de apoio, cuja atribuição inclui, dentre outras, o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor.

108. O Decreto 5.450/2005, que regulamenta o pregão, na forma eletrônica, traz as seguintes disposições a respeito das atribuições do pregoeiro (grifou-se):

Art. 11. Caberá ao pregoeiro, em especial:

- I - coordenar o processo licitatório;*
- II - receber, examinar e decidir as impugnações e consultas ao edital, apoiado pelo setor responsável pela sua elaboração;*
- III - conduzir a sessão pública na internet;*
- IV - verificar a conformidade da proposta com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório;*
- V - dirigir a etapa de lances;*
- VI - verificar e julgar as condições de habilitação;*
- VII - receber, examinar e decidir os recursos, encaminhando à autoridade competente quando mantiver sua decisão;*
- VIII - indicar o vencedor do certame;*
- IX - adjudicar o objeto, quando não houver recurso;*
- X - conduzir os trabalhos da equipe de apoio; e*
- XI - encaminhar o processo devidamente instruído à autoridade superior e propor a homologação.*

109. Verifica-se, pelo uso da palavra ‘incluem’, no *caput* do art. 9º do Anexo I do Decreto 3.555/2000, da expressão ‘dentre outras’, no inciso IV do art. 3º da Lei 10.520/2002, e da expressão ‘em especial’, no *caput* do art. 11 do Decreto 5.450/2005, que as atribuições do pregoeiro não se restringem àquelas enumeradas nesses dispositivos.

110. Assim, embora a adoção de providências destinadas a punir licitantes infratores não conste expressamente das atribuições de pregoeiro, deduz-se que isto também é de sua competência, pelo fato de que ele é o responsável pela condução e coordenação do certame, conforme deixa claro, por exemplo, o inciso I do art. 11 do Decreto 5.450/2005.

111. Nesse sentido, assevera Marçal Justem Filho (*in* Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 6. ed. São Paulo: Dialética. p. 95) que ‘No pregão, as atividades administrativas de condução do certame são exercitadas por um único indivíduo [o pregoeiro], diversamente do que se passa nas modalidades da Lei 8.666/1993’.

112. Ainda, de acordo com Jair Eduardo Santana (*in* Pregão presencial e eletrônico: manual de implantação, operacionalização e controle. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 135), ‘ele [o pregoeiro] é responsável pelo cumprimento da legislação e das regras estabelecidas no edital na etapa externa, pela condução e pela boa orientação dos trabalhos da equipe de apoio’.

113. Dessa forma, o pregoeiro, no exercício de suas atribuições, atua como guardião da Lei do Pregão e correlatas, devendo agir de forma a sanear eventuais irregularidades que se verifiquem. Do contrário, corre-se o risco de que a legislação se torne ‘letra morta’.

114. Considerando, portanto, que o pregoeiro é responsável pela condução do pregão na sua etapa externa, devendo zelar pelo cumprimento da legislação e do edital do certame, conclui-se que cabe a ele tratar eventuais irregularidades que se verifiquem, dentre elas as transgressões previstas no art. 7º da Lei 10.520/2002, dando o encaminhamento necessário para sanear o problema, qual seja, a instauração do processo administrativo para apurar as responsabilidades dos licitantes

IX. Das responsabilidades da autoridade que homologa o pregão

115. O art. 27 do Decreto 5.450/2005 dispõe que ‘decididos os recursos e constatada a regularidade dos atos praticados, a autoridade competente adjudicará o objeto e homologará o procedimento licitatório’ (grifou-se).

116. Dessa forma, entende-se que cabe a essa autoridade, como última instância de controle interno administrativo do processo licitatório, assegurar que todos os atos destinados a dar cumprimento à legislação e aos editais dos pregões houvessem se realizado antes que homologasse os certames.

117. A esse respeito, Marçal Justem Filho (*in* Comentários à lei das licitações e contratos administrativos. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 505) afirma que ‘A adjudicação e a homologação são atos terminais do procedimento licitatório, através dos quais é verificado o cumprimento das regras devidas e confirmada a conveniência da contratação’.

118. No mesmo sentido, Hely Lopes Meirelles (*in* Direito Administrativo Brasileiro. 34. ed. São Paulo: Malheiros. p. 312) assevera que ‘Feita a homologação e determinada a adjudicação, a respectiva autoridade passa a responder por todos os efeitos e consequências da licitação’, aduzindo que ‘com a homologação, ocorre a superação da decisão inferior pela superior e, conseqüentemente, a elevação da instância administrativa’.

119. Dessa forma, a autoridade que homologa o pregão pode ser responsabilizada juntamente com o pregoeiro nos casos em que ele pratique algum ato irregular, como, no caso, a omissão em dar cumprimento ao art. 7º da Lei 10.520/2002.

120. Esses entendimentos coadunam-se com recente julgado desta Corte, no qual o Ministro Relator acolheu a seguinte análise realizada pela unidade técnica (Acórdão 3.785/2013-TCU-Segunda Câmara):

‘25. A homologação de procedimento licitatório é ato administrativo que conserva o condão de ratificar todos os atos pretéritos praticados, assumindo a responsabilidade integral a autoridade signatária. É o entendimento reiterado e remansoso da jurisprudência do Tribunal de Contas da União (Acórdãos 113/1999, 681/2005, 1.851/2005, 509/2005 e 137/2010, todos do Plenário; 1685/2007 e 3.787/2012, ambos da Segunda Câmara). Tampouco pode socorrer à defesa argumentos de excesso de atribuições e de trabalho que inviabilizem o exame acurado de cada processo que lhe seja submetido para esse mister. Tendo liberdade relativa para montar suas equipes de trabalho, supõe-se serem de sua confiança os subordinados colaboradores, cujas falhas são absorvidas sob sua responsabilidade, por culpa in eligendo. Na matéria em comento, sendo processo cuja remessa à Procuradoria Jurídica havia sido comunicada a um nível abaixo da linha hierárquica (a Diretoria Administrativa do hospital), muito mais atenção deveria ser-lhe devotada, especialmente porque as irregularidades seriam facilmente detectadas a partir da análise da ata do pregão, isoladamente, o que abre ensanchas para a caracterização da culpa in vigilando’

121. Em face do exposto, as autoridades que homologaram os pregões selecionados nesta fiscalização estão sendo ouvidas em audiência, juntamente com os respectivos pregoeiros, por não terem adotado providências com vistas à instauração de processo administrativo para apurar as condutas de empresas desclassificadas nesses pregões, condutas essas, em princípio, tipificadas como infrações na Lei 10.520/2002, art. 7º.

122. Cabe esclarecer que o motivo do questionamento não é a homologação do certame, mas sim a não adoção de providências saneadoras – punição de possíveis licitantes infratores – durante o curso do procedimento licitatório e previamente à homologação.

X. Da orientação decorrente do item 9.2.1.1 do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário

123. O Departamento de Logística e Serviços Gerais da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (DLSG/SLTI), do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MP), informou que ‘expediu orientação por meio de ofício aos Subsecretários de Planejamento, Orçamento e Administração (Ofício-Circular 23/DLSG/SLTI-MP, de 25/8/2011) e ‘Comunica’, em 29/8/2011, a todas as unidades do Siasg’ (peça 10 – Volume Digitalizado, p. 15-23, do TC 011.643/2010-2; grifou-se), dando conta do teor do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário, mais especificamente dos subitens 9.2.1, 9.2.2, 9.2.8 e 9.3.5.

124. A orientação proveniente do subitem 9.2.1.1 do citado acórdão, sobre a obrigatoriedade de autuação de processos administrativos contra as empresas que praticarem atos ilegais previstos no art. 7º da Lei 10.520/2002, constou de forma bastante clara do item 2, alínea ‘a’, da referida mensagem (peça 67):

Emissora: 200999 – DLSG/SIASG/DF

Assunto: Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário

Texto: Informamos que o Tribunal de Contas da União – TCU, por meio do acórdão acima mencionado, encaminhou relatório a esta Secretaria no qual determinou e recomendou várias iniciativas relacionadas a orientações de usuários e melhoria nos sistemas Siasg e Comprasnet, resultantes de auditoria realizada nesses sistemas.

2. No tocante a orientações a usuários dos sistemas, consta do Acórdão (subitens 9.2.1, 9.2.2, 9.2.8 e 9.3.5), determinação à SLTI/MP para orientar os gestores dos órgãos integrantes do Sisg:

a) a autuarem processos administrativos contra as empresas que praticarem atos ilegais previstos no art. 7º da Lei 10.520/2002, alertando-os de que a não autuação sem justificativa dos referidos processos poderá ensejar a aplicação de sanções, conforme previsão do art. 82 da Lei 8.666/1993, bem como representação por parte do Tribunal de Contas da União, com fulcro no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal c/c o art. 1º, inciso VIII, da Lei 8.443/1992;

125. Cabe lembrar que o Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais (Siasg), instituído pelo art. 7º do Decreto 1.094/1994, destina-se à informatização e operacionalização do Sistema de Serviços Gerais (Sisg), integrando os órgãos da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional. Nele, são realizadas as operações das compras governamentais dos órgãos integrantes do Sisg, o que inclui a divulgação e realização das licitações, por meio do sistema Comprasnet, o portal de compras do Governo Federal.

126. O sistema Comunica, por meio do qual foi enviada a citada mensagem, trata-se de subsistema do Siasg, e, conforme dispõe o art. 11 da Instrução Normativa SLTI/MP 2/2011, 'deve ser utilizado para a comunicação entre o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão com as Uasg e para a emissão de orientações, informações, solicitações e atualizações de assuntos referentes à operacionalização do Sistema Siasg e legislação pertinente' (grifou-se).

127. Verifica-se, portanto, a importante função que formalmente foi atribuída ao sistema Comunica, institucionalizando-o na Administração Pública como canal para a transmissão de orientações e atualizações sobre assuntos do sistema Siasg e legislação pertinente. Assim, os servidores que lidam com serviços abrangidos pelo sistema Siasg não podem se furtar à obrigação de acompanhar sistematicamente as mensagens por ele veiculadas.

128. Por essa razão, entende-se que, em tese, à semelhança de não se poder alegar desconhecimento da lei para eximir-se de seu cumprimento, não deve merecer acolhida a alegação de que não se teve ciência de mensagem veiculada por intermédio do sistema Comunica para justificar o seu não cumprimento.

129. A propósito, depreende-se da análise do Manual do Usuário do sistema Comunica, constante do sítio <http://www.comprasnet.gov.br/publicacoes/manuais/Comunica.PDF> (acesso em 5/1/2014), que é de cinco dias úteis o prazo máximo que uma mensagem desse sistema fica disponível (peça 384, p. 13-14):

O usuário sempre que entrar no Sistema SIASG, após a digitação de seu CPF e sua senha pessoal, independente em qual base estiver acessando (Produção ou Treinamento), o Sistema automaticamente demonstrará as mensagens que foram enviadas para a sua Unidade.

Para se consultar Mensagens Recebidas de outras UASG, há necessidade de se assinalar quais que se deseja consultar. Podendo ainda, simultaneamente, consultar todas as mensagens de uma tela, informando 'X' em todos os assuntos.

Escolhidas as mensagens, as mesmas serão apresentadas e após a exibição de cada uma, o sistema solicitará a confirmação do recebimento, podendo ser confirmado ou não, de acordo com a necessidade.

Caso seja confirmado o recebimento, o sistema não mais apresentará esta mensagem, visto que o mesmo o apagará do banco de dados.

Não sendo confirmado, esta será apresentada na lista de mensagem durante 05 dias úteis, a contar da data de sua emissão, sendo apagada automaticamente após este prazo. (grifou-se)

130. Considerando, porém, a volatilidade da mensagem, que é apagada automaticamente após cinco dias úteis de sua publicação, independentemente de o servidor tê-la lido, entende-se que deve ser relativizado o pressuposto de ciência obrigatória.

131. Em face do exposto, propõe-se a utilização dos seguintes fundamentos para balizar as análises das razões de justificativa que envolverem a questão da divulgação da orientação decorrente do item 9.2.1.1 do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário:

131.1 Considerando que, em 25/8/2011, por meio do Ofício-Circular 23/DLSG/SLTI-MP, a aludida orientação emanada do TCU foi transmitida aos Subsecretários de Planejamento, Orçamento e Administração.

131.2 Considerando que, em 29/8/2011, a citada orientação também foi transmitida por intermédio do sistema Comunica a todas as unidades do Siasg.

131.3 Considerando que a transmissão de orientações e atualizações sobre assuntos do sistema Siasg e legislação pertinente trata-se de função formalmente atribuída ao sistema Comunica (parágrafos 126-127), de forma que são obrigatórios o acompanhamento sistemático e a ciência das mensagens divulgadas por seu intermédio por servidores que lidam com serviços providos por esse sistema.

131.4 Considerando que a mensagem transmitida por meio do sistema Comunica fica disponível por cinco dias úteis após a sua publicação (parágrafo 129), pressupõe-se que os servidores que lidam com serviços abrangidos pelo sistema Siasg tiveram ciência dela (parágrafos 127-128), exceto quando comprovarem, *in casu*, que estiveram impossibilitados de acessar a mensagem no período em que ela ficou disponível no sistema (parágrafo 130).

132. Em face das condições retromencionadas (subparágrafos 131.1-131.4), é forçoso considerar que os pregoeiros e autoridades que homologaram os pregões, ouvidos em audiência nesta fiscalização, ficaram cientes da orientação decorrente do item 9.2.1.1 do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário, veiculada por meio de Ofício-Circular e do sistema Comunica, exceto quando lograrem comprovar o contrário nestes autos.

XI. Da prevalência das decisões do TCU relativas à aplicação de normas gerais de licitação

133. O enunciado 222 da Súmula de Jurisprudência do TCU dispõe, *in verbis*, que ‘As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios’.

134. Nesse sentido, ao deliberar sobre representação acerca de possíveis irregularidades na condução de pregão eletrônico, esta Corte de Contas decidiu que ‘Constitui irregularidade a inobservância, pelos administradores de órgãos e entidades jurisdicionados, dos entendimentos firmados pelo Tribunal de Contas da União, em especial na área de licitações’ (Acórdão 3.104/2013-TCU-Plenário).

135. É forçoso concluir, portanto, que, uma vez que o TCU firmou entendimento a respeito da aplicação do art. 7º da Lei 10.520/2002, conforme consignado no item 9.2.1.1 do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário, tal decisão deve ser acatada pelos administradores de órgãos e entidades jurisdicionados, sob pena de incidência em irregularidade passível de punição, conforme previsto na própria decisão sob comento.

136. Da mesma forma, outras decisões deste Tribunal a respeito de normas gerais de licitação, tais como a que interpreta o conjunto de irregularidades previsto no art. 7º da Lei 10.520/2002, constante do Acórdão 1.280/2007-TCU-Plenário (parágrafo 34), são de aplicação compulsória pelos mencionados gestores.

137. Registre-se, ainda, o Acórdão 442/2014-TCU-Plenário, que dispôs sobre a prevalência dos acórdãos da Corte de Contas sobre as orientações normativas de outros órgãos da Administração Pública Federal:

Considerando as competências constitucionais conferidas ao Congresso Nacional, em sede de controle externo, exercidas com o auxílio do Tribunal de Contas da União, os acórdãos da Corte de Contas têm prevalência sobre as orientações normativas de outros órgãos da Administração Pública Federal, inclusive sobre as do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

XII. Do prejuízo à Administração

138. A omissão dos pregoeiros em dar cumprimento à previsão de punição contida no art. 7º da Lei 10.520/2002 pode estar contribuindo de maneira marcante para a consolidação do sentimento de impunidade por parte das empresas que se comportam de forma irregular nos pregões.

139. Essa redução na expectativa de controle, derivada da impunidade dos participantes dos pregões que incorrem em comportamento irregular, favorece o estabelecimento de um cenário no qual a indolência e a negligência fornecem terreno propício à desonestidade, ao conluio e à fraude, os quais embutem riscos e, quiçá, grandes prejuízos à Administração.

140. Além disso, os acréscimos de despesas administrativas, gerados por retrabalho e retardamento na conclusão do processo licitatório, em função dos comportamentos condenados pela citada norma, geram ineficiência na execução dos processos e, em última instância, causam prejuízo ao erário.

141. Outro fator que possivelmente pode resultar em dano ao erário é a diferença entre o preço da(s) proposta(s) desclassificada(s) e o da que obteve a adjudicação, especialmente quando o valor ofertado pelo primeiro classificado foi muito baixo ou inexequível. Em tese, os demais competidores, ao se depararem com uma proposta que não têm condições de superar, se sentem desestimulados a continuar na disputa, o que faz com que a redução dos preços proporcionados naturalmente pela competição cesse prematuramente durante o procedimento de lances.

AUDIÊNCIAS

142. Nesta seção, procede-se à análise das razões de justificativa apresentadas pelos pregoeiros e autoridades responsáveis pela homologação dos pregões.

I. Alvina Costa Messias

(CPF 691.169.381-00, pregoeira do Ministério das Relações Exteriores – Comitê Nacional de Organização (CNO) Rio+20 – à época dos fatos relatados)

143. O Ministério das Relações Exteriores (MRE) realizou dezesseis pregões eletrônicos sob a responsabilidade da pregoeira, Sra. Alvina Costa Messias, entre 1º/1/2012 e 21/6/2012, dos quais, em oito, foram identificadas dez propostas recusadas, distribuídas em dez itens, totalizando R\$ 57.242.868,99 (peça 252, p. 16, item 70).

144. Em nenhum dos casos foi aberto processo administrativo para punição das empresas, conforme determina o art. 7º da Lei 10.520/2002, com agravante de que houve orientação acerca da obrigatoriedade de tal procedimento por meio da mensagem 068021, de 29/8/2011, do sistema Comunica (peça 67), que deu cumprimento ao item 9.2.1.1 do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário (peça 252, p. 16, item 71).

145. Em face disso, por meio do Ofício 211/2013-TCU/Sefti (peça 257), foi promovida a audiência da Sra. Alvina para que apresentasse razões de justificativa sobre a seguinte conduta:

quando no exercício do papel de pregoeira do Ministério das Relações Exteriores – Comitê Nacional de Organização (CNO) Rio+20, não adotou providências com vistas à instauração de processo administrativo para apurar as condutas das empresas constantes no Anexo I, que foram desclassificadas por não honrarem suas propostas nos itens de pregão ali indicados, condutas essas em princípio tipificadas como infrações previstas na Lei 10.520/2002, art. 7º, o que afronta o previsto na Lei 8.112/1990, art. 116, inciso III c/c Lei 10.520/2002, art. 9º e Lei 8.666/1993, art. 82, tendo como agravante o fato de ter sido alertada para essa obrigação por meio do Ofício-Circular 23/DLSG/SLTI-MP, de 25/8/2011, parágrafo 2º, alínea 'a' (ofício encaminhado por meio da mensagem 068021 do sistema Comunica, enviada em 29/8/2011).

146. A Sra. Alvina apresentou sua defesa por meio de correspondência de 31/7/2013 (peças 335 e 336), cujos argumentos são expostos e analisados a seguir.

I.1. Análise das razões de justificativa

Argumento 1 – Não teria tomado conhecimento das orientações emanadas do TCU

147. A responsável informa que, quando foi chamada para atuar no Brasil nas funções de pregoeira para a Conferência Internacional Rio+20, estava exercendo função diversa no exterior, no Consulado-Geral do Brasil em Córdoba, Argentina. Esclarece que, uma vez que não são realizadas licitações por meio de pregões eletrônicos no exterior, não havia acesso às informações contidas no sistema Comunica, o que a possibilitaria ter tomado conhecimento da orientação proveniente do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário (peça 335, p. 3, § 2º).

148. Anexou cópia do Diário Oficial da União que publica a Portaria 142, de 24/2/2012, da Secretaria-Geral das Relações Exteriores, do MRE, por meio da qual foi designada pregoeira do Ministério das Relações Exteriores – Comitê Nacional de Organização (CNO) Rio+20 (peça 335, p. 7).

Análise do argumento 1

149. Conforme documento apresentado, a defendente foi designada pregoeira da unidade em questão no dia 24/2/2012, e a mensagem 068021 do sistema Comunica foi veiculada em 29/8/2011.

150. Considerando que as orientações desta Corte foram divulgadas por intermédio de mensagem do sistema Comunica seis meses antes da nomeação da servidora para as funções de pregoeira, e o breve lapso de tempo que essas mensagens ficam disponíveis (conforme exposto nos parágrafos 129-130 desta instrução), bem como o fato que a servidora exercia, à época, atribuições diferentes das de pregoeiro em unidade consular em outro país, entende-se que não é possível exigir seu conhecimento de tal mensagem.

151. Por isso, tendo em vista que a justificante comprovou a existência de situação que a impossibilitaria de ter ciência da mensagem 068021 do sistema Comunica, o Argumento 1 merece ser acolhido.

Argumento 2 – Teriam sido instaurados os processos administrativos

152. A defendente informa que foram abertos processos administrativos destinados à análise de penalização de licitantes desclassificados. Com relação ao item 3 do Pregão 1/2012, destinado à contratação de serviços de locação de veículo, teria sido instaurado o processo 09013.000221/2013-11 (peça 335, p. 3, § 3º). Quanto ao item 1 do Pregão 4/2012, para a contratação de serviços de locação de sistemas de conferência, teria sido instaurado o processo 09013.000218/2013-12 (peça 335, p. 4, § 5º).

Análise do argumento 2

153. De antemão, cabe esclarecer o possível equívoco sobre a numeração dos processos administrativos citados pela defendente. Conforme cópia de páginas desses processos, deduz-se que as análises de penalização decorrentes dos dois pregões mencionados – item 3, do Pregão 1/2012 e itens 1, 2 e 3, do Pregão 4/2012 – deram-se no âmbito do mesmo processo administrativo: o de número 09013.000218/2013-12 (peça 335, p. 8-42; p. 128-230; peça 336, p. 1-28).

154. Além disso, embora a responsável informe a abertura de processo administrativo para tratar da desclassificação ocorrida somente no item 1 do Pregão 4/2012, não fazendo referência à instauração de processo em face das desclassificações ocorridas nos itens 2 e 3 do mesmo pregão, a Notificação MRE/CNO 2/2013, dirigida à empresa Premier Eventos Ltda., questiona a sua desclassificação nos três itens (peça 335, p. 129).

155. Quanto ao mérito verifica-se que, dos dez itens de pregão questionados, a defendente informa que foram instaurados processos administrativos em somente quatro deles (um item do Pregão 1/2012 e três itens do Pregão 4/2012). E nesses quatro, embora não conste dos autos a data em que foram instaurados, pode-se deduzir, com base na data das notificações às empresas infratoras – 19/7/2013 (peça 335, p. 10) e 22/7/2013 (peça 335, p. 131) –, que isto se deu somente após a audiência da pregoeira, ocorrida em 27/6/2013 (peça 257), ou seja, mais de um ano após a homologação dos certames.

156. Sendo assim, tendo em vista que os dois processos administrativos apresentados só foram instaurados após a audiência da pregoeira e nos outros seis itens questionados não houve a autuação de processo para punição das licitantes inadimplentes, o Argumento 2 deve ser rejeitado.

Argumento 3 – Os licitantes não desistiram, mas sim foram inabilitados, o que não constituiria ilícito

157. Com relação ao item 1 do Pregão 3/2012, a responsável alega que ‘os licitantes não desistiram de suas propostas, mas foram inabilitados no julgamento da documentação’ (peça 335, p. 4, § 4º).

158. Quanto aos itens 2 e 3 do Pregão 4/2012, a responsável informa que a empresa que apresentou o menor lance foi inabilitada após o julgamento da documentação e recursos (peça 335, p. 5, § 5º).

159. De igual forma, a defendente informa que as empresas que ofertaram o menor lance no item 1 dos Pregões 7/2012, 9/2012 e 16/2012 foram inabilitadas no julgamento da documentação (peça 335, p. 5, § 6º; p. 5, § 7º; p. 6, § 10, respectivamente), sem, contudo, fazer referência a abertura de processo administrativo destinado a punir essas empresas.

Análise do argumento 3

160. Os itens 2 e 3 do Pregão 4/2012, conforme já esclarecido (parágrafo 154), foram incluídos na Notificação MRE/CNO 002/2013, pela qual o MRE interpelou o licitante, em que pese a justificativa ora apresentada pela requerente.

161. No tocante aos demais itens, os quais, em essência, não diferem dos anteriores no tocante ao motivo da desclassificação – não atendimento de alguma condição editalícia, registre-se que o disposto no art. 7º da Lei 10.520/2002 não requer a ‘desistência’ do licitante para que ele esteja sujeito às sanções ali previstas, mas tão somente que ele tenha incidido em algum dos comportamentos tipificados. Dentre eles, está ‘comportar-se de modo inidôneo’, o que poderia se aplicar às empresas inabilitadas por não atenderem aos requisitos do edital, tendo em vista que ao ingressarem no certame firmaram declaração de que atendiam a tais requisitos.

162. Dessa forma, caberia à pregoeira adotar providências para a instauração de processo administrativo com vistas à eventual punição dos licitantes infratores.

163. A título de ilustração, é importante ressaltar que a dinâmica com que transcorreu o Pregão 16/2012 mostra claramente uma situação típica de infração, na qual seria de fundamental importância a pronta atuação do pregoeiro, com vistas a apenar a empresa que ofertou o melhor lance, mas foi desclassificada por não ter cumprido as condições do edital.

164. Conforme ata do Pregão 16/2012 promovido pelo MRE (Uasg. 240072; peça 385), o certame tinha por objetivo a contratação de seguro de responsabilidade civil para a cobertura da Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (Rio +20). O valor do objeto foi estimado em R\$ 5.449.198,00 e três empresas apresentaram propostas: a Caixa Seguradora S.A. (CNPJ 34.020.354/0001-10), pelo valor de R\$ 5.300.300,00; a Mapfre Vera Cruz Seguradora S.A. (CNPJ 61.074.175/0001-38), pelo valor de R\$ 5.449.100,00; a Soluction Logística e Eventos Ltda. (CNPJ 12.941.636/0001-17), pelo valor de R\$ 10.000.000,00.

165. A empresa Soluction Logística e Eventos, cuja proposta de R\$ 10.000.000,00 foi manifestamente superior ao valor máximo aceitável naquele pregão – R\$ 5.449.198,00 –, conforme estipulado no item 9.2.2.1 do edital (peça 336, p. 188), absteve-se de participar da fase de lances.

166. A empresa Caixa Seguradora S.A., que ganhou a disputa com o lance de R\$ 3.400.000,00, foi inabilitada pelo pregoeiro por ter apresentado Certidão Trabalhista com débito (peça 336, p. 174), portanto em desacordo com o item 10.3 do edital (peça 336, p. 190).

167. Assim ocorrendo, o objeto foi adjudicado para o próximo classificado – a empresa Mapfre Vera Cruz Seguradora – pelo preço de R\$ 3.715.000,00, em um certame que se caracterizou pela inexistência efetiva de disputa, pois, além da vencedora, havia somente mais dois participantes, sendo que um, além de ter proposto preço inaceitável, não participou dos lances, e o outro estava inabilitado.

168. Ora, desconsiderando-se a possibilidade de que tal cenário fosse fruto de conluio para simular concorrência, seria de se esperar ação do pregoeiro, inclusive com o fito de assegurar a lisura do procedimento licitatório, em consonância com o art. 7º da Lei 10.520/2002, e com vistas à aplicação das sanções ali previstas, no sentido de dar início a processo administrativo para interpelar a empresa que apresentou o menor lance, mas foi inabilitada por descumprir o edital, em face de sua conduta de ter declarado que atendia às condições estabelecidas para o certame (peça 386), quando na verdade não atendia.

169. Contudo, a responsável assim não procedeu, omitindo-se do seu dever de dar cumprimento à Lei 10.520/2002, mais especificamente ao seu art. 7º, o que permitiu ao licitante, que potencialmente se comportara de forma inidônea – por ter firmado declaração possivelmente falsa quanto ao preenchimento das condições para participação do certame –, prosseguir incólume, se abstendo de responder formalmente pelo seu comportamento o que, em última instância, poderia vedar sua participação em outras licitações.

170. Em face do exposto, tendo em vista que as inabilitações dos licitantes decorreram de comportamentos condenados pelo art. 7º da Lei 10.520/2002, o Argumento 3 deve ser rejeitado.

Argumento 4 – Não caberia responsabilização do pregoeiro em virtude de o Pregão ter sido declarado fracassado

171. Com relação ao item 1 do Pregão 11/2012, a defendente informa que ‘aberta a sessão de lances, verificou-se a participação de apenas uma única empresa, que, contudo, não ofertou lances’. E que, por isso, e por considerar que a oferta não seria vantajosa (acima do valor máximo estipulado), ‘a pregoeira decidiu por não adjudicar o objeto licitado, declarando o Pregão fracassado’ (peça 335, p. 5, § 8º).

Análise do argumento 4

172. A explicação da responsável não condiz com os dados registrados no sistema Comprasnet, conforme se demonstra a seguir.

173. De acordo com a ata do Pregão 11/2012, realizado em 2/5/2012 (peça 336, p. 122-123), o valor estimado do objeto era R\$ 1.279.000,00, tendo comparecido uma única empresa – Premier Eventos Ltda (CNPJ 03.118.191/0001-89), com a proposta inicial de R\$ 1.500.000,00. A fase de lances foi encerrada às 10:17h, sem que a citada empresa tivesse feito algum lance. Até aí, as alegações da defendente conferem com as informações registradas na ata do pregão.

174. No entanto, após o término da fase de lances, a pregoeira emitiu mensagem pelo sistema para a empresa Premier, às 10:23h, informando-lhe de que não seria aceita proposta acima do valor estimado e solicitando que refizesse os cálculos para informar o valor final no momento da aceitação da proposta. Ato contínuo, o sistema solicitou que o fornecedor enviasse o anexo para o item licitado e, às 10:47h, o sistema informou à pregoeira que o licitante enviara o referido anexo (peça 336, p. 123).

175. De fato, consta do sistema Comprasnet o referido anexo, entregue às 10:47h (peça 387), que nada mais é do que a proposta ajustada do licitante, no valor de R\$ 1.275.000,00 (peça 388).

176. Dessa forma, às 12:18h, foi registrado o aceite da proposta (peça 336, p. 122) e, em 4/5/2012, realizada a adjudicação (peça 389), contudo, equivocadamente, pelo valor de R\$ 1.500.000,00.

177. Porém, conforme documentos acostados aos autos pela responsável, a empresa não se apresentou para fazer os testes conforme exigido no edital (peça 336, p. 124) e enviou carta, datada de 17/5/2012, realizando a desistência de sua proposta (peça 336, p. 125-128). Em consequência, em 28/5/2012, o item foi cancelado e o pregão foi declarado abandonado (peça 389).

178. Constata-se, portanto, que o motivo do fracasso do pregão foi a renúncia formal do licitante vencedor e não a falta de vantajosidade da proposta, conforme alegado pela defendente, mesmo porque o valor ofertado (R\$ 1.275.000,00) era compatível com o estimado (R\$ 1.279.000,00).

179. Isto posto, constata-se que o licitante incidiu em uma das condutas tipificadas no art. 7º da Lei 10.520/2002, a de não manter a proposta, ficando, por conseguinte, sujeito às sanções previstas na lei. Ademais, o próprio edital, no subitem 20.1.5, previa essa possibilidade (peça 336, p. 163-164).

180. Dessa forma, a responsável falhou no seu dever de instaurar o devido processo legal para a penalização do licitante infrator, afrontando a legislação em vigor e as disposições editalícias.

181. Merece ressalva, ainda, a inconsistência entre o valor da adjudicação constante do sistema Comprasnet (R\$ 1.500.000,00) e o valor o oferecido pelo licitante (R\$ 1.275.000,00), uma vez que, caso a contratação tivesse se efetivado, poderia causar um prejuízo de R\$ 225.000,00 ao erário, além de afrontar as disposições do item 9.2.1.2 do edital, que vedavam a aceitação de proposta com valor superior ao estimado pela Administração (peça 336, p. 153-154).

182. Em face do exposto, tendo em vista que foi o comportamento do licitante que deu causa ao fracasso do pregão, o Argumento 4 deve ser rejeitado.

Argumento 5 - Não caberia responsabilização do pregoeiro em virtude de o item do pregão ter sido cancelado

183. Segundo a responsável, nove empresas participaram do item 111 do Pregão 15/2012. Foram convocadas para envio de proposta seis empresas, cujos preços foram julgados incompatíveis com os estimados pela Administração. Aduz que ‘o item foi cancelado antes da adjudicação, por decisão do pregoeiro’ (peça 335, p. 6, § 9º).

Análise do argumento 5

184. Em essência, as informações prestadas pela responsável são compatíveis com aquelas constantes do sistema Comprasnet. De acordo com o consignado na ata do sistema (peça 336, p. 169-172), dez empresas participaram do item 111 do Pregão 15/2012. A Administração convocou as quatro empresas que formularam propostas com valores inferiores ao estimado, mas nenhuma atendeu ao chamado. Em decorrência, o item foi cancelado.

185. No caso, o não atendimento ao chamado da Administração pelos licitantes vencedores caracteriza forma tácita de desistência, o que faz com que se enquadrem em conduta tipificada no art. 7º da Lei 10.520/2002, a de não manter a proposta, ficando, por conseguinte, sujeitos às sanções previstas na lei. Ademais, o próprio edital, no subitem 19.1.5, previa essa possibilidade (peça 390, p. 22-23).

186. Dessa forma, a responsável falhou no seu dever legal de instaurar o devido processo legal para a penalização dos licitantes infratores, afrontando a legislação em vigor e as disposições editalícias.

187. Em face do exposto, tendo em vista que foi o comportamento irregular dos licitantes que deram causa ao cancelamento do item, o Argumento 5 deve ser rejeitado.

Argumento 6 – O justificante teria informado à instância superior sobre os processos administrativos abertos

188. A justificante informa que, não obstante a Unidade Gestora da Conferência Internacional Rio +20 tenha sido de caráter temporário e sua gestão já tenha sido aprovada pelo TCU, encaminhou, ao Coordenador Geral do evento e Ordenador de Despesas, as informações sobre os processos administrativos abertos contra as empresas citadas no Anexo I do Ofício 211/2013-TCU/Sefti (peça 257), para as providências cabíveis, nos termos da legislação vigente (peça 335, p. 6, § 11).

Análise do argumento 6

189. A justificante não fez prova de que teria encaminhado à instância superior, para as providências cabíveis, informações sobre os processos administrativos abertos contra as empresas citadas no ofício que promoveu a audiência.

190. Por essa razão, como a servidora não comprovou sua alegação nos autos, e, ainda que o tivesse feito, a providência teria se dado somente após a promoção da audiência, não é possível acolher o Argumento 6.

I.2. Conclusão

191. Os poucos processos administrativos instaurados o foram somente após a audiência (parágrafos 153-156).

192. As desclassificações das empresas licitantes no item 1, do Pregão 3/2012, itens 1, 2 e 3, do Pregão 4/2012, e item 1, dos Pregões 7/2012, 9/2012 e 16/2012, ocorreram visto que elas não atendiam às condições do edital, o que contraria, portanto, a declaração que firmaram ao ingressar no certame, de que as atendiam, o que pode configurar uma possível conduta inidônea das mesmas (parágrafos 160-170).

193. O Pregão 11/2012 foi declarado fracassado, e o item 111 do Pregão 15/2012 foi cancelado em decorrência da conduta irregular das licitantes, que apresentaram o menor lance, mas não mantiveram suas propostas (parágrafos 172-182; 184-187).

194. A defendente não comprovou que levou ao conhecimento da autoridade superior as irregularidades apontadas, mas, mesmo que o houvesse feito, a alegação não mereceria acolhida dado que o teria feito somente após a audiência (parágrafo 189-190).

195. A defendente não pode eximir-se da obrigação de conhecer as normas que regem as licitações – notadamente a Lei 10.520/2002 (Lei do Pregão) e o Decreto 5.450/2005, a partir do momento em que é designada para atuar como pregoeira. Nesse sentido, não poderia esquivar-se do dever legal de dar cumprimento ao art. 7º da Lei 10.520/2002 quando um licitante incorresse em alguma das situações irregulares nele tipificadas, como o foram as situações abordadas nesta análise.

196. Não bastasse isso, a existência, nos editais, da previsão de sanção para as condutas irregulares relacionadas no art. 7º da Lei 10.520/2002, conforme situações ilustradas na análise dos Argumentos 4 e 5, já seria suficiente para se pudesse exigir da pregoeira conduta diversa da que adotou.

197. No entanto, a justificante logrou comprovar a existência de situação que a impossibilitaria ter ciência da mensagem 068021 do sistema Comunica, que transmitiu orientação do TCU sobre as ações esperadas dos pregoeiros nos casos de infrações previstas no citado dispositivo legal (parágrafos 149-151).

198. Em face do exposto, conclui-se que a justificante conduziu-se irregularmente por não ter adotado providências com vistas à instauração de processo administrativo para apurar as possíveis condutas irregulares das empresas constantes do Anexo 2, que foram desclassificadas por não honrarem suas propostas nos itens de pregão ali indicados, sendo afastado o agravante de que teria sido previamente alertada para essa obrigação.

I.3. Proposta de encaminhamento

199. Acolher parcialmente as razões de justificativa apresentadas pela Sra. Alvina Costa Messias quanto à não adoção de providências com vistas à instauração de processo administrativo para apurar as condutas das empresas constantes do Anexo 2, que foram desclassificadas por não honrarem suas propostas nos itens de pregão ali indicados, condutas essas, em princípio, tipificadas como infrações na Lei 10.520/2002, art. 7º (parágrafo 198).

200. Aplicar multa à Sra. Alvina Costa Messias, CPF 691.169.381-00, com fulcro no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 268, inciso II, do RI/TCU, em virtude de afronta ao previsto na Lei 8.112/1990, art. 116, inciso III c/c Lei 10.520/2002, art. 9º e Lei 8.666/1993, art. 82, em face de sua omissão em dar cumprimento ao art. 7º da Lei 10.520/2002, quando da condução da licitação dos itens de pregão relacionados no Anexo 2.

II. Laudemar Gonçalves de Aguiar Neto

(CPF 627.606.027-53, Secretário do Comitê Nacional de Organização (CNO) Rio+20 à época dos fatos relatados)

201. Os fatos que deram origem à responsabilização do Sr. Laudemar Gonçalves de Aguiar Neto foram decorrentes dos mesmos pregões objeto do questionamento constante do título I anterior (parágrafos 143-144), os quais foram por ele homologados.

202. Em face disso, por meio do Ofício 212/2013-TCU/Sefti (peça 258), foi promovida a audiência do Sr. Laudemar, para que apresentasse razões de justificativa sobre a seguinte conduta:

quando no exercício do papel de Secretário do Comitê Nacional de Organização (CNO) Rio+20, à época dos fatos relatados, homologou pregões sem ter adotado providências com vistas à instauração de processo administrativo para apurar as condutas das empresas constantes no Anexo I, que foram desclassificadas por não honrarem suas propostas nos itens de pregão ali indicados, condutas essas em princípio tipificadas como infrações previstas na Lei 10.520/2002, art. 7º, o que afronta o previsto na Lei 8.112/1990, art. 116, inciso III c/c Lei 10.520/2002, art. 9º e Lei 8.666/1993, art. 82, tendo como agravante o fato de ter sido alertado para essa obrigação por meio do Ofício-Circular 23/DLSG/SLTI-MP, de 25/8/2011, parágrafo 2º, alínea 'a' (ofício encaminhado por meio da mensagem 068021 do sistema Comunica, enviada em 29/8/2011).

203. O Sr. Laudemar apresentou sua defesa por meio de correspondência de 6/8/2013 (peça 331), cujos argumentos são expostos e analisados a seguir.

II.1. Análise das razões de justificativa

Argumento 1 – Não teria tomado conhecimento das orientações do TCU

204. Segundo o justificante, as mensagens do sistema Comunica ficam disponíveis apenas por determinado período, o que, aliado ao lapso temporal entre a citada mensagem (29/8/2011) e a realização do primeiro pregão (29/3/2012), o impediu, e à pregoeira, de tomarem ciência do conteúdo do Ofício-

Circular 23/DLSG/SLTI-MP. Informa as condições peculiares que envolveram a nomeação da pregoeira, ocorrida posteriormente à divulgação da mensagem no sistema Comunica (peça 331, p. 4, § 8º-9º).

205. Reafirma que nem ele, nem a pregoeira, receberam qualquer tipo de informação ou orientação a respeito das instruções contidas no Ofício Circular 23/DLSG/SLTI-MP, sobre o qual teria sido dada publicidade apenas pelo sistema Comunica (peça 331, p. 4, § 10).

206. Para corroborar suas alegações, traz à baila trechos do Relatório de Fiscalização (peça 331, p. 5, § 11, grifo do justificante), que tratam da verificação de quais controles internos foram implantados, no âmbito do MRE, para dar cumprimento à exigência de autuação dos processos punitivos para empresas que incidem nos comportamentos irregulares tipificados no art. 7º da Lei 10.520/2002:

84. Quanto à implantação de controles internos para dar cumprimento à orientação contida no mencionado acórdão, o órgão não prestou informações a respeito.

(...)

98. Com relação à implantação de controles internos para dar cumprimento à orientação contida no citado acórdão, o MRE não respondeu à indagação a respeito feita por meio da alínea 'a' do segundo parágrafo do Ofício 576/2012-TCU/Sefti, razão pela qual se entende que os referidos controles não foram implantados no âmbito do Ministério.

207. Conclui esse argumento ponderando que, em face do exposto, 'não há que se falar em inércia dos agentes públicos frente às orientações emanadas do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário, tendo em vista a fragilidade do mecanismo utilizado para dar publicidade ao conteúdo do Ofício-Circular 23/DLSG/SLTI-MP' (peça 331, p. 5, § 12).

Análise do argumento 1

208. Inicialmente, cabe detalhar qual era a situação do justificante frente ao Comitê Nacional de Organização da Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável – CNO Rio+20.

209. O Comitê, órgão executivo vinculado ao Ministério das Relações Exteriores, foi criado pelo Decreto 7.495/2011, com o objetivo de planejar e executar as medidas necessárias à realização da Conferência Rio+20. De acordo com o art. 5º desse decreto, integravam as competências do comitê:

a gestão dos recursos e contratos afetos aos eventos oficiais realizados sob a égide da Organização das Nações Unidas e a execução das atividades referentes à administração de material, obras, transportes, patrimônio, recursos humanos, orçamentários e financeiros, à comunicação, ao protocolo, à segurança e à conservação dos imóveis e do mobiliário utilizados.

210. Em 1º/7/2011, o Sr. Laudemar foi nomeado Secretário Nacional do CNO Rio+20 (peça 391), cargo de maior hierarquia naquela entidade.

211. A par das competências precípua do cargo de Secretário Nacional do CNO Rio+20, estabelecidas no art. 8º do referido decreto, o art. 9º trazia ainda as seguintes:

Art. 9º-Compete ao Secretário Nacional do Comitê Nacional de Organização executar os atos administrativos e de gestão orçamentária, financeira e patrimonial relacionados à realização da Conferência Rio+20, podendo exercer as funções de ordenador de despesas, firmar contratos, convênios, acordos de cooperação técnica e ajustes similares.

212. Dessa forma, evidencia-se que, à época em que foi veiculado o alerta deste Tribunal a respeito da atuação exigida dos pregoeiros, em consonância com o disposto no art. 7º da Lei 10.520/2002 (29/8/2011), o justificante já se encontrava na entidade em que iriam ocorrer os pregões ora questionados, investido em função que exigia o seu conhecimento da legislação sobre licitações e das orientações correlatas, emanadas dos órgãos de controle.

213. Ademais, como exposto na fundamentação sobre essa questão (parágrafos 123-132), pressupõe-se que os pregoeiros e autoridades que homologaram os pregões, ouvidos em audiência nesta fiscalização, ficaram cientes da orientação deste Tribunal veiculada pelo sistema Comunica, exceto quando lograrem comprovar o contrário nestes autos.

214. No caso específico, o defendente não comprovou a sua impossibilidade de ter tomado ciência do teor da mensagem em questão, no período em que ela esteve disponível no sistema Comunica.

215. Considera-se, ainda, *ad argumentandum tantum*, que, mesmo que o defendente não tivesse tomado ciência da mensagem divulgada por meio do sistema Comunica, não poderia eximir-se da obrigação de conhecer as normas que regem as licitações – notadamente a Lei 10.520/2002 (Lei do Pregão) e o Decreto 5.450/2005, a partir do momento em que passou a exercer funções que incluíam, entre outras, a de ordenador de despesas.

216. Quanto à pregoeira que atuou nos referidos certames, a qual estava trabalhando fora do país e fora nomeada seis meses após a veiculação da mensagem no sistema Comunica, a sua situação particular já foi tratada na análise das razões de justificativas por ela apresentadas (parágrafos 147-151).

217. Independente disso, entende-se que a análise da responsabilidade do justificante – no que toca à não instauração dos processos administrativos destinados à aplicação de sanção às empresas desclassificadas em face de possível conduta irregular nas licitações – não deve levar em conta a questão se a pregoeira teve ou não acesso à mensagem que veiculou o alerta emitido pelo TCU a respeito do assunto. O fato que se apresenta é que o justificante, na condição de dirigente máximo da unidade gestora, não adotou as providências necessárias para que seus subordinados – no caso, a pregoeira e demais membros da área de aquisições – estivessem a par da legislação sobre licitações, e das orientações correlatas emanadas dos órgãos de controle.

218. Quanto ao argumento apresentado pelo responsável para corroborar suas alegações de que o próprio Relatório de Fiscalização consignou que o MRE não teria implantado controles internos para dar cumprimento à orientação contida na mensagem 068021 do sistema Comunica (parágrafos 206-207 retro), isso refoge à presente questão. Uma coisa é o órgão não ter implantado os controles necessários para cumprir o teor da mensagem veiculada, outra, bem distinta, é o questionamento sobre os responsáveis terem ou não tido ciência do teor da mensagem.

219. Mais uma vez, no caso, recai responsabilidade sobre o justificante, que, na qualidade de dirigente de órgão executivo vinculado ao MRE, para o qual foi remetida a referida mensagem, não adotou as medidas necessárias para implantar os controles internos visando dar cumprimento à orientação transmitida. Tanto é que, caso existissem os controles, a pregoeira do órgão, a Sra. Alvina Costa Messias, teria tido maiores chances de ser devidamente alertada para o assunto, mesmo com o interregno do prazo entre a comunicação original e o início de suas atribuições como pregoeira.

220. Em face do exposto, tendo em vista que aos usuários do sistema Siasg não cabe alegar desconhecimento de mensagens transmitidas por meio do subsistema Comunica, o Argumento 1 deve ser rejeitado.

Argumento 2 – Não teriam sido caracterizados os supostos indícios apontados como fraude

221. O defendente inicia esta argumentação reproduzindo o art. 7º da Lei 10.520/2002 (já consignado no parágrafo 19 desta instrução), grifando uma das condutas ali tipificadas – falhar ou fraudar na execução do contrato (peça 331, p. 5, § 13).

222. Transcreve entendimento firmado pela Unidade Técnica, no item 26 do Relatório de Fiscalização, sobre o que constituiria indícios de fraude a licitações, no que tange ao objeto da fiscalização (peça 331, p. 6, § 14):

- a) licitante desclassificado por não atender às condições do edital ou por não honrar sua proposta, especialmente quando tenha apresentado o menor lance;
- b) repetição da situação descrita na alínea ‘a’ retro, especialmente quando o número de reincidências for elevado;
- c) inexistência de justificativa plausível para o comportamento que levou à desclassificação, como, por exemplo, ‘apresentou proposta com preço inexecutável’, ‘não atendeu ao chamado para apresentar a documentação’ ou ‘pediu para ser desclassificado’;
- d) declaração falsa de que cumpre os requisitos de habilitação;
- e) existência de empresas com sócios em comum ou assemelhados participando de um mesmo item de determinado pregão, especialmente quando a participação societária ocorrer na empresa a qual o objeto foi adjudicado e na que foi desclassificada.

223. Cita a jurisprudência firmada por esta Corte de Contas – citadas nos parágrafos 27 e 28 do Relatório de Fiscalização (peça 252, p. 9-10) –, segundo a qual, a situação descrita na alínea ‘e’ do parágrafo 26 do mesmo relatório – empresas com sócio em comum, participando de um mesmo item da licitação – por si só configuraria fraude à licitação (peça 331, p. 6, § 15).

224. Em seguida (peça 331, p. 7, § 16), resgata a ressalva consignada no parágrafo 29 do Relatório de Fiscalização, de que, para os demais indícios elencados nas alíneas ‘a’ a ‘d’ do parágrafo 26 do citado relatório, haveria a necessidade de sua confluência para a evidenciação de fraude:

29. Com relação aos demais indícios de fraude a licitação relacionados anteriormente (parágrafo 26, alíneas ‘a’, ‘b’, ‘c’ e ‘d’), não se deve tomá-los isoladamente, mesmo que válidos e consistentes, mas a confluência deles conduz à convicção de prova indiciária de fraude.

225. Com base nos pressupostos apresentados, alega que as situações ocorridas nos pregões em apreço não se enquadrariam nas condições abordadas pela Unidade Técnica, porque não teria acontecido a confluência de qualquer dos indícios mencionados (peça 331, p. 7, § 17).

226. Em outra vertente, o responsável aborda a questão da reprovabilidade da conduta do licitante. Considera que o licitante de um pregão encontra-se em situação muito mais rigorosa que em outras modalidades de licitação, pois, em face da inversão das fases de habilitação e de lances, o licitante teria o dever objetivo de ser diligente quanto aos requisitos de participação, tendo em conta a ausência de fiscalização prévia desses requisitos por parte da Administração Pública. Entende que, sendo assim, a simples não observância pelo licitante dos requisitos para participação no pregão caracterizaria, em tese, conduta reprovável, sujeita a sanção (peça 331, p. 7, § 18-19).

227. Faz ressalva, no entanto, sobre a seguinte lição de Marçal Justen Filho (*in* Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2013. p. 242): ‘A reprovabilidade da ação ou omissão individual depende de um aspecto subjetivo, relacionado à consciência e à vontade’ (peça 331, p. 7, § 20).

228. Sob esse aspecto, salienta que julgou os episódios ocorridos nos pregões em apreço como fatos isolados, tendo em vista que não teriam denotado qualquer indício de fraude ou má fé por parte das empresas licitantes (peça 331, p. 8, § 21).

Análise do argumento 2

229. Nesse argumento, o defendente confunde a competência exclusiva do órgão licitante para aplicar as sanções decorrentes de comportamentos irregulares tipificados no art. 7º da Lei 10.520/2002, em pregões por ele promovidos, com a competência exclusiva do TCU, instituída pelo art. 46 da Lei 8.443/1992, de declarar a inidoneidade de licitante que comprovadamente fraudar licitação.

230. No primeiro caso, que deu origem à audiência do responsável, basta que o licitante incida em uma das condutas irregulares tipificadas no art. 7º da Lei 10.520/2002 para que esteja sujeito às sanções previstas no citado dispositivo. Tal normativo é claro ao requerer tão somente a existência da conduta gravosa para a consequente punição, não dispondo sobre eventual necessidade de comprovação de que o licitante agiu com a intenção de fraudar o certame para que possa vir a ser punido. Em outras palavras, basta que o licitante tenha agido com culpa, independentemente da existência de dolo.

231. No segundo caso, sobre os qual versam os trechos do Relatório de Fiscalização trazidos à luz pelo justificante, a introdução do tema no aludido relatório deixa claro a diferenciação sobre tais competências sancionadoras (peça 252, p. 8):

14. Ressalte-se que a previsão editalícia de apenação para as condutas irregulares elencadas no art. 7º da Lei 10.520/2002 e nos arts. 90, 93 e 96 da Lei 8.666/1993, embora possa ser considerada uma boa prática, não é imprescindível nem necessária para a eventual autuação de processos administrativos pelos responsáveis pela licitação, visando punir licitantes infratores, pois tais dispositivos legais são autoaplicáveis e bem conhecidos pelos gestores e pelo mercado.

15. Dessa forma, às unidades gestoras promotoras das licitações cabe a adoção de medidas preventivas e punitivas para tais comportamentos prejudiciais por parte de empresas participantes dos certames.

16. *Em outra instância de controle, o Tribunal de Contas da União, no exercício de suas atribuições constitucionais de controle externo da legalidade, legitimidade e economicidade dos atos de gestão envolvendo recursos públicos federais, deve adotar ações para coibir o comportamento aventureiro das empresas nas licitações, entre elas a declaração de inidoneidade do licitante fraudador, se verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação (art. 46 da Lei 8.443/1992).*

232. No que se refere à questão levantada pelo justificante sobre a reprovabilidade da conduta do licitante, considera-se que a análise desse aspecto deveria ter sido realizada pelo órgão no âmbito do processo administrativo destinado a apurar a responsabilidade do licitante, o qual sequer foi instaurado, com exceção dos casos apresentados pela pregoeira.

233. Em face do exposto, tendo em vista que não é necessária a caracterização de fraude e nem a confluência das condutas para a aplicação das sanções previstas no art. 7º da Lei 10.520/2002 pela unidade promotora do pregão, o Argumento 2 deve ser rejeitado.

Argumento 3 – Não havendo se caracterizado indício de fraude ou má-fé, o responsável não questionou a não abertura de processos administrativos, em face do princípio da proporcionalidade

234. O defendente alega que, não tendo sido caracterizado qualquer indício de fraude ou má fé por parte das empresas licitantes (conforme justificativas apresentadas no argumento anterior), em razão do princípio da proporcionalidade, não questionou a não abertura de processos administrativos na ocasião da homologação dos pregões (peça 331, p. 8, § 21).

235. Afirma que ‘esse é o entendimento dessa Eg. Corte de Contas, a exemplo do julgado a seguir colacionado’ (peça 331, p. 8, § 22):

(...) Quer-se dizer que os agentes administrativos, conquanto devem obediência ao prescrito no art. 7º da Lei 10.520/02, deve também interpretá-lo de modo consoante aos demais princípios jurídicos informadores da matéria, entre os quais merece destaque o da proporcionalidade. (Acórdão 653/2008-TCU-Plenário)

Análise do argumento 3

236. De plano, reitera-se a conclusão da análise do Argumento 2 (parágrafo 230), segundo a qual não é necessária a caracterização de fraude para a aplicação das sanções previstas no art. 7º da Lei 10.520/2002 pela unidade promotora do pregão.

237. Com relação ao excerto do Acórdão 653/2008-TCU-Plenário, trazido aos autos pelo responsável para justificar a não instauração de processos administrativos em decorrência da aplicação do princípio da proporcionalidade, convém analisar o citado acórdão de forma mais detida, tendo em vista que um trecho isolado, conforme apresentado, pode não representar adequadamente o entendimento a que se chegou naquele julgado.

238. O Acórdão 653/2008-TCU-Plenário trata de embargos de declaração opostos por empresa, cuja representação foi julgada improcedente pelo Acórdão 1.280/2007-TCU-Plenário. Na representação, a empresa questionava multa e penalidade de impedimento de licitar e contratar com a Administração Pública Federal pelo período de dois anos, que lhe foram aplicadas pela Procuradoria da República em Minas Gerais, com fulcro no art. 7º da Lei 10.520/2002, em função de sua desistência após ser declarada vencedora do certame promovido pelo órgão. O Plenário considerou a representação improcedente por não ter vislumbrado irregularidades no bojo do referido procedimento administrativo.

239. Um dos itens alegados nos embargos de declaração foi que o Acórdão 1.280/2007-TCU-Plenário não teria apreciado a questão referente à restrição da penalidade ao órgão aplicador, conforme defendido na representação. O excerto citado pelo ora justificante consta do Voto do Ministro Relator Benjamin Zymler, ao enfrentar essa questão no âmbito da análise dos embargos de declaração, de forma a suprir a omissão apontada.

240. Na oportunidade, o Ministro discorreu sobre o âmbito da abrangência do impedimento de licitar, comparando as disposições a respeito do assunto, na Lei 8.666/1993 e na Lei 10.520/2002, conforme se segue, *in verbis*:

A respeito, observo que a Lei 8.666/93 trata de diversas modalidades de licitações, sendo que algumas podem ser consideradas mais complexas que as do pregão e outras não. Em relação a todas essas modalidades, o legislador previu diversas espécies de sanções, sendo a do inciso IV do art. 87 da Lei 8.666/93 (declaração de inidoneidade) de gravame compatível com aquela da lei do pregão.

Não há contudo um prévio estabelecimento de nexos entre sanções de menor gravidade com modalidades de licitações menos complexas. É possível, por exemplo, dependendo do caso concreto, que um contratado mediante licitação na modalidade convite seja declarado inidôneo para contratar com a Administração Pública. Ou seja, da comparação entre as duas leis em questão não é permitido o entendimento de que, pelo fato de ser o pregão um procedimento mais simplificado, o art. 7º da Lei 10.520/02 abrangeria somente o órgão aplicador da sanção. É certo, poderá haver situações que, à luz da Lei 8.666/93, mereceriam, por exemplo, somente uma advertência, enquanto pela lei do pregão a penalidade prevista seria o impedimento de licitar ou contratar com a Administração.

241. Neste ponto, o Ministro Relator cita a doutrina – na qual se insere o excerto apresentado pelo ora justificante (grifou-se) – como uma possível solução para a questão suscitada:

A solução para tal questão nos é dada por Joel de Menezes Niebuhr (in Pregão Presencial e Eletrônico, Curitiba : Zenite, 2004, p. 200):

‘... para harmonizar o princípio da legalidade e o da proporcionalidade os agentes administrativos devem interpretar o art. 7º da Lei 10.520/02 de maneira ponderada, evitando que ele seja utilizado com excessos, para situações que não merecem tamanha reprimenda.

Quer-se dizer que os agentes administrativos, conquanto devem obediência ao prescrito no art. 7º da Lei 10.520/02, devem também interpretá-lo de modo consoante aos demais princípios jurídicos informadores da matéria, entre os quais merece destaque o da proporcionalidade.
(...)

242. No entanto, diferentemente do entendimento que a leitura isolada do excerto transcrito no parágrafo anterior pode levar a crer, o Ministro Relator continua sua linha argumentativa, acrescentando outro ponto de vista, o qual, a nosso ver, melhor expressaria o entendimento por ele abraçado para a interpretação do art. 7º da Lei 10.520/2002 a respeito do âmbito da abrangência do impedimento de licitar, o que supriria a omissão que foi objeto do embargo:

Por outro lado, a lei do pregão utilizou expressamente o termo ‘União’ não havendo justificativas exegéticas para se considerar esse termo como ‘órgão ou entidade atuante no caso concreto’, sob pena de se subverter o claro comando da lei. Veja-se a respeito as lições de Carlos Maximiliano:

‘A prescrição obrigatória acha-se contida na fórmula concreta. Se a letra da lei não é contraditada por nenhum elemento exterior, não há motivo para hesitação: deve ser observada. A linguagem tem por objetivo despertar em terceiros pensamento semelhante ao daquele que fala; presume-se que o legislador se esmerou em escolher expressões claras e precisas, com a preocupação meditada e firme de ser bem compreendido e fielmente obedecido. Por isso, em não havendo elementos de convicção em sentido diverso, atém-se o intérprete à letra do texto. (Hermenêutica e Aplicação do Direito, 15ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995. p. 110-111)’

243. O voto foi acolhido pelo Plenário, resultando no Acórdão 653/2008 (grifou-se):

9.1. com fundamento no art. 34 da Lei 8.443/92, conhecer dos embargos de declaração opostos, para, no mérito, mantendo-se inalterada a parte dispositiva da decisão embargada, acolhê-los parcialmente de forma a suprir a omissão apontada; e

244. Evidencia-se, portanto, que a posição defendida no Voto condutor do Acórdão 653/2008-TCU-Plenário é a de que, naquele caso, não haveria razão para se interpretar o art. 7º da Lei 10.520/2002 de maneira distinta daquela expressa em seu texto.

245. De forma análoga, deve-se considerar que o texto do art. 7º da Lei 10.520/2002 não deixa margem à discricionariedade quanto à aplicação das sanções nele previstas, precedidas do devido processo administrativo.

246. Desse modo, a tese de aplicação do princípio da proporcionalidade à situação que levou à audiência em análise, ou seja, o descumprimento da exigência de aplicação de sanção a licitantes que incorrem nas condutas irregulares tipificadas no art. 7º da Lei 10.520/2002, defendida no Argumento 3, não merece prosperar.

Argumento 4 – Estaria a se exigir ações que extrapolariam os limites da responsabilidade do agente

247. O defendente argumenta que, mesmo que não prosperem as razões já apresentadas, não seria razoável se exigir de um gestor – que age a modos de agente político –, o conhecimento pormenorizado de detalhes técnicos e vicissitudes que devem sobrevir de um pregão sobre o qual não participou diretamente dos atos operacionais (peça 331, p. 8, § 23).

248. Alega, ainda, que ‘não havia razão para assumir posição contrária aos pareceres da pregoeira, não se podendo exigir que o Requerente, com total falta de experiência em procedimentos licitatórios, se negasse a homologar os pregões em questão, contrariando as recomendações técnicas’ (peça 331, p. 8, § 24).

249. Pondera, também, que em face da grande abrangência de suas atribuições como Secretário Nacional, ‘tornava-se totalmente impossível a participação do Requerente em todos os atos praticados por funcionários no âmbito daquele Comitê Nacional de Organização da Rio+20’ (peça 331, p. 9, § 25-26). Aduz que, além disso, era incumbência do Secretário Nacional do CNO Rio+20 executar atos administrativos e de gestão orçamentária, financeira e patrimonial relacionados à realização da Conferência Rio+20, exercendo, ainda, as funções de ordenador de despesas e negociador de contratos, convênios, acordos de cooperação técnica e ajustes similares (peça 331, p. 10, § 27). A esse respeito, afirma que a jurisprudência deste Tribunal seria sedimentada no seguinte sentido (peça 331, p. 10, § 28):

Os argumentos constantes dos recursos interpostos pelos responsáveis (...) lograram, em meu entendimento, demonstrar a ausência de responsabilidade desses gestores pelos atos maculados pela antieconomicidade, tendo em vista que, se exigido dos dirigentes máximos da entidade que sua atividade de supervisão alcançasse tal profundidade, perderia a razão de ser o instituto da delegação de competência.

(Acórdão 66/1998-TCU-Plenário)

Análise do argumento 4

250. Cabe esclarecer que o justificante não está sendo responsabilizado por ter homologado os pregões, mas sim por tê-lo feito sem instaurar os processos administrativos destinados a punir os licitantes infratores.

251. Conforme demonstrado na análise das razões de justificativa apresentadas pela pregoeira, Sra. Alvina Costa Messias, no tópico I desta seção, as desclassificações nos pregões em questão ocorreram porque os licitantes não atendiam às condições do edital, embora tenham declarado que as atendiam (parágrafo 192), ou não mantiveram suas propostas (parágrafo 193).

252. No primeiro caso, tem-se a situação emblemática do Pregão 16/2012, de alta materialidade (valor estimado: R\$ 5.449.198,00), mas marcado pela ausência efetiva de disputa, tendo em vista que, dos três concorrentes, um não atendia as exigências do certame e outro ofertou preço quase o dobro do máximo aceitável (parágrafos 163-167). No segundo caso, tem-se que um item do Pregão 15/2012 foi cancelado porque os quatro licitantes melhores classificados simplesmente não atenderam à convocação da Administração (parágrafos 184-185) e o Pregão 11/2012 foi declarado abandonado porque o adjudicatário renunciou ao certame (parágrafos 173-179).

253. Entende-se que tais situações não podem ser aceitas como simples ‘detalhes técnicos’ que não exigiriam o conhecimento do responsável pelas homologações, como argumenta o justificante. Ademais, no caso do pregão abandonado, não há como alegar que não tenha tomado conhecimento da conduta irregular do licitante, eis que o assunto lhe foi formalmente submetido pela pregoeira, como se depreende da leitura do memorando endereçado diretamente ao Secretário Nacional (peça 336, p. 124).

254. O defendente também não pode se escudar na alegação de falta de experiência, transferindo sua responsabilidade para a pregoeira. Esta Corte de Contas já se posicionou nesse sentido em situação semelhante, que resultou no Acórdão 1.618/2011-TCU-Plenário.

255. Naquele caso, a autoridade que homologou as licitações alegou que não participara da condução dos certames, tendo depositado confiança de que o processo seria conduzido adequadamente pela comissão de licitação. No voto, o Relator destacou que ‘se a responsável decidiu confiar em outras pessoas, *in casu*, nos integrantes da Comissão de Licitação, o fez por sua própria conta e risco’. Aduziu que ‘na qualidade de ordenadora de despesa, era sua responsabilidade checar se todos os procedimentos adotados pela Comissão de Licitação encontravam-se de acordo com a legislação aplicável para, só então, cancelar os certames’. Em consequência, propôs a aplicação de multa à responsável pela homologação dos certames e aos demais responsáveis pelas irregularidades neles verificadas, no que foi acompanhado pelo Plenário.

256. Quanto à alegação atinente à grande abrangência de suas atribuições como Secretário Nacional, é necessário ressaltar que, de acordo com o art. 8º do Decreto 7.495/2011, o justificante gozava de amplos poderes naquela entidade, dentre eles os de editar atos dispondo sobre sua organização e funcionamento (inciso IX), instituir áreas de trabalho de acordo com as necessidades logísticas de organização (inciso V), e nomear os ocupantes de cargos em comissão (inciso VI).

257. Ademais, o parágrafo único do art. 9º do citado decreto autorizava ao Secretário Nacional delegar as competências para a execução de atos administrativos e de gestão orçamentária, financeira e patrimonial, relacionados à realização da Conferência Rio+20, inclusive as de ordenador de despesas.

258. Ou seja, o decreto que regia as competências do justificante à frente do CNO Rio+20 dotava-o de ampla gama de recursos administrativos que lhe possibilitariam evitar o alegado acúmulo de funções por ele assumidas.

259. Desse modo, considerando que o justificante dispunha de poderes suficientes para gerir os processos licitatórios sob sua responsabilidade, diretamente ou mediante delegação, não é pertinente a aplicação do entendimento do Acórdão 66/1998-TCU-Plenário à sua situação.

260. Em face do exposto, tendo em vista que o justificante não pode se eximir de suas obrigações como responsável final pelos procedimentos licitatórios, o Argumento 4 deve ser rejeitado.

II.2. Conclusão

261. Não é necessária a caracterização de fraude para a aplicação das sanções previstas no art. 7º da Lei 10.520/2002 pela unidade promotora do pregão (parágrafos 229-233).

262. Não cabe a aplicação do princípio da proporcionalidade à expressa exigência de aplicação de sanção a licitantes que incorrem nas condutas irregulares tipificadas no art. 7º da Lei 10.520/2002 (parágrafos 236-246).

263. As desclassificações nos pregões em questão ocorreram porque os licitantes não atendiam às condições do edital, embora tenham declarado que as atendiam (parágrafo 192), ou não mantiveram suas propostas (parágrafo 193)

264. O defendente não pode eximir-se da obrigação de conhecer as normas que regem as licitações – notadamente, a Lei 10.520/2002 (Lei do Pregão) e o Decreto 5.450/2005. Neste sentido, não poderia esquivar-se do dever legal de dar cumprimento ao art. 7º da Lei 10.520/2002, quando um licitante incorresse em alguma das situações irregulares nele tipificadas, como foram as situações abordadas nesta análise, nem se eximir de suas obrigações como responsável final pelos procedimentos licitatórios (parágrafos 250-260).

265. Não bastasse isso, a existência, nos editais, da previsão de sanção para as condutas irregulares relacionadas no art. 7º da Lei 10.520/2002, conforme situações ilustradas anteriormente (parágrafos 179 e 185), já seria suficiente para se pudesse exigir do responsável conduta diversa à que adotou.

266. Em face do exposto, conclui-se que o justificante conduziu-se irregularmente por ter homologado os pregões constantes do Anexo 2 sem ter adotado providências com vistas à instauração de processo administrativo para apurar as possíveis condutas irregulares das empresas desclassificadas nos itens de pregão indicados no citado anexo, com o agravante de que foi previamente alertado sobre as ações esperadas dos pregoeiros nos casos de irregularidades cometidas por empresas nos processos licitatórios por eles conduzidos (parágrafos 208-220).

II.3. Proposta de encaminhamento

267. Rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Laudemar Gonçalves de Aguiar Neto quanto à homologação de pregões sem ter adotado providências com vistas à instauração de processo administrativo para apurar as condutas das empresas constantes do Anexo 2, que foram desclassificadas por não honrarem suas propostas nos itens de pregão ali indicados, condutas essas, em princípio, tipificadas como infrações na Lei 10.520/2002, art. 7º (parágrafo 266).

268. Aplicar multa ao Sr. Laudemar Gonçalves de Aguiar Neto, CPF 627.606.027-53, com fulcro no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 268, inciso II, do RI/TCU, em virtude de afronta ao previsto na Lei 8.112/1990, art. 116, inciso III c/c Lei 10.520/2002, art. 9º e Lei 8.666/1993, art. 82, em face de sua omissão em dar cumprimento ao art. 7º da Lei 10.520/2002, quando da homologação da licitação dos itens de pregão relacionados no Anexo 2.

III. Francisco de Oliveira Quércia

(CPF 194.053.162-49, pregoeiro da Fundação Universidade do Amazonas (Ufam) à época dos fatos relatados)

269. A Fundação Universidade do Amazonas (Ufam) realizou sete pregões eletrônicos sob a responsabilidade do pregoeiro, Sr. Francisco de Oliveira Quércia, entre 1º/1/2012 e 21/6/2012, nos quais foram identificadas 155 propostas recusadas, distribuídas em noventa itens, totalizando R\$ 1.312.816,40 (peça 252, p. 16).

270. Em nenhum dos casos foi aberto processo administrativo para punição das empresas, conforme determina o art. 7º da Lei 10.520/2002, com agravante de que houve orientação acerca da obrigatoriedade de tal procedimento por meio da mensagem 068021, de 29/8/2011, do sistema Comunica (peça 67), que deu cumprimento ao item 9.2.1.1 do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário (peça 252, p. 16).

271. Em face disso, por meio do Ofício 213/2013-TCU/Sefti (peça 259), foi promovida a audiência do Sr. Francisco, para que apresentasse razões de justificativa sobre a seguinte conduta:

quando no exercício do papel de pregoeiro da Fundação Universidade do Amazonas (Ufam), não adotou providências com vistas à instauração de processo administrativo para apurar as condutas das empresas constantes no Anexo I, que foram desclassificadas por não honrarem suas propostas nos itens de pregão ali indicados, condutas essas em princípio tipificadas como infrações previstas na Lei 10.520/2002, art. 7º, o que afronta o previsto na Lei 8.112/1990, art. 116, inciso III c/c Lei 10.520/2002, art. 9º e Lei 8.666/1993, art. 82, tendo como agravante o fato de ter sido alertado para essa obrigação por meio do Ofício-Circular 23/DLSG/SLTI-MP, de 25/8/2011, parágrafo 2º, alínea 'a' (ofício encaminhado por meio da mensagem 068021 do sistema Comunica, enviada em 29/8/2011);

272. O Sr. Francisco apresentou sua defesa por meio de correspondência, de 2/9/2013 (peça 352), cujos argumentos são expostos e analisados a seguir.

273. Impende ressaltar que o justificante não se manifestou sobre o agravante de conduta, em face de que teria sido previamente alertado sobre as ações esperadas dos pregoeiros nos casos de irregularidades cometidas por empresas nos processos licitatórios por eles conduzidos.

III.1. Análise das razões de justificativa

Argumento 1 - Caberia ao pregoeiro apenas a condução do certame de acordo com o disposto no edital

274. O justificante destaca que a prática de aplicar sanção às empresas que não enviavam documentação não era observada, pois havia o entendimento de que caberia ao pregoeiro apenas a condução do certame, na forma estabelecida pelo instrumento convocatório. Apresenta excerto de edital da entidade onde estava lotado, no qual são expressas diversas atribuições do pregoeiro, ressaltando que não consta, entre elas, a de aplicação de penalidade (peça 352, p. 2-3).

275. Aduz que os editais da Universidade Federal do Amazonas dispunham que a não apresentação da documentação no prazo exigido implicaria na desclassificação do licitante, autorizando ao pregoeiro o exame da proposta subsequente (peça 352, p. 3).

Análise do argumento 1

276. A não apresentação de documentação é conduta irregular tipificada no art. 7º da Lei 10.520/2002 e, portanto, sujeita o licitante às sanções previstas nesse dispositivo (parágrafos 42-47).

277. Além disso, trata-se de equívoco do justificante entender que suas atribuições estariam restritas àquelas estabelecidas no edital do pregão.

278. O art. 40 da Lei 8.666/1993 estabelece o conteúdo mínimo do edital de licitação, não mencionando a necessidade de estabelecimento das atribuições do pregoeiro no instrumento. Dessa forma, não há base normativa para inferir que a descrição das obrigações do pregoeiro é elemento obrigatório do edital.

279. Porém, na hipótese de a Administração optar por incluir tais atribuições no edital, não deve fazê-lo de forma que restrinja as definições da lei, as quais, como visto (parágrafos 106-114), não elencam tais obrigações de forma exaustiva.

280. O próprio *caput* do item 29 do excerto de edital, trazido aos autos pelo defendente, como não poderia deixar de ser, não esgota o rol de competências do pregoeiro, como se infere da expressão ‘como parte das atribuições que lhe competem’ (peça 352, p. 2).

281. Sendo assim, caso o pregoeiro tivesse adotado providências com vistas à instauração de processo administrativo para apurar a conduta das empresas infratoras, não só não estaria afrontando as cláusulas do edital, como também – e principalmente – estaria exercendo regularmente o seu papel (parágrafo 114).

282. Por fim, a convocação do próximo classificado, no caso de desclassificação do anterior, como alegado no parágrafo 275, é procedimento normal dos pregões e independente da aplicação de sanção àquele que foi desclassificado em decorrência de conduta ilegal.

283. Ante o exposto, considera-se que cabe ao pregoeiro a adoção de providências com vistas à instauração de processo administrativo para apurar as condutas dos licitantes infratores, o Argumento 1 deve ser rejeitado.

Argumento 2 – Havia o entendimento de que as penalizações eram aplicáveis somente nos casos de inadimplementos posteriores à homologação

284. O justificante alega que, observado o devido processo, as penas eram impostas apenas às empresas que se mostravam inadimplentes após a homologação do certame, a exemplo de quando se recusavam a assinar ou descumpriam o contrato, ou não retiravam a Nota de Empenho (peça 352, p. 3).

Análise do argumento 2

285. Conforme fundamentado nesta instrução (parágrafos 28-36), o argumento do justificante trata-se de interpretação equivocada do art. 7º da Lei 10.520/2002, pois o elenco de irregularidades previsto nessa norma refere-se a condutas praticadas na contratação, no curso do certame e durante a execução do contrato, o que inclui, naturalmente, momentos anteriores à homologação, como pode ocorrer, por exemplo, quando o licitante não apresenta documentação exigida na habilitação, firma declaração falsa de que atende às exigências do edital ou fraudas o certame.

286. Assim, tendo em vista que as sanções previstas no art. 7º da Lei 10.520/2002 se referem a condutas irregulares praticadas na contratação, no curso do certame e durante a execução do contrato, o Argumento 2 deve ser rejeitado.

Argumento 3 – A entidade passará a apenar as empresas que não enviarem a documentação

287. O defendente informa que a Administração Superior da Fundação está se adequando para que as empresas que não enviarem sua documentação durante a realização dos certames licitatórios sejam apenadas. Esclarece que, assim que verificado o cometimento de falhas pelo licitante, a comissão de licitação, o pregoeiro ou a equipe de apoio deverão providenciar os registros necessários que fundamentarão a instauração e a instrução do processo administrativo, por sua vez encaminhado ao setor competente, sugerindo a aplicação da penalidade devida (peça 352, p. 3).

Análise do argumento 3

288. Tendo em vista que as providências anunciadas pelo justificante, de que a entidade doravante passará a apenar os licitantes infratores, não tem o condão de elidir sua responsabilidade por atos anteriores, o Argumento 3 deve ser rejeitado.

Argumento 4 – Não teria havido prejuízo ao erário

289. O responsável argumenta que, nos casos em que o licitante foi inabilitado por não enviar documentos, ‘não houve, efetivamente, prejuízos ao processo licitatório, uma vez que o Pregoeiro tem o dever de negociar o valor ofertado com o participante seguinte, com vistas a conseguir a proposta mais vantajosa’ (peça 352, p. 3).

Análise do argumento 4

290. Como já relatado, não se questiona a busca da próxima proposta, em decorrência da desclassificação da anterior. Isso é procedimento normal do pregão. A questão de que se trata é a omissão dos pregoeiros em dar cumprimento à previsão de punição contida no art. 7º da Lei 10.520/2002.

291. A aplicação das referidas sanções, quando o comportamento irregular for caracterizado por meio do devido processo legal, é ato vinculado à citada norma, independentemente da questão de eventual prejuízo ao erário, uma vez que o normativo não traz qualquer condicionante nesse sentido.

292. Isso não quer dizer que a questão do prejuízo deva ser minimizada, ou mesmo que ele não tenha ocorrido. Ao contrário, como exposto anteriormente (parágrafos 138-141), essa omissão dos pregoeiros, na medida em que reduz a expectativa de controle, favorece o estabelecimento de um cenário no qual a indolência e a desonestidade encontram terreno propício à negligência, ao conluio e à fraude, os quais embutem riscos e, quiçá, grandes prejuízos à Administração.

293. Assim, tendo em vista que não é necessária a caracterização de dano ao erário para a aplicação das sanções previstas no art. 7º da Lei 10.520/2002, o Argumento 4 não merece acolhida.

Argumento 5 – Não caberia a responsabilização do pregoeiro em virtude de que a maioria dos itens citados teriam sido anulados e a diferença do valor das propostas não era significativa

294. O defendente registra que a maioria dos itens dos pregões analisados pela auditoria foram anulados, e, nos casos em que foram adjudicados, os valores contratados não representam diferença significativa daquelas propostas inicialmente vencedoras (peça 352, p. 3).

Análise do argumento 5

295. Consultadas as atas dos pregões considerados (constantes do Anexo 3), verificou-se que 49% dos itens de pregão questionados foram cancelados pela Administração (44/90). Dezenove destes fazem parte do Pregão 152/2011, anulado por iniciativa da entidade. Constatou-se, também, que quem deu causa a 52% desses 44 itens cancelados foram os licitantes, por não terem enviado a proposta no prazo estipulado, descumprindo a cláusula 51 do edital (peça 118, p. 3-37; peça 392, p. 12).

296. Quanto à alegada pequena diferença entre as propostas, não caberia ao pregoeiro adentrar nesse mérito para justificar sua conduta, tendo em vista que o art. 7º da Lei 10.520/2002 não traz qualquer condição a esse respeito para a eventual punição do licitante infrator.

297. Ante o exposto, tendo em vista que os cancelamentos dos itens de pregão se deram majoritariamente pelo comportamento irregular dos licitantes, e que a diferença de valor entre as propostas é irrelevante para a aplicação das sanções previstas no art. 7º da Lei 10.520/2002, o Argumento 5 deve ser rejeitado.

Argumento 6 – Haveria dificuldades operacionais para instaurar os processos

298. O servidor alega que eventuais equívocos em alguns procedimentos foram frutos não de desídia nem de má-fé, mas resultado de dificuldades próprias da instituição, ‘em que tudo, absolutamente tudo, tem caráter de emergência’, e que ele tem pouco ou quase nenhum tempo para satisfazer às demandas, com a regularidade que os normativos da matéria impõem. Aduz que, mesmo assim, eventuais equívocos não foram suficientes para causar prejuízo à Administração Pública (peça 352, p. 4).

299. Alega, ainda, que a falta de pessoal qualificado para dar suporte aos pregoeiros, aliada às dificuldades de estrutura, 'oferece, notoriamente, dificuldades para o Setor de Licitação da Ufam cumprir e fazer cumprir todas as determinações atinentes à legislação, em especial o cumprimento do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário' (peça 352, p. 4).

Análise do argumento 6

300. Na apresentação das suas razões, o justificante não apresentou elementos que comprovassem a alegada dificuldade operacional para instaurar os processos administrativos em questão.

301. Porém, mesmo que o tivesse comprovado, a alegação não poderia ser acatada como justificativa para que, em todos os casos aventados, não tenham sido instaurados os processos. Na dificuldade para instaurar todos os processos, o agente público poderia ter adotado algum critério de seleção, a exemplo de materialidade da licitação ou quantidade de reincidências do licitante, bem como ter justificado nos autos os casos em que não fosse possível instaurar os processos administrativos.

302. Dessa forma, considerando que o justificante não apresentou elementos que comprovassem a alegada dificuldade operacional para instaurar os processos administrativos em questão, o Argumento 6 não pode ser acatado.

III.2. Conclusão

303. Cabe ao pregoeiro a adoção de providências com vistas à instauração de processo administrativo para apurar as condutas dos licitantes infratores (parágrafos 276-283).

304. As sanções previstas no art. 7º da Lei 10.520/2002 referem-se a condutas irregulares praticadas na contratação, no curso do certame e durante a execução do contrato (parágrafos 285-286).

305. As providências anunciadas pelo justificante, de que a entidade doravante passará a apenar os licitantes infratores, não tem o condão de elidir sua responsabilidade por atos anteriores (parágrafo 288).

306. Não é necessária a caracterização de dano ao erário para a aplicação das sanções previstas no art. 7º da Lei 10.520/2002 (parágrafos 290-293).

307. Os cancelamentos dos itens de pregão se deram majoritariamente pelo comportamento irregular dos licitantes (parágrafos 295-297).

308. A diferença de valor entre as propostas é irrelevante para a aplicação das sanções previstas no art. 7º da Lei 10.520/2002 (parágrafos 296-297).

309. O justificante não comprovou a alegada dificuldade operacional para instaurar os processos administrativos em questão (parágrafos 300-302).

310. Os dezenove itens do Pregão 152/2011 e o item 2 do Pregão 3/2012 deixaram de constituir objeto de questionamento, tendo em vista que o certame ou item foi anulado por iniciativa da entidade, em face de deficiências no edital, sendo, portanto, excluídos da relação constante do Anexo 3.

311. Em face do exposto, conclui-se que o justificante conduziu-se irregularmente por não ter adotado providências com vistas à instauração de processo administrativo para apurar as possíveis condutas irregulares das empresas constantes do Anexo 3, que foram desclassificadas por não honrarem suas propostas nos itens de pregão ali indicados, com o agravante de que foi previamente alertado sobre as ações esperadas dos pregoeiros nos casos de irregularidades cometidas por empresas nos processos licitatórios por eles conduzidos (parágrafo 273).

III.3. Proposta de encaminhamento

312. Rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Francisco de Oliveira Quércia quanto à não adoção de providências com vistas à instauração de processo administrativo para apurar as condutas das empresas constantes do Anexo 2, que foram desclassificadas por não honrarem suas propostas nos itens de pregão ali indicados, condutas essas, em princípio, tipificadas como infrações na Lei 10.520/2002, art. 7º (parágrafo 311).

313. Aplicar multa ao Sr. Francisco de Oliveira Quércia, CPF 194.053.162-49, com fulcro no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 268, inciso II, do RI/TCU, em virtude de afronta ao previsto na Lei

8.112/1990, art. 116, inciso III c/c Lei 10.520/2002, art. 9º e Lei 8.666/1993, art. 82, em face de sua omissão em dar cumprimento ao art. 7º da Lei 10.520/2002, quando da condução da licitação dos itens de pregão relacionados no Anexo 3.

IV. Valdelário Farias Cordeiro

(CPF 342.953.302-30, Pró-reitor de Administração e Finanças da Fundação Universidade do Amazonas (Ufam) à época dos fatos relatados)

314. Os fatos que deram origem à responsabilização do Sr. Valdelário Farias Cordeiro foram decorrentes dos mesmos pregões objeto do questionamento constante do título III anterior (parágrafos 269-270), os quais foram por ele homologados.

315. Em face disso, por meio do Ofício 214/2013-TCU/Sefti (peça 260), foi promovida a audiência do Sr. Valdelário para que apresentasse razões de justificativa sobre a seguinte conduta:

quando no exercício do papel de Pró-reitor de Administração e Finanças da Fundação Universidade do Amazonas (Ufam), homologou pregões sem ter adotado providências com vistas à instauração de processo administrativo para apurar as condutas das empresas constantes no Anexo I, que foram desclassificadas por não honrarem suas propostas nos itens de pregão ali indicados, condutas essas em princípio tipificadas como infrações previstas na Lei 10.520/2002, art. 7º, o que afronta o previsto na Lei 8.112/1990, art. 116, inciso III c/c Lei 10.520/2002, art. 9º e Lei 8.666/1993, art. 82, tendo como agravante o fato de ter sido alertado para essa obrigação por meio do Ofício-Circular 23/DLSG/SLTI-MP, de 25/8/2011, parágrafo 2º, alínea 'a' (ofício encaminhado por meio da mensagem 068021 do sistema Comunica, enviada em 29/8/2011).

316. O Sr. Valdelário apresentou sua defesa por meio do Ofício 084/PROADM/UFAM, de 15/8/2013 (peça 341), cujos argumentos são expostos e analisados a seguir.

317. É de se notar que o justificante não se manifestou sobre o agravante de conduta, em face de que teria sido previamente alertado sobre as ações esperadas dos pregoeiros nos casos de irregularidades cometidas por empresas nos processos licitatórios por eles conduzidos.

IV.1. Análise das razões de justificativa

Argumento 1 – Havia o entendimento de que as penalizações eram aplicáveis somente nos casos de inadimplementos posteriores à homologação

318. O justificante informa que não havia, à época, a prática de instaurar processos administrativos para apurar as condutas das empresas que eram desclassificadas por não encaminharem suas propostas durante a realização do certame. O entendimento, até então, era que a instauração de processos administrativos seria apenas para empresas que não honrassem os compromissos após a adjudicação e homologação. Argumenta que tal pensamento veio do que foi apontado no Relatório de Fiscalização, *in verbis* (peça 341, p. 1-2, grifo do justificante):

3.3. Existência de licitantes reiteradamente desclassificados por não atenderem aos editais ou não honrarem suas propostas

Situação encontrada

77. Com base em recentes reuniões realizadas na Sefti visando orientar e tirar dúvidas de gestores públicos, percebe-se que uma de suas maiores preocupações e reclamações em relação à utilização da modalidade pregão em suas licitações é o alto índice de empresas que, quando convocadas a assinar os contratos, não apresentam a documentação exigida ou não levam a termo o compromisso assumido, sendo, então, desclassificadas. Tal fato causa insegurança nos gestores e prejuízo à Administração, que se vê obrigada a convocar os demais classificados até encontrar algum que preencha os requisitos, podendo até mesmo ser necessário proceder à convocação de dezenas de licitantes.

319. Aduz que, dessa forma, os editais da Universidade Federal do Amazonas dispõem que o não envio/apresentação da documentação no prazo exigido não gera aplicação de penalidade, mas sim a desclassificação do interessado na licitação. Traz excerto de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o qual corroboraria tal entendimento (peça 341, p. 2, grifo do justificante):

Jurisprudência 930/163/set/2007- Superior Tribunal de Justiça – Recurso de Mandato de Segurança, Assunto: Pregão – Habilitação – não envio de documentação por licitante – Sanção de suspensão temporária do direito de licitar e contratar - Impossibilidade de aplicação a não contratado – Previsão em Edital

Análise do argumento 1

320. O Relatório de Fiscalização a que se refere o defendente foi produzido em 29/4/2011, no âmbito da auditoria de conformidade nas bases de dados dos sistemas Siasg e Comprasnet (peça 34 do TC 011.643/2010-2), e deu origem ao Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário (peça 38 do TC 011.643/2010-2).

321. A leitura isolada do primeiro parágrafo do relato da situação encontrada naquela fiscalização – item 77, conforme apresentado pelo justificante, pode dar a entender que a situação irregular ali tratada refere-se tão somente às desistências das empresas que são convocadas a assinar os contratos. Porém, conforme se evidenciará a seguir, uma leitura mais detida do relato daquele achado de auditoria é suficiente para sanar quaisquer dúvidas e evitar o equívoco.

322. De início, o título do achado – 3.3. Existência de licitantes reiteradamente desclassificados por não atenderem aos editais ou não honrarem suas propostas – já deixa claro que a sua abrangência não se restringe apenas à situação exposta no primeiro parágrafo.

323. Além disso, a leitura do parágrafo seguinte – item 78, reproduzido a seguir (grifou-se) – evidencia que os comportamentos ilegais de que trata o achado foram considerados em várias fases do processo licitatório, e não somente na assinatura do contrato, como alega ter entendido o justificante.

78. Dessa forma, foi executado o procedimento P3_3 visando analisar o comportamento inadequado de empresas participantes das licitações que vêm sendo constantemente desclassificadas dos certames licitatórios, considerando para isso as fases de aceitação da proposta, habilitação do licitante e adjudicação do objeto ou não honrarem suas propostas.

324. De todo modo, a orientação proveniente do subitem 9.2.1.1 do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário, transmitida aos gestores do Sisg, por meio da mensagem 068021, de 29/8/2011, do sistema Comunica (parágrafos 123-124), foi para ‘autuarem processos administrativos contra as empresas que praticarem atos ilegais previstos no art. 7º da Lei 10.520/2002’. Tais atos, como já visto, são tipificações de condutas irregulares praticadas na contratação, no curso do certame e durante a execução do contrato (parágrafos 28-36).

325. No que se refere à alegação de que os editais da entidade dispõem que a não apresentação da documentação não gera penalidade (parágrafo 319), compulsou-se o edital do Pregão 25/2012 – o mais recente dentre os questionados – à procura de cláusula que sustentasse a alegação. Contudo, não foi encontrada tal cláusula. Ao contrário, identificou-se a cláusula 104, que dispõe sobre as possíveis sanções para os inadimplementos previstos no art. 7º da Lei 10.520/2002, entre eles, a não entrega de documentação exigida para o certame (peça 392, p. 25).

326. Quanto à citada jurisprudência do STJ (parágrafo 319), as informações a respeito, trazidas pelo justificante, não foram suficientes para que se pudesse acessar o inteiro teor da matéria, a fim de se analisar a sua adequabilidade à situação concreta em exame.

327. Em face do exposto, tendo em vista que as sanções previstas no art. 7º da Lei 10.520/2002 se referem a condutas irregulares praticadas na contratação, no curso do certame e durante a execução do contrato, o Argumento 1 deve ser rejeitado.

Argumento 2 – Haveria dificuldades operacionais para instaurar os processos

328. Segundo o responsável, outro fato que levou à não autuação das empresas foi o reduzido quadro de pessoal da Ufam (peça 341, p. 2).

329. Acrescenta que, independentemente disso, a Administração Superior da universidade decidiu fortalecer a equipe de licitações, a fim de dar cumprimento às determinações exaradas no Ofício-Circular 23/DLSG/SLTI-MP (peça 341, p. 2). Encaminha cópia das determinações da Procuradoria Federal junto à Ufam – Orientação 02/2012/PF-FUA/PGF/AGU (peça 341, p. 3-5), sobre procedimentos administrativos

licitatórios, informando que os mesmos estão sendo implementados nos editais de licitação da instituição (peça 341, p. 2).

330. Por fim, ressalta a importância do sistema Comprasnet como instrumento gerenciador das compras realizadas pela Administração Pública, consignando, no entanto, a seguinte sugestão de melhoria (peça 341, p. 2):

O ideal seria que fosse possível aos Gestores acessar os dados consignados das empresas que foram desclassificadas por não honrarem suas propostas e, assim, já gerar de imediato uma notificação para apresentarem as justificativas apropriadas, dando-lhes oportunidade de ampla defesa, como exarado na legislação.

331. Justifica tal proposição, argumentando que, no dia a dia, em razão do volume de processos, 'é humanamente impossível que o Gestor tenha condições de investigar/analisar item por item de cada licitação no Sistema para realizar a identificação desses licitantes e instaurar o devido processo administrativo' (peça 341, p. 2).

Análise do argumento 2

332. Considerando que o justificante não apresentou elementos que comprovassem a alegada dificuldade operacional para instaurar os processos administrativos em questão, a análise segue o mesmo rumo da realizada nas razões de justificativa apresentadas pelo pregoeiro da entidade (parágrafos 300-302), devendo o Argumento 2 ser rejeitado.

333. Quanto à sugestão de criação de funcionalidade no sistema Comprasnet (parágrafos 330-331), registre-se que o tema foi objeto de recomendação dirigida à SLTI/MP, por meio do item 9.3.2.2 do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário, a seguir reproduzido:

9.3.2. promova alterações no sistema Comprasnet:

(...)

9.3.2.2. visando possibilitar a consulta da quantidade de vezes em que as empresas participantes de um certame licitatório foram anteriormente desclassificadas, e permitir acesso às respectivas atas, com o intuito de subsidiar a instauração de processos administrativos contra aquelas que vêm recorrentemente infringindo atos tipificados no art. 7º da Lei nº 10.520/2002;

334. Conforme notícia, de 27/5/2013, constante do sítio do Comprasnet (<http://www.comprasnet.gov.br/>; acesso em 2/4/2014), a recomendação estaria implantada:

O Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MP informa que foi implantada no dia 21 de maio uma nova funcionalidade no módulo de Pregão Eletrônico do Comprasnet, a qual visa possibilitar ao pregoeiro a consulta das ocorrências de desclassificação dos licitantes.

A referida funcionalidade está acessível nas fases de Aceitação, Habilitação e Adjudicação e apresenta as ocorrências de cada licitante, agrupadas por pregão de cada órgão em que o fornecedor sofreu alguma das ocorrências abaixo:

-Desclassificação de proposta

-Recusa de proposta

-Inabilitação de fornecedor

-Cancelamento da adjudicação

Para consultar as ocorrências existentes para um fornecedor, basta clicar na 'seção' ao lado da razão social.

IV.2. Conclusão

335. As sanções previstas no art. 7º da Lei 10.520/2002 referem-se a condutas irregulares praticadas na contratação, no curso do certame e durante a execução do contrato (parágrafos 320-327).

336. O justificante não apresentou elementos que comprovassem a alegada dificuldade operacional para instaurar os processos administrativos em questão (parágrafo 332).

337. Os dezenove itens do Pregão 152/2011 e o item 2 do Pregão 3/2012 deixaram de constituir objeto de questionamento, tendo em vista que o certame/item foi anulado por iniciativa da entidade, em face de deficiências no edital, sendo, portanto, excluídos da relação constante do Anexo 3.

338. Em face do exposto, conclui-se que o justificante conduziu-se irregularmente por ter homologado os pregões constantes do Anexo 3 sem ter adotado providências com vistas à instauração de processo administrativo para apurar as possíveis condutas irregulares das empresas desclassificadas nos itens de pregão indicados no citado anexo, com o agravante de que foi previamente alertado sobre as ações esperadas dos pregoeiros nos casos de irregularidades cometidas por empresas nos processos licitatórios por eles conduzidos (parágrafo 317).

IV.3. Proposta de encaminhamento

339. Rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Valdelário Farias Cordeiro quanto à homologação de pregões sem ter adotado providências com vistas à instauração de processo administrativo para apurar as condutas das empresas constantes do Anexo 3, que foram desclassificadas por não honrarem suas propostas nos itens de pregão ali indicados, condutas essas, em princípio, tipificadas como infrações na Lei 10.520/2002, art. 7º (parágrafo 338).

340. Aplicar multa ao Sr. Valdelário Farias Cordeiro, CPF 342.953.302-30, com fulcro no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 268, inciso II, do RI/TCU, em virtude de afronta ao previsto na Lei 8.112/1990, art. 116, inciso III, c/c Lei 10.520/2002, art. 9º e Lei 8.666/1993, art. 82, em face de sua omissão em dar cumprimento ao art. 7º da Lei 10.520/2002, quando da homologação da licitação dos itens de pregão relacionados no Anexo 3.

V. Abdias da Silva Oliveira

(CPF 331.615.501-53, pregoeiro do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC) à época dos fatos relatados)

341. O Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC) realizou quinze pregões eletrônicos sob a responsabilidade do pregoeiro, Sr. Abdias da Silva Oliveira, entre 1º/1/2012 e 21/6/2012, dos quais, em seis, foram identificadas sete propostas recusadas, distribuídas em seis itens, totalizando R\$ 9.521.712,73 (peça 252, p. 16).

342. Em nenhum dos casos foi aberto processo administrativo para punição das empresas, conforme determina o art. 7º da Lei 10.520/2002, com agravante de que houve orientação acerca da obrigatoriedade de tal procedimento por meio da mensagem 068021, de 29/8/2011, do sistema Comunica (peça 67), que deu cumprimento ao item 9.2.1.1 do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário (peça 252, p. 16-17).

343. Em face disso, por meio do Ofício 215/2013-TCU/Sefti (peça 261), foi promovida a audiência do Sr. Abdias para que apresentasse razões de justificativa sobre a seguinte conduta:

quando no exercício do papel de pregoeiro do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC), não adotou providências com vistas à instauração de processo administrativo para apurar as condutas das empresas constantes no Anexo I, que foram desclassificadas por não honrarem suas propostas nos itens de pregão ali indicados, condutas essas em princípio tipificadas como infrações previstas na Lei 10.520/2002, art. 7º, o que afronta o previsto na Lei 8.112/1990, art. 116, inciso III c/c Lei 10.520/2002, art. 9º e Lei 8.666/1993, art. 82, tendo como agravante o fato de ter sido alertado para essa obrigação por meio do Ofício-Circular 23/DLSG/SLTI-MP, de 25/8/2011, parágrafo 2º, alínea 'a' (ofício encaminhado por meio da mensagem 068021 do sistema Comunica, enviada em 29/8/2011).

344. O Sr. Abdias apresentou sua defesa em conjunto com o Sr. Luiz Antonio de Souza Cordeiro, CPF 097.834.401-44, responsável pela homologação dos pregões, por meio de correspondência de 19/7/2013 (peça 320), cujos argumentos são expostos e analisados a seguir. Em 6/9/2013, por meio de representante, requereram que fossem acostados aos autos documentos que informam a tramitação de processo administrativo instaurado para apurar conduta de empresa desclassificada em um dos pregões questionados, o de número 17/2012 (peça 355).

345. Impende ressaltar que os justificantes não se manifestaram sobre o agravante de conduta, em face de que teriam sido previamente alertados sobre as ações esperadas dos pregoeiros nos casos de irregularidades cometidas por empresas nos processos licitatórios por eles conduzidos.

V.1. Análise das razões de justificativa

Argumento 1 – O comportamento dos licitantes não teria se enquadrado em nenhuma das situações tipificadas no art. 7º da Lei 10.520/2002

346. O justificante alega ser defeso aos agentes públicos a aplicação extensiva das letras da lei, restando a eles agir de forma estrita, conforme expresso no texto legal. Aduz que, assim sendo, a aplicação da penalidade prevista no art. 7º da lei 10.520/2002 ‘decorre de comportamento em que restar caracterizado alguma das seguintes ações, quando da convocação do licitante’ e enumera os comportamentos irregulares tipificados no citado dispositivo (peça 320, p. 5-6, § 9º; grifou-se).

347. Argumenta que, de acordo com o que dispõe o Decreto 5.450/2005, três podem ser as decisões tomadas pelo pregoeiro, no que se refere às avaliações e julgamentos (peça 320, p. 6-7, § 10-12): (i) desclassificação, por inconformidade da proposta, o que se dá antes mesmo da fase de lances; (ii) declaração de incompatibilidade, quando da verificação da compatibilidade entre o preço vencedor e o valor estimado pela Administração; (iii) declaração de inabilitação, quando da análise do atendimento dos requisitos de qualificação.

348. Alega que a esmagadora maioria das inabilitações nos pregões eletrônicos teria como motivo a avaliação dos atestados de capacidade técnica pelas áreas demandante ou técnica, que estabelecem os requisitos técnicos, sendo este o caso no qual se encontram os itens de pregão questionados (peça 320, p. 7, § 13-14).

349. Aduz que não se têm nos órgãos públicos pregoeiros com especialização nos objetos dos certames, razão pela qual os pregoeiros se socorrem dos técnicos da área demandante para procederem à avaliação dos atestados de capacidade técnica à luz dos requisitos por eles estabelecidos no termo de referência (peça 320, p. 7, § 15-16).

350. Em seguida, o defendente passa a expor a situação de cada um dos pregões questionados, todos referentes ao item 1 do respectivo pregão, alegando, em suma, que as licitantes não incidiram nos comportamentos irregulares constantes do art. 7º da Lei 10.520/2002, à exceção da empresa Andaluz Indústria e Comércio de Artigos de Decorações Ltda., no Pregão 17/2012 (peça 320, p. 7-14, § 17).

Pregão 38/2011 (peça 320, p. 7-8)

351. O justificante informa que a Coordenação-Geral de Modernização e Informática (CGMI) evidenciou que o termo de referência carecia de reformulação, posto que seus termos prejudicavam o entendimento dos concorrentes, o que teria contribuído para a desclassificação de licitantes.

352. Alega que não se evidenciou a ocorrência de nenhuma das condutas irregulares tipificadas no art. 7º da Lei 10.520/2002, razão pela qual não se mostrava necessária a instauração de processo administrativo.

353. Informa que o pregão foi revogado, em face das razões trazidas pela CGMI.

Pregão 40/2011 (peça 320, p. 9-10)

354. O justificante declara que as empresas B2BR Business to Business Informática do Brasil Ltda. e Cast Informática S.A. foram declaradas inabilitadas, na forma do parecer da equipe de apoio da CGMI.

355. Informa que as empresas encaminharam regularmente e a tempo suas propostas de preço, adequadas aos lances por elas formulados, e, em face de suas inabilitações técnicas, manifestaram intenção de recurso. A empresa Cast, após fazer vistas do processo, declinou do recurso, aquiescendo ao parecer técnico da CGMI. A empresa B2BR recorreu, mas seus argumentos não foram acatados pela CGMI.

356. O defendente argumenta que, com base na disputa promovida pelas empresas, com idas e vindas recursais, não se evidenciou a ocorrência de nenhuma das condutas irregulares tipificadas no art. 7º da Lei 10.520/2002, razão pela qual não se mostrava necessária a instauração de processo administrativo.

Pregão 42/2011 (peça 320, p. 14)

357. O justificante informa que a empresa encaminhou regularmente e a tempo sua proposta de preço, adequada ao lance por ela formulado, juntamente com toda documentação de habilitação, tendo sido considerada tecnicamente inabilitada pelo Departamento de Micro, Pequenas e Médias Empresas.

358. O defendente argumenta que não se evidenciou a ocorrência de nenhuma das condutas irregulares tipificadas no art. 7º da Lei 10.520/2002, razão pela qual não se mostrava necessária a instauração de processo administrativo.

Pregão 8/2012 (peça 320, p. 10-11)

359. O justificante informa que a empresa encaminhou regularmente e a tempo sua proposta de preço, adequada ao lance por ela formulado, juntamente com os demais documentos de habilitação. Porém, ao serem consultados os seus dados no Sicafe, verificou-se que sua qualificação econômico-financeira encontrava-se vencida.

360. Alega que, por se tratar de uma empresa de pequeno porte, 'que na maioria das vezes não dispõe de equipe técnica para acompanhar e revalidar cadastro', não julgou tal conduta como desidiosa ou revestida de má-fé.

361. Argumenta, ainda, que a desclassificação e a convocação da próxima colocada – que firmou contrato com órgão – não representou dano elevado ao erário, posto que a diferença entre as propostas foi de R\$ 50,00.

362. Aduz que, também neste caso, não vislumbrou razões para a instauração de processo administrativo, visto que não se encontravam presentes os elementos tipificados no art. 7º da Lei 10.520/2002.

Pregão 16/2012 (peça 320, p. 11-12)

363. O justificante informa que o licitante encaminhou regularmente e a tempo sua proposta de preço, adequada ao lance por ele formulado. Após ser declarada aceita, encaminhou toda documentação de habilitação, porém foi considerado tecnicamente inabilitado pela CGMI.

364. A empresa interpôs recurso contra sua desclassificação, tendo outros dois licitantes contra recorrido, entre eles, aquele cuja proposta fora aceita. Recursos e contra-recursos foram encaminhados à CGMI, que se manifestou pela manutenção dos entendimentos anteriores.

365. O defendente consigna que o processo licitatório em questão reúne 59 volumes, com um total de 10.866 folhas.

366. A exemplo do Pregão 40/2011, o defendente argumenta que, com base na disputa promovida pelas empresas, com idas e vindas recursais, não se evidenciou a ocorrência de nenhuma das condutas irregulares tipificadas no art. 7º da Lei 10.520/2002, razão pela qual não se mostrava necessária a instauração de processo administrativo.

Pregão 17/2012 (peça 320, p. 13-14)

367. O justificante informa que a empresa encaminhou regularmente e a tempo sua proposta de preço, adequada ao lance por ela formulado, tendo sido declarada aceita e convocada a apresentar a documentação de habilitação.

368. Aduz que, diante da provocação desta Corte, observou, a partir da leitura da ata, que o pregoeiro objetivou oportunizar à licitante o encaminhamento de sua documentação, aguardando até o dia seguinte ao do aceite da proposta, para então declarar a inabilitação diante da ausência dos documentos.

369. Reconhece que, neste caso, deveria ter diligenciado no sentido de que o processo administrativo destinado à punição da empresa fosse instaurado, em face do enquadramento em situação tipificada no art. 7º da Lei 10.520/2002: deixar de entregar documentação exigida para o certame. Informa que, nesse sentido, adotou providências junto ao MDIC para que o referido processo fosse aberto.

Análise do argumento 1

370. De plano, merece rejeição o entendimento inicial exposto pelo justificante, de que as situações enumeradas no art. 7º da Lei 10.520/2002 somente seriam aplicáveis se ocorressem 'quando da convocação do licitante' (parágrafo 346). Conforme fundamentado nesta instrução, as sanções previstas na citada norma se referem a condutas irregulares praticadas na contratação, no curso do certame e durante a execução do contrato (parágrafos 28-36).

371. A invocação sobre as possíveis condutas do pregoeiro (parágrafo 347) também merece reparo, tendo em vista que o rol de suas atribuições não se restringe àquelas enumeradas no Decreto 5.450/2005, conforme já demonstrado na fundamentação desta instrução, ao tratar das responsabilidades do pregoeiro (parágrafos 106-114).

372. Quanto ao argumento de que a análise da documentação de habilitação é realizada com o apoio das áreas técnicas, merece ressalva que isso não isenta o pregoeiro de sua responsabilidade formalmente expressa no art. VI do Decreto 5.450/2005 (verificar e julgar as condições de habilitação), pois que a decisão final quanto à habilitação compete ao pregoeiro.

373. Há que se considerar, ainda, que, a par da questão da habilitação propriamente dita, deve o pregoeiro avaliar a conduta do licitante, com vistas à possível punição daquele que tenha se comportado de modo ilegal.

374. É fato que, para poder ingressar no certame, o licitante tem que declarar que atende às condições exigidas para a participação. Caso se constate que ele não atende, tem-se, em princípio, a apresentação de declaração falsa. Desse modo, deve-se perquirir sobre os aspectos subjetivos da conduta do licitante, com vistas a identificar possíveis indícios de dolo ou culpa, conforme considerações expostas na fundamentação desta instrução (IV – Da não entrega de documentação exigida para o certame, parágrafos 42-47; V – Da declaração falsa quanto às condições de habilitação, parágrafos 48-53).

375. Feitas essas considerações iniciais, procede-se à análise das situações peculiares de cada um dos pregões questionados.

Pregão 38/2011

376. O pregão foi revogado em razão de deficiências no edital (peça 393), as quais, conforme informado pelo defendente, contribuíram para a desclassificação do licitante. Por esse motivo, não há que se falar em eventual punição da empresa por conduta que teria levado a essa desclassificação.

Pregão 40/2011

377. Trata-se de licitação para a contratação de serviços de execução continuada de apoio à infraestrutura de rede de dados, sistemas operacionais, aplicações, armazenamento, *backup*, sustentação da rede de dados e administração de dados do MDIC.

378. As informações constantes da ata desse pregão (peça 394) trazem a convicção de que ele foi bastante disputado. Doze empresas concorreram, sendo que sete delas ofereceram lances até o último minuto. Uma das empresas desclassificadas recorreu, tendo a vencedora apresentado contra razões. Finalmente, o objeto licitado, estimado pela Administração em R\$ 4.091.078,28, foi adjudicado por R\$ 1.599.997,76.

379. O objeto do pregão, embora comum, pode ser considerado de natureza complexa. As extensas e rigorosas exigências de qualificação técnica do certame consomem 31 páginas do edital para descrever os requisitos a que se refere a alínea na qual as empresas em questão foram desclassificadas – alínea ‘p’ e subalíneas ‘p.1’, ‘p.2’ e ‘p.3’ do item 5.2 (peça 395, p. 6-7), complementada pela relação de atividades e competências requeridas pela subalínea ‘p.2’, constantes dos anexos IA, IB, IC e ID do termo de referência (peça 395, p. 75-103).

380. O justificante alegou que avaliou o comportamento dos licitantes inabilitados, considerando a disputa promovida pelas empresas, com idas e vindas recursais, embora não tenha demonstrado que tal avaliação tenha se dado no decurso do pregão.

381. A respeito do grau de aderência entre a documentação fornecida e a exigida pelo edital, registre-se as seguintes opiniões emitidas pela CGTI em sua análise de conformidade técnica da documentação de habilitação da empresa Cast Informática S.A., CNPJ 03.143.181/0001-01 (peça 396, p. 7, 9 e 13; grifou-se):

Conforme será realçado a seguir, há uma grande discrepância entre os bancos de dados, número de servidores e demais requisitos descritos no Edital e nos atestados apresentados, (...)

(...)

Além disso, o atestado datado de 28 de dezembro de 2011 também deve ser invalidado, uma vez que se trata de cópia exata do texto apresentado no Edital, item p.3 e não é taxativo com relação à execução dos serviços propriamente ditos.

(...)

No caso concreto, sequer o somatório dos atestados seria suficiente para demonstrar o atendimento do disposto no subitem 14.3.2 do Termo de Referência, (...)

382. Em que pese tais ressalvas da área técnica do órgão, os demais elementos circunstanciais desse certame – disputa acirrada, impetração de recursos, extensão e complexidade dos requisitos de habilitação técnica – levam a crer que as empresas inabilitadas tinham, de fato, a intenção de obter a adjudicação do objeto e por isso procederam com razoável diligência.

383. Registre-se, ainda, que o justificante gozou férias no período de 1º/2/2012 a 16/3/2012, durante o transcurso do Pregão 40/2011 (25/1/2012 a 8/5/2012), no qual ocorreu um dos fatos que foram questionados – a inabilitação do licitante Cast, em 15/2/2012. Considera-se, porém, que esse fator não tem o condão de afastar sua responsabilidade pela não adoção de providências com vistas à possível punição da empresa, tendo em vista que o retorno das férias ocorreu dois meses antes da homologação do certame, tempo este suficiente para a adoção das providências requeridas.

384. Ante todo o exposto, no que tange ao Pregão 40/2011, considera-se que o questionamento sobre a conduta do justificante quanto ao cumprimento do art. 7º da Lei 10.520/2002 não deve prosperar.

Pregão 42/2011

385. Cabe esclarecer que o justificante fez referência ao Pregão 42/2012, quando o pregão questionado na audiência foi o de número 42/2011 (peça 320, p. 14; peça 252, p. 72). Considerando, contudo, que os dados citados na justificativa do defendente são relativos ao Pregão 42/2011, o equívoco não prejudicou a análise.

386. O edital do Pregão 42/2011 (peça 397, p. 1) assim definiu o seu objeto:

1.1. A presente licitação tem por objeto a contratação de serviços de pesquisa e elaboração de estudo para o desenvolvimento de metodologia de planejamento e implementação do Plano Nacional de Capacitação e Aperfeiçoamento de Micro e Pequenas Empresas e do Empreendedorismo – PNCA – MPE, de que trata a Portaria MDIC 181, de 15/7/2011, conforme especificações constantes do Termo de Referência, Anexo I deste Edital.

387. Da mesma forma que no Pregão 40/2011, a ata do Pregão 42/2011 leva a crer que ele foi bem disputado (peça 398). Quinze empresas concorreram, sendo que quatro delas formularam propostas nos últimos dez minutos da fase de lances. Houve somente uma desclassificação, a da empresa Staff Consultoria e Serviços Ltda. (CNPJ 05.501.476/0001-20), a qual não recorreu. O objeto licitado, estimado pela Administração em R\$ 260.733,33, foi adjudicado por R\$ 86.000,00.

388. Segundo o parecer da área técnica, a inabilitação da empresa Staff se deu pelo seguinte motivo (peça 399, p. 1):

a. Os atestados de capacidade técnica apresentados pela licitante estabelecem que a mesma realizou apenas trabalhos de ministração de cursos e de pesquisa do tipo coleta e análise de dados brutos, não demonstrando comprovação de experiência em trabalhos de desenvolvimento de metodologia de planejamento e implementação de planos estratégicos de ação;

b. A licitante não apresentou declaração de que dispõe de profissionais qualificados para a execução do objeto licitado.

389. Quanto aos atestados de capacidade técnica, verificou-se que o edital apresenta algumas deficiências que poderiam ter contribuído para uma má inteligência, por parte do licitante, dos requisitos técnicos exigidos.

390. Em primeiro lugar, tem-se a descrição do objeto um pouco longa e confusa – ‘serviços de pesquisa e elaboração de estudo para o desenvolvimento de metodologia de planejamento e implementação do (...)’ (parágrafo 386).

391. Depois, a alínea 'o' do item 5.2 do edital, que versa sobre o Atestado de Capacidade Técnica, aparenta estar truncada, pois nada informa após a expressão '(...) devendo comprovar:' (peça 397, p. 5), a qual termina com dois pontos, mas não contém o esperado conjunto de subalíneas. Também não se identificou qualquer apontamento para o item 3 do termo de referência (peça 397, p. 16-18), que traz a descrição detalhada dos serviços a executar e poderia complementar o enunciado da alínea 'o' do aludido item 5.2.

392. Dessa forma, embora a leitura atenta do edital e do termo de referência pudesse evitar a falta de entendimento das exigências técnicas, as deficiências formais apontadas nesses instrumentos poderiam escusar o licitante pela não comprovação do atendimento integral dessas exigências.

393. Quanto à não apresentação de declaração de que dispõe de profissionais qualificados para a execução do objeto licitado, registre-se que se trata de documento claramente exigido no item 5.2, alínea 'p', do edital (peça 397, p. 5). Assim, ao não remeter o documento, o licitante incorreu em conduta irregular tipificada no art. 7º da Lei 10.520/2002, ficando, portanto, sujeito às sanções previstas na citada norma.

394. Dessa forma, não assiste razão ao defendente quando afirma que não se evidenciou a ocorrência de nenhuma das condutas irregulares tipificadas no art. 7º da Lei 10.520/2002, em virtude do caso retrocitado.

Pregão 8/2012

395. Neste pregão, promovido em 9/4/2012, a empresa Aduana Campinas Ltda. (CNPJ 64.034.994/0001-40) foi inabilitada porque a sua situação de qualificação econômico-financeira no Sicaf encontrava-se vencida desde 30/6/2011 (peças 400 e 401).

396. Deve ser refutada de plano, por inexistência de amparo legal, a justificativa que o defendente apresentou para não ter julgado o comportamento do licitante como desidioso ou revestido de má-fé. Segundo o justificante, o pequeno porte da empresa implicaria que, na maioria das vezes, esse tipo de empresa não disporia de equipe técnica para acompanhar e revalidar cadastro (parágrafo 360).

397. A declaração de regularidade do licitante junto ao Sicaf – que inclui o atestado de qualificação econômico-financeira – é documentação básica, requerida em qualquer licitação. Se a empresa não tem a capacidade de manter tais informações atualizadas, é de se imaginar a existência de riscos consideráveis quanto à boa execução dos futuros contratos. Ademais, o lapso temporal de nove meses entre a data de expiração do atestado no Sicaf e a data da licitação torna improvável que a empresa não soubesse que o atestado estava vencido quando se inscreveu no certame.

398. Quanto à alegação de que o dano ao erário foi pequeno, isso não afasta a responsabilidade do agente público de punir o comportamento ilegal da licitante, não devendo o prejuízo à Administração ser mensurado somente pela diferença entre o valor dos lances (parágrafos 138-141).

399. Portanto, não assiste razão ao defendente quando afirma que não se encontravam presentes os elementos tipificados no art. 7º da Lei 10.520/2002 neste pregão.

Pregão 16/2012

400. As circunstâncias deste pregão foram semelhantes às do Pregão 40/2001 anteriormente analisado. Compareceram muitos concorrentes, a disputa foi acirrada, tanto na fase de lances quanto na recursal, e o objeto licitado é de natureza complexa, com extensa e rigorosa especificação de requisitos técnicos (peça 402).

401. Tais fatos levam a crer que a empresa inabilitada tinha, de fato, a intenção de obter a adjudicação do objeto, e por isso procedeu com razoável diligência.

402. Assim, no que toca à sanção da empresa inabilitada, por eventual irregularidade cometida no certame, esta análise segue a mesma linha da expendida no Pregão 40/2011 (parágrafos 377-384), considerando que o questionamento sobre a conduta do justificante quanto ao cumprimento do art. 7º da Lei 10.520/2002 não deve prosperar.

Pregão 17/2012

403. O fato de o justificante informar que adotou providência para a abertura de processo administrativo destinado a punir a empresa infratora, após a provocação desta Corte, não o isenta da responsabilização de não tê-lo feito espontaneamente no decurso do certame.

404. Em face de todo o exposto, considerando que o justificante logrou demonstrar que, em alguns dos itens de pregão questionados, o comportamento dos licitantes não se enquadrou em nenhuma das situações tipificadas no art. 7º da Lei 10.520/2002, deve-se considerar o Argumento 1 parcialmente procedente.

V.2. Conclusão

405. As sanções previstas no art. 7º da Lei 10.520/2002 referem-se a condutas irregulares praticadas na contratação, no curso do certame e durante a execução do contrato (parágrafo 370).

406. O rol de atribuições do pregoeiro não se restringe àquelas enumeradas no Decreto 5.450/2005 (parágrafo 371).

407. O apoio da área técnica na análise da documentação de habilitação não isenta o pregoeiro de sua responsabilidade, formalmente expressa no art. VI do Decreto 5.450/2005, no sentido de verificar e julgar as condições de habilitação, considerando-se, ainda, que, a par da questão da habilitação propriamente dita, deve o pregoeiro avaliar a conduta do licitante, com vistas à possível punição daquele que tenha se comportado de modo ilegal (parágrafos 372-373).

408. O item 1 do Pregão 38/2011 deixou de constituir objeto de questionamento, tendo em vista que o certame foi revogado, em face de deficiências no edital (parágrafo 376), sendo, portanto, excluído da relação constante do Anexo 4.

409. Foram acatadas as razões de justificativa apresentadas pelo defendente para a não instauração de processo administrativo destinado à aplicação da sanção prevista no art. 7º da Lei 10.520/2002, nas situações ocorridas nos Pregões 40/2011 (parágrafo 384) e 16/2012 (parágrafo 402), sendo, portanto, os respectivos itens excluídos da relação constante do Anexo 4.

410. A diferença de valor entre as propostas é irrelevante para a aplicação das sanções previstas no art. 7º da Lei 10.520/2002 (parágrafo 398).

411. Foram rejeitadas as razões de justificativa apresentadas pelo defendente para a não instauração de processo administrativo destinado à aplicação da sanção prevista no art. 7º da Lei 10.520/2002, nos Pregões 42/2011 (parágrafo 394) e 8/2012 (parágrafo 399).

412. As providências anunciadas pelo justificante, de que foi instaurado processo administrativo destinado a punir a empresa infratora, após a provocação desta Corte, não o isenta da responsabilização de não tê-lo feito espontaneamente no decurso do Pregão 17/2012 (parágrafo 403).

413. Em face do exposto, conclui-se que o justificante conduziu-se irregularmente por não ter adotado providências com vistas à instauração de processo administrativo para apurar as possíveis condutas irregulares das empresas desclassificadas nos itens indicados no Anexo 4, relativo ao Pregões 42/2011, 8/2012 e 17/2012 que conduziu, com o agravante de que foi previamente alertado sobre essa obrigação (parágrafo 345). No tocante aos Pregões 38/2011, 40/2011 e 16/2012, foi elidida sua responsabilização.

V.3. Proposta de encaminhamento

414. Acolher parcialmente as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Abdias da Silva Oliveira, quanto à não adoção de providências com vistas à instauração de processo administrativo para apurar as condutas das empresas constantes do Anexo 4, que foram desclassificadas por não honrarem suas propostas nos itens de pregão ali indicados, condutas essas, em princípio, tipificadas como infrações na Lei 10.520/2002, art. 7º (parágrafo 413).

415. Aplicar multa ao Sr. Abdias da Silva Oliveira, CPF 331.615.501-53, com fulcro no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 268, inciso II, do RI/TCU, em virtude de afronta ao previsto na Lei 8.112/1990, art. 116, inciso III c/c Lei 10.520/2002, art. 9º e Lei 8.666/1993, art. 82, em face de sua omissão em dar cumprimento ao art. 7º da Lei 10.520/2002, quando da condução da licitação dos itens de pregão relacionados no Anexo 4.

VI. Luiz Antonio de Souza Cordeiro

(CPF 097.834.401-44, Subsecretário de Planejamento, Orçamento e Administração do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC) à época dos fatos relatados)

416. Os fatos que deram origem à responsabilização do Sr. Luiz Antonio de Souza Cordeiro foram decorrentes dos mesmos pregões objeto do questionamento constante do título V anterior (parágrafos 341-342), os quais foram por ele homologados.

417. Em face disso, por meio do Ofício 216/2013-TCU/Sefti (peça 262), foi promovida a audiência do Sr. Luiz Antonio para que apresentasse razões de justificativa sobre a seguinte conduta:

quando no exercício do papel de Subsecretário de Planejamento, Orçamento e Administração do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC), homologou pregões sem ter adotado providências com vistas à instauração de processo administrativo para apurar as condutas das empresas constantes no Anexo I, que foram desclassificadas por não honrarem suas propostas nos itens de pregão ali indicados, condutas essas em princípio tipificadas como infrações previstas na Lei 10.520/2002, art. 7º, o que afronta o previsto na Lei 8.112/1990, art. 116, inciso III c/c Lei 10.520/2002, art. 9º e Lei 8.666/1993, art. 82, tendo como agravante o fato de ter sido alertado para essa obrigação por meio do Ofício-Circular 23/DLSG/SLTI-MP, de 25/8/2011, parágrafo 2º, alínea 'a' (ofício encaminhado por meio da mensagem 068021 do sistema Comunica, enviada em 29/8/2011).

VI.1. Análise das razões de justificativa

Argumentos

418. O Sr. Luiz Antonio apresentou sua defesa em conjunto com o Sr. Abdias da Silva Oliveira, conforme faculta o art. 161 do RI/TCU, a qual consta do título V anterior (parágrafos 344-369).

Análise dos argumentos

419. A análise dos argumentos consta do título V anterior (parágrafos 370-404).

VI.2. Conclusão

420. As conclusões quanto à análise das razões de justificativas apresentadas constam do título V anterior (parágrafos 405-413).

421. No que se refere à qualificação do Sr. Luiz Antônio como agente homologador dos certames, deve-se ressaltar a responsabilidade das autoridades investidas nessa função, conforme consignado na fundamentação desta instrução (parágrafos 115-122).

422. Em face do exposto, conclui-se que o justificante conduziu-se irregularmente por ter homologado os Pregões 42/2011, 8/2012 e 17/2012 sem ter adotado providências com vistas à instauração de processo administrativo para apurar as possíveis condutas irregulares das empresas desclassificadas nos itens desses pregões indicados no Anexo 4, com o agravante de que foi previamente alertado sobre as ações esperadas dos pregoeiros nos casos de irregularidades cometidas por empresas nos processos licitatórios por eles conduzidos. No tocante aos Pregões 38/2011, 40/2011 e 16/2012, foi elidida sua responsabilização.

VI.3. Proposta de encaminhamento

423. Acolher parcialmente as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Luiz Antonio de Souza Cordeiro quanto à homologação de pregões sem ter adotado providências com vistas à instauração de processo administrativo para apurar as condutas das empresas constantes do Anexo 4, que foram desclassificadas por não honrarem suas propostas nos itens de pregão ali indicados, condutas essas, em princípio, tipificadas como infrações na Lei 10.520/2002, art. 7º (parágrafo 422).

424. Aplicar multa ao Sr. Luiz Antonio de Souza Cordeiro, CPF 097.834.401-44, com fulcro no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 268, inciso II, do RI/TCU, em virtude de afronta ao previsto na Lei 8.112/1990, art. 116, inciso III, c/c Lei 10.520/2002, art. 9º e Lei 8.666/1993, art. 82, em face de sua

omissão em dar cumprimento ao art. 7º da Lei 10.520/2002, quando da homologação da licitação dos itens de pregão relacionados no Anexo 4.

VII. Natanael Luiz Zotelli Filho

(CPF 085.046.476-50, pregoeiro do 9º Batalhão de Engenharia de Combate (9º BEcmb) à época dos fatos relatados)

425. O Nono Batalhão de Engenharia de Combate (9º BEcmb) realizou nove pregões eletrônicos sob a responsabilidade do pregoeiro, Sr. Natanael Luiz Zotelli Filho, entre 1º/1/2012 e 21/06/2012, dos quais, em oito foram identificadas 251 propostas recusadas, distribuídas em 172 itens, totalizando R\$ 1.499.834,16 (peça 252, p. 17).

426. Em nenhum dos casos foi aberto processo administrativo para punição das empresas, conforme determina o art. 7º da Lei 10.520/2002, com agravante de que houve orientação acerca da obrigatoriedade de tal procedimento por meio da mensagem 068021, de 29/8/2011, do sistema Comunica (peça 67), que deu cumprimento ao item 9.2.1.1 do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário (peça 252, p. 17).

427. Em face disso, por meio do Ofício 217/2013-TCU/Sefti (peça 263), foi promovida a audiência do Sr. Natanael para que apresentasse razões de justificativa sobre a seguinte conduta:

quando no exercício do papel de pregoeiro do 9º Batalhão de Engenharia de Combate (9º BEcmb), não adotou providências com vistas à instauração de processo administrativo para apurar as condutas das empresas constantes no Anexo I, que foram desclassificadas por não honrarem suas propostas nos itens de pregão ali indicados, condutas essas em princípio tipificadas como infrações previstas na Lei 10.520/2002, art. 7º, o que afronta o previsto na Lei 8.112/1990, art. 116, inciso III c/c Lei 10.520/2002, art. 9º e Lei 8.666/1993, art. 82, tendo como agravante o fato de ter sido alertado para essa obrigação por meio do Ofício-Circular 23/DLSG/SLTI-MP, de 25/8/2011, parágrafo 2º, alínea 'a' (ofício encaminhado por meio da mensagem 068021 do sistema Comunica, enviada em 29/8/2011).

428. Por meio de representante, o Sr. Natanael apresentou sua defesa em correspondência de 6/8/2013 (peça 330).

429. Em 10/10/2013, foi remetido o Ofício 722/2013-TCU/Sefti (peça 358), com vistas à correção de erro material do Ofício 217/2013-TCU/Sefti, referente ao critério legal utilizado (Lei 6.880/1980, art. 28, inciso IV, ao invés da Lei 8.112/1990, art. 116, inciso III). Embora não tenha havido qualquer alteração na responsabilidade atribuída anteriormente, concedeu-se novo prazo para a defesa, a critério do responsável.

430. Por meio de correspondência de 18/11/2013 (peça 368), o Sr. Natanael apresentou justificativas complementares, e, em 10/12/2013, apresentou novos elementos (peças 372 e 373).

431. Procede-se, a seguir, à exposição e análise dos argumentos apresentados em 6/8/2013 (peça 330), e em 18/11/2013 (peça 368), bem como dos novos elementos (peças 372 e 373).

VII.1. Análise das razões de justificativa

Argumento 1 – O disposto no art. 7º da Lei 10.520/2002 aplicar-se-ia somente ao adjudicatário

432. No entendimento do defendente, o Relatório de Fiscalização, ao consignar que ele não teria adotado providências com vistas à instauração de processo administrativo para apurar as condutas das empresas que foram desclassificadas por não honrarem suas propostas, teria se embasado em premissas falsas, pois as empresas listadas no Anexo I ‘não foram desclassificadas pelo pregoeiro por não honrarem suas propostas’, mas ‘o que efetivamente aconteceu, foi a inabilitação das licitantes por falta de documentos’. Considera que ‘aparentemente está ocorrendo uma confusão na interpretação de dois institutos, quais sejam, o ‘convocado’ e o ‘inabilitado’ (peça 330, p. 4; grifos do justificante).

433. Argumenta que ‘convocado’ se refere ao licitante ao qual foi adjudicado o objeto do certame e ‘este sim, que teve seu objeto adjudicado, está sujeito às penalidades do art. 7º da Lei 10.520/2002’. Aduz que tal interpretação decorre da própria norma, ‘que não deixa dúvida quando expressamente define os licitantes sujeitos à sanção’, reiterando seu entendimento de que o termo convocado constante do citado

dispositivo legal – Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, (...) – ‘refere-se ao licitante devidamente habilitado, cuja proposta tenha sido adjudicada’. Afirma que ‘tal interpretação decorre do fato de que não se pode convocar alguém inabilitado para assinar o contrato’. Arremata, afirmando o seguinte: ‘Logo, estar previamente habilitado é requisito essencial para ser convocado para contratar, e somente o convocado é que poderá sofrer a sanção insculpida no art. 7º da Lei 10.520/2002’ (peça 330, p. 4-5; grifos do justificante).

434. De outra parte, considera que ‘inabilitado’ é o licitante que não preencheu os requisitos de habilitação, e, portanto, não será convocado. E que, nesse caso, não havendo expectativa de relação contratual, não caberia se falar em sanções a serem aplicadas ao particular, sendo sua inabilitação o ato final a ser praticado pelo pregoeiro (peça 330, p. 5).

435. Elabora a seguinte síntese do argumento (peça 330, p. 5-6; grifo do justificante):

Logo, in casu aparenta estar ocorrendo equívoco na interpretação dos institutos em questão, tendo em vista que a penalidade disposta no art. 7º da Lei 10.520/02 deve ser aplicada é àquele que habilitado, não cumpra com a proposta ou pratique uma das situações descrita no dito dispositivo, o que não é o caso das inabilitações declaradas pelo ora peticionante.

436. O justificante incluiu nos autos cópia do Parecer 1210/2013/CJU-MS/CGU/AGU, de 5/12/2013, da Consultoria Jurídica da União no Estado de Mato Grosso do Sul (peça 372, p. 8-18), no qual aquele órgão, provocado pelo Ofício SALC/9º BE Cmb 33/2013, do Comandante do 9º Batalhão de Engenharia de Combate (peça 372, p. 4-5), se posiciona a respeito das condições de aplicação do art. 7º da Lei 10.520/2002.

437. O defendente ressalta a seguinte conclusão constante do item 24 do mencionado parecer (peça 372, p. 2-3):

Pelo exposto, a Advocacia-Geral da União, por intermédio de seu membro (Constituição Federal, art. 131 e Lei Complementar 73/1993, art. 11, VI), opina no sentido de que a norma do art. 7º da Lei 10.520/2002 tem como sujeito passivo ‘o adjudicatário, o licitante vencedor do certame’ (Mestre em Direito Administrativo Fabrício Motta, na obra Pregão Presencial e Eletrônico – Ed. Fórum, 1ª edição, 2007, p. 157, coordenada pelo festejado Mestre e Doutor Diogenes Gasparini) e no sentido de que não há previsão legal para instauração de processo objetivando a apuração de infrações, contra todos os licitantes inabilitados/desclassificados, em todos os pregões.

438. Argumenta que a própria AGU não concorda com o entendimento do TCU, o que demonstraria as divergências sobre o tema, e que o peticionante não agiu de má-fé na gestão do pregão, ‘pois a identificação e sanção das ‘empresas coelho’ é tema ainda muito polêmico na doutrina’ (peça 372, p. 3).

Análise do argumento 1

439. A interpretação do art. 7º da Lei 10.520/2002 trazida pelo defendente está equivocada. Conforme exposto nesta instrução, o TCU já se posicionou a respeito do assunto, no sentido de que a necessidade de convocação do adjudicatário restringe-se exclusivamente à conduta de deixar de celebrar o contrato, e que o elenco de irregularidades previsto no art. 7º da Lei 10.520/2002 refere-se a condutas praticadas na contratação, no curso do certame e durante a execução do contrato (parágrafos 28-36).

Quanto ao entendimento da AGU

440. De outra parte, a equipe de fiscalização realizou pesquisa no sítio da AGU na internet, com o intuito de verificar a existência de possível orientação geral daquele órgão a respeito da aplicação do art. 7º da Lei 10.520/2002. Apesar de não se ter encontrado Orientação Normativa, propriamente dita, notou-se que já existem algumas orientações a respeito do assunto nas recomendações sobre os modelos para licitações e contratos.

441. De acordo com o consignado no parágrafo 51 desta instrução, o modelo de edital de pregão constante do sítio da AGU traz, no item 17, as sanções administrativas previstas no art. 7º da Lei 10.520/2002 (peça 382, p. 18-19, grifou-se). Pode-se observar, naquele modelo, que os comportamentos

irregulares tipificados na aludida norma foram didaticamente desdobrados pela AGU em subitens (17.1.1 a 17.1.7) e que o *caput* do item 17.1 usa o termo ‘licitante/adjudicatário’, o que demonstra entendimento no sentido de que as condutas relacionadas podem ser atribuíveis tanto ao licitante, quanto ao adjudicatário, ou a ambos. Além disso, o subitem 17.2 daquele modelo trata da declaração falsa quanto às condições de participação e do conluio entre licitantes, em qualquer momento da licitação, associando-a a uma das condutas tipificadas na Lei do Pregão – a de comportar-se de modo inidôneo.

442. Pelo exposto, constata-se que, efetivamente, já existe algum normativo geral da AGU a respeito da aplicação do art. 7º da Lei 10.520/2002, embora não propriamente por meio de Orientação Normativa, e que essa orientação encontra-se em consonância com a jurisprudência do TCU. Por tal razão, merece reparo a afirmação do defendente de que a própria AGU não concordaria com o entendimento do TCU.

Quanto ao Parecer 1210/2013/CJU-MS/CGU/AGU

443. O referido parecer foi emitido com fulcro no inciso II do art. 19 do Ato Regimental AGU 5/2007, que estabelece competência, para os Núcleos de Assessoramento Jurídico, fixar a interpretação da Constituição, das leis e dos demais atos normativos, quando não houver orientação normativa da Advocacia-Geral da União.

444. O conteúdo desse parecer merece comentários, pois não se coaduna com a jurisprudência emanada do TCU e, ao que parece, com o entendimento da própria AGU, conforme exposto nos parágrafos 440 a 442 retro.

445. Foi afirmado, no parecer, que as condutas previstas no art. 7º da Lei 10.520/2002 referem-se ‘ao contratado, o adjudicatário do objeto posto em disputa na licitação’ (peça 372, p. 12, § 9º). Como suporte a essa assertiva, foi utilizado o seguinte excerto da doutrina (peça 372, p. 10, § 7º):

(...) Claramente, o sujeito ativo de tal infração é o adjudicatário, o licitante vencedor do certame que ainda não celebrou o contrato. (in Fabrício Motta. Das sanções. Diogenes Gasparini (Coord.). Pregão presencial e eletrônico. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 157; grifou-se)

446. Contudo, a ‘infração’, citada na doutrina reproduzida no parágrafo anterior, diz respeito apenas à primeira infração elencada na norma, ou seja, à não celebração de contrato, conforme se constata da leitura completa do texto doutrinário:

5. As infrações previstas no art. 7º da Lei 10.520/2002

5.1 Recusa em celebrar contrato

A primeira infração é assim tipificada pelo art. 7º da Lei do Pregão: ‘Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato’. Claramente, o sujeito ativo de tal infração é o adjudicatário, o licitante vencedor do certame que ainda não celebrou o contrato. (in Fabrício Motta. Das sanções. Diogenes Gasparini (Coord.). Pregão presencial e eletrônico. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 132; grifou-se)

447. Considera-se que o parecer estendeu indevidamente o alcance da afirmação do doutrinador a respeito do sujeito ativo da infração, a qual se referia apenas à primeira conduta tipificada na lei.

448. Para sustentar o entendimento nele consignado, o parecer traz excertos de comentários do doutrinador também sobre as duas próximas condutas irregulares tipificadas na Lei do Pregão (peça 372, p. 10, § 8º):

8.1) deixar de entregar (...) documentação (...) exigida para o certame. (...) Trata-se, enfim de verificar se o licitante vencedor apresentou, no envelope apropriado, todos os documentos exigidos para a habilitação. (...) É imprescindível, mas dificultoso na prática, comprovar que a conduta tenha sido praticada com culpa para que possa ser iniciado o processo de sancionamento. (...) (in Fabrício Motta. Das sanções. Diogenes Gasparini (Coord.). Pregão presencial e eletrônico. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 159; grifos da Consultoria Jurídica);

8.2) apresentar documentação falsa exigida para o certame. (...) Claramente não se encontra abrangido pelo alcance da sanção o licitante que não tiver seu envelope aberto, por não ter

vencido o certame, pela óbvia impossibilidade de se verificar a ausência ou a falsidade de documento (Idem. p. 161; grifo da Consultoria Jurídica).

449. É possível deduzir da linha de argumentação utilizada no parecer, que se pretendeu atribuir aos termos ‘licitante vencedor’ e ‘por não ter vencido o certame’, grifados nos excertos constantes do parágrafo anterior, o sentido de ‘adjudicatário’ e ‘por não ter obtido a adjudicação’, respectivamente. Considera-se, porém, que essa interpretação não condiz com entendimento exposto na doutrina utilizada como referência.

450. O seguinte trecho da citada obra, que antecede o excerto trazido pela consultoria jurídica da AGU, deixa claro que o termo ‘licitante vencedor’ foi empregado pelo autor no sentido de ‘licitante que apresentou a melhor proposta’, e que a infração pode ocorrer já na fase de habilitação:

A primeira infração comentada neste inciso, correspondente à conduta de ‘deixar de entregar documentação exigida para o certame’, refere-se à documentação exigida para habilitação do licitante que apresentou a melhor proposta, entregue em envelope distinto do que contém a oferta de preço e aberto após o encerramento da etapa competitiva e da ordenação das ofertas. Trata-se, enfim, de verificar se o licitante vencedor apresentou, no envelope apropriado, todos os documentos exigidos para a habilitação. (in Fabrício Motta. Das sanções. Diogenes Gasparini (Coord.). Pregão presencial e eletrônico. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 135; grifou-se)

451. Ademais, no que se refere à apresentação de documentação falsa, assevera a doutrina:

A outra infração que passamos a analisar remete à apresentação de documentação falsa para participar do certame. Neste caso, o vínculo de confiança é quebrado com maior força porque se trata de expediente utilizado pelo particular para ludibriar a Administração com o intuito de viabilizar sua participação no certame. A falsidade pode ser verificada não somente nos documentos exigidos para habilitação, mas também no credenciamento do interessado ou seu representante. (in Fabrício Motta. Das sanções. Diogenes Gasparini (Coord.). Pregão presencial e eletrônico. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 135-136; grifou-se)

452. Assim, constata-se que o entendimento do doutrinador, consignado nos comentários sobre as três primeiras infrações tipificadas no art. 7º da Lei do Pregão, é de que essas três infrações referem-se a condutas que podem ser praticadas tanto no credenciamento do licitante (parágrafo 451), quanto na contratação (parágrafo 446) ou na fase de habilitação (parágrafos 449-451).

453. Entende-se, portanto, que a conclusão a que se chega no citado parecer não merece prosperar, eis que se baseia em premissas equivocadas. Além disso, tal conclusão parece desconsiderar a existência de condutas elencadas na Lei do Pregão, sobre as quais não se vislumbra razões para crer que não possam ocorrer antes da adjudicação, como são os casos de não manter a proposta, de comportar-se de modo inidôneo e de fraudar o certame.

454. Merece ressalva, ainda, a interpretação dada por aquela Consultoria Jurídica ao item 9.2.1.1 do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário (parágrafo 124), de que ‘Embora a conclusão do Acórdão não deixe explícita a ideia, o que o Tribunal de Contas efetivamente está recomendando é que se abra processo objetivando punir todos licitantes desclassificados, em todas as licitações’ (peça 372, p. 12, § 10). Essa interpretação também não merece prosperar, pois a deliberação deste Tribunal delineia explicitamente o escopo das autuações determinadas – ‘contra as empresas que praticarem atos ilegais previstos no art. 7º da Lei 10.520/2002’ –, sendo defeso ao parecerista dar interpretação diversa daquela explicitada no texto do acórdão.

455. Ante o exposto, as opiniões emitidas no Parecer 1210/2013/CJU-MS/CGU/AGU não merecem acolhida, tendo em vista que ora se basearam em premissas equivocadas (parágrafos 445-453), ora são interpretações equivocadas de julgados do TCU (parágrafo 454).

456. Dessa forma, considerando que o elenco de irregularidades previsto no art. 7º da Lei 10.520/2002 refere-se a condutas na contratação, no curso do certame e durante a execução do contrato (parágrafo 439), o Argumento 1 deve ser rejeitado.

457. Considera-se que procede a alegação do justificante de que as opiniões externadas pela CJU-MS demonstrariam que ele não agiu de má-fé, pois há indícios nos autos de que, realmente, o entendimento vigente no 9º Batalhão de Engenharia de Combate, à época dos pregões questionados, era o alegado pelo defendente, e que ele, de fato, buscou confirmá-lo. Assim, deduz-se do seguinte trecho da consulta, de 28/11/2013, endereçada pelo Comandante do 9º Batalhão à CJU-MS, no qual é feita referência a tais orientações anteriores (peça 372, p. 5; § 4º; grifou-se):

De acordo com citação anterior, o setor de licitações realiza os trabalhos atinentes aos processos, de acordo com o entendimento comum, qual seja, o de aplicar a Lei por ocorrências após a realização da licitação e não por ocasião da inabilitação durante o certame; procedimento este, alinhado ao entendimento corroborado, novamente, em 11/9/2012, pelo próprio ex-Coordenador-Geral da CJU-MS, Dr. Clóvis Ferreira Lopes, diretamente ao pregoeiro Natanael Luiz Zotelli Filho, militar desta Unidade.

458. E, em seu parecer, a Consultoria Jurídica confirmou essa assertiva, nos seguintes termos (peça 372, p. 18, § 23):

23. Finalizando as respostas à consulta que nos foi dirigida, resta-nos informar que o entendimento da CJU-MS não se alterou após a publicação do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário, permanecendo o mesmo que o próprio ex-Coordenador-Geral da CJU-MS, Dr. Clóvis Ferreira Lopes, informou diretamente ao pregoeiro Natanael Luiz Zotelli Filho.

Argumento 2 – O pregoeiro não teria competência para aplicar a sanção prevista no art. 7º da Lei 10.520/2002

459. O defendente alega que o pregoeiro, ora peticionante, não tem competência para aplicar a sanção prevista no art. 7º da Lei 10.520/02. Segundo ele, não há, no texto da aludida norma, manifestação expressa de quem tem a competência para aplicar tal sanção (peça 330, p. 6).

460. O justificante realiza análise comparativa com a Lei 8.666/1993, para argumentar que a interpretação mais adequada a ser dada ao dispositivo em questão seria no sentido de que a competência para aplicar a sanção prevista no art. 7º da Lei 10.520/2002 seria do Secretário Municipal, Secretário de Estado ou Ministro de Estado, já que a sanção se assemelharia àquela disposta no art. 87, inciso IV da Lei 8.666/1993, cuja competência é dessas autoridades, nos termos do § 3º desse dispositivo (peça 330, p. 6).

461. A justificativa de sua alegação quanto à semelhança da sanção prevista nas duas normas dá-se com base no alcance dessas sanções, o qual, no seu entender, seria semelhante em ambos os dispositivos. Considera que a punição prevista no art. 87, inciso IV da Lei 8.666/1993 faz com que o licitante fique impedido de participar de licitações e contratos com todos os órgãos públicos, de todas as esferas da federação, por força do conceito dado pelo art. 6º, inciso XI, da mesma lei, ao termo Administração Pública, constante do mencionado art. 87. E que, no mesmo sentido, seria a sanção do art. 7º da Lei 10.520/2002, segundo a qual ‘ficará impedido de licitar e contratar com a União, estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores (...)’. Aduz que o descredenciamento no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores, tornaria totalmente inviável a participação em licitações e contratos em outros órgãos e outras esferas federativas, além daquela que aplicou a sanção (peça 330, p. 6-7).

462. Dessa forma, assevera que ‘não resta dúvida que o alcance das sanções elencadas no art. 87, inciso IV, da Lei 8.666/1993 e art. 7º da Lei 10.502/2002 são semelhantes, e por isso devem ser aplicadas pelas mesmas autoridades, quais sejam, aquelas elencadas no art. 87, § 3º da Lei 8.666/1993’ (peça 330, p. 7).

463. Aduz que, em nenhuma passagem da Lei 10.5020/2002, constata-se a competência do pregoeiro para aplicar sanções, conforme se observa dos comandos que, expressamente, elencam as competências e obrigações dos pregoeiros, em especial dos arts. 3º, inciso IV, e 4º, incisos XI, XII e XVI. E que, da mesma forma, o art. 11 do Decreto 5.450/2005 não faz referência a esse tipo de competência do pregoeiro (peça 330, p. 7).

464. Conclui, em face disso, que, não tendo o pregoeiro competência para aplicar a sanção prevista no art. 7º da Lei 10.520/2002, não caberia a ele praticar tal ato, mas sim às autoridades superiores. Invoca a teoria dos atos administrativos, para considerar que ‘todo ato administrativo deve ser praticado por agente

que tenha competência para tanto; competência esta decorrente de lei; eventual sanção praticada pelo pregoeiro, que não tem a devida competência, poderá ser declarada nula futuramente' (peça 330, p. 7-8).

Análise do argumento 2

465. O pregoeiro é responsável pela condução do pregão na sua etapa externa, devendo zelar pelo cumprimento da legislação e do edital do certame. Assim, é atribuição do pregoeiro tratar eventuais irregularidades que se verifiquem no curso do pregão, dentre elas, as transgressões previstas no art. 7º da Lei 10.520/2002, dando o encaminhamento necessário para sanear o problema (parágrafos 106-114), qual seja, a instauração do processo administrativo para apurar as responsabilidades dos licitantes.

466. Dessa forma, tendo em vista que compete ao pregoeiro adotar providências com vistas à instauração de processo administrativo destinado a punir as condutas ilegais previstas no art. 7º da Lei 10.520/2002, o Argumento 2 não deve prosperar.

Argumento 3 – Os fatos questionados teriam sido informados às autoridades superiores

467. O defendente alega de informou às autoridades superiores sobre os acontecimentos ocorridos nos certames ora auditados (peça 330, p. 3), conforme expediente DIEx 043 – Pel Eqp Cnst, de 24/4/2013 (peça 330, p. 19-21), o que demonstraria ter sido diligente, ao adotar a medida que entendeu conveniente, a dar cumprimento ao entendimento emanado do TCU (peça 330, p. 8).

468. Segundo o peticionado, o mencionado expediente levou ao conhecimento de seus superiores os seguintes assuntos (peça 330, p. 3):

- a) que ele 'tinha uma interpretação do art. 7º da Lei 10.520/2002, diversa dos posicionamentos do TCU';
- b) que, em razão de sua pouca experiência como pregoeiro, buscou se informar junto a outros colegas e até mesmo junto ao Chefe da Consultoria Jurídica da União, no Estado do Mato Grosso do Sul, 'sendo que todos tinham o mesmo entendimento que o seu, a respeito do art. 7º da Lei do Pregão';
- c) 'que não possui condições técnicas para identificar as empresas a serem punidas, assim como para realizar processo administrativo para punição das mesmas'.

469. Aduziu que, no mencionado expediente, solicitou que fossem adotadas medidas para implementar o entendimento do TCU, objetivando manter a lisura nos processos licitatórios gerenciados pela instituição (peça 330, p. 3).

Análise do argumento 3

470. As informações que o justificante alega ter transmitido para as autoridades superiores somente ocorreram oito meses após a diligência promovida por meio do Ofício 581/2012-TCU/Sefti, de 21/8/2012 (peça 44), sobre os pregões conduzidos, sob sua responsabilidade, no primeiro semestre daquele ano.

471. Para que esse expediente do justificante tivesse o condão de afastar a responsabilidade que lhe está sendo atribuída, teria que ter sido remetido durante o transcurso dos certames questionados, e não após decorrido um ano, em face desta fiscalização.

472. Ante o exposto, tendo em vista que as autoridades superiores só foram informadas das irregularidades cometidas pelos licitantes após as ações promovidas por esta fiscalização, o Argumento 3 não merece ser acolhido.

Argumento 4 – As condições precárias de trabalho isentariam o justificante da responsabilização

473. O defendente solicita que sejam consideradas as suas condições de trabalho, que não dispõem de meios, estrutura, pessoal, e treinamento suficiente para realizar suas atividades (peça 330, p. 8).

474. Alega sua pouca experiência – menos de dois anos nas funções de pregoeiro (foi nomeado em 6/1/2012; peça 330, p. 18) – e impossibilidade de negar a função a ele atribuída, devido à hierarquia e disciplina que imperam em uma unidade do Exército Brasileiro. E que, por essa razão, aceitou o encargo, mas, 'a despeito da pouca experiência, vem atuando dentro da legalidade e do bom senso, tendo em vista a limitada formação e conhecimento na área' (peça 330, p. 9).

475. Informa que não exerce a função de pregoeiro com exclusividade, sendo responsável por outras atividades dentro do Batalhão. Isso faz com que não disponha de tempo suficiente para realizar cursos de aperfeiçoamento ligados à atividade de pregoeiro (peça 330, p. 9).
476. Acrescenta que só realizou um treinamento, em 2010, com carga de 24 horas-aula (peça 330, p. 3; 9). Juntou cópia do certificado (peça 372, p. 20-21) e de conjunto de apostilas do referido treinamento (peça 372, p. 90-142; peça 373), com o intuito de demonstrar que aquele curso ‘em momento algum tratou das sanções a serem aplicadas em razão da inabilitação das empresas ‘coelho’ (peça 372, p. 1). Aduz que o tratamento do tema penalidades, na apostila, restringe-se a três *slides*, os quais não tratam ‘da identificação e sanção de eventuais empresas fraudulentas no certame’. Ressalta que a carga horária para tratar de sanções administrativas foi de apenas uma hora-aula. (peça 372, p. 2).
477. O responsável juntou, também, apostila de curso similar de formação de pregoeiros, ministrado em 2013 (peça 372, p. 22-89), para demonstrar que ele ‘também não se debruçou satisfatoriamente no tema em questão’ (peça 372, p. 2).
478. Em face dessas razões, o justificante assevera que ‘não foi devidamente capacitado para realizar a identificação do achado do relatado pelo Tribunal de Contas da União nos autos da Auditoria em questão’, o que demonstraria sua boa-fé na condução dos procedimentos licitatórios (peça 372, p. 2).
479. Alega, ainda, que, em seara complexa do direito administrativo que causa controvérsias entre os estudiosos do direito, falta-lhe formação jurídica, o que faz com que seja ‘humanamente impossível ter conhecimento e capacidade para implementar de imediato as orientações e interpretações dos órgãos de controle’ (peça 330, p. 9).
480. O justificante argumenta que as considerações expostas ‘revelam a realidade de grande parte dos órgãos da administração pública em toda nação, sendo desarrazoado sancionar os pregoeiros por suposta omissão em não abrir o processo administrativo em face de empresas que não comparecem para assinar o contrato’ (peça 330, p. 10; sic).
481. Em face do exposto, o defendente pede que seja afastada sua responsabilidade, em razão da falta de condições para realizar a atividade de pregoeiro na plenitude. Alega que o TCU, em situação semelhante, se posicionou no sentido de que ausência de condições para o servidor exercer suas atividades na plenitude é razão para isentá-lo de responsabilidade (peça 330, p. 10), trazendo à consideração desta Corte a seguinte ementa do Acórdão 839/2011-TCU-Plenário:

RECURSOS DE RECONSIDERAÇÃO EM TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. IRREGULARIDADES. CONHECIMENTO. PROVIMENTO PARCIAL DE UM RECURSO. NÃO PROVIMENTO DOS DEMAIS. CIÊNCIA AOS INTERESSADOS. 1. Demonstrado nos autos que a responsável pela fiscalização do contrato tinha condições precárias para realizar seu trabalho, elide-se sua responsabilidade.

482. O responsável argumenta que, ‘restando demonstrado as condições de trabalho do ora peticionante, e considerando que não há qualquer indício de má-fé na gestão de suas atividades, necessária é a isenção da responsabilidade do peticionante’ (peça 330, p. 11).

Análise do argumento 4

483. O justificante não logrou comprovar a alegada falta de meios, de estrutura e de pessoal, bem como a sua falta de experiência. A respeito dela, os elementos disponíveis nos autos indicam que ele foi nomeado pregoeiro em 6/1/2012 (peça 330, p. 18) e, em 7/2/2012, conduziu o Pregão 7/2011. Porém, não constam informações sobre em que áreas atuou e quais atividades exerceu antes desse período.
484. Quanto à alegação de que não foi devidamente capacitado para o exercício das funções de pregoeiro, verificou-se inicialmente que o treinamento foi realizado em junho de 2010 (peça 372, p. 20) e que a sua primeira atuação foi em 7/2/2012. Como a interpretação desta Corte de Contas sobre a correta aplicação do art. 7º da Lei do Pregão foi divulgada aos gestores e unidades do Siasg em agosto de 2011 (parágrafo 123), é possível que naquele treinamento o justificante não tenha sido adequadamente orientado a respeito do assunto.

485. De fato, constatou-se a inexistência no material didático do curso (peça 372, p. 90-142; peça 373), de orientação sistematizada sobre a conduta esperada dos pregoeiros na identificação das possíveis ilicitudes praticadas por licitantes e nas ações destinadas à punição delas decorrentes. Além disso, os dizeres do *slide* sobre ‘Penalidades – Quando o licitante pode ser penalizado?’ (folha 41 da apostila sobre pregão eletrônico; peça 372, p. 135; grifou-se) – ‘Deixar de entregar documentação exigida no edital; (adjudicação)’ – podem transmitir para o treinando a ideia incorreta de que a conduta só seria punível quando se desse na fase da adjudicação.

486. Há indícios, portanto, de que o justificante não se encontrava adequadamente capacitado no que se refere à correta interpretação e aplicação dos dispositivos de penalidade previstos na Lei do Pregão, razão pela qual o Argumento 4 merece ser parcialmente acolhido.

487. Quanto à alegação do defendente a respeito da inexistência de indício de má-fé na gestão de suas atividades, a avaliação desse aspecto será realizada nas considerações sobre culpabilidade, mais adiante (parágrafos 506).

Argumento 5 – Não teria recebido a mensagem 068021, de 29/8/2011, do sistema Comunica

488. O peticionante afirma que, ao contrário do consignado no Relatório de Fiscalização, não recebeu o Ofício-Circular 23/DLSG/SLTI-MP, de 25/8/2011, encaminhada por meio da mensagem 068021, de 29/8/2011, do sistema Comunica (peça 330, p. 9).

489. Alega que, a despeito da impossibilidade de provar que não recebeu a mensagem, ‘há nítida presunção de que a alegação é verdadeira, tendo em vista que o peticionante só foi lotado na função de pregoeiro em janeiro de 2012, ou seja, após o envio da mensagem’ (peça 330, p. 9-10; 18).

Análise do argumento 5

490. Considerando que as orientações desta Corte foram divulgadas por intermédio de mensagem do sistema Comunica quatro meses antes da nomeação do defendente para as funções de pregoeiro, bem como o breve lapso de tempo que essas mensagens ficam disponíveis (parágrafos 129-130), entende-se que não é possível exigir-se que tivesse tomado conhecimento de tal mensagem.

491. Por isso, tendo em vista a presente situação, que justifica o fato de o defendente não ter tomado ciência da mensagem 068021 do sistema Comunica, o Argumento 5 merece ser acolhido.

Argumento 6 – A auditoria *in loco* teria entendido que não havia irregularidades no pregão questionado

492. O justificante alega que, no período de 21 a 24/10/2013, o batalhão onde lotado ‘sofreu Auditoria *in loco* deste Tribunal de Contas’ (sic), em cumprimento ao Plano Anual de Atividades de Auditoria (PAAA) de 2013 (peça 368, p. 2-3).

493. Encaminhou cópia do relatório da citada auditoria (peça 368, p. 5-20), do qual ressalta excerto que trata de matéria abrangida pelo escopo desta fiscalização (providências a serem adotadas em face de empresas inabilitadas nos pregões eletrônicos). O referido excerto registra que os Pregões 12/2012 e 14/2012 – este último questionado nesta fiscalização – foram incluídos na amostra porque o Observatório da Despesa Pública da Controladoria-Geral da União os incluiu nas Trilhas de Auditoria, com a observação de que, para vários itens, a melhor proposta não ganhou. Registra, ainda, ter sido verificado que o motivo pelo qual as propostas de menor preço não ganharam referia-se ao fato de as empresas proponentes não terem atendido aos requisitos de habilitação ou do termo de referência (peça 368, p. 3).

494. O defendente alega que a citada equipe de auditoria não apontou a existência de qualquer irregularidade referente a esse assunto, ‘conforme se pode observar no item 2.2.2.3 do mesmo relatório de Auditoria’ (peça 368, p. 3; 15).

495. Argumenta que, assim, procura demonstrar que a suposta irregularidade apontada nesse feito ‘sequer é pacificada entre os Auditores do próprio TCU, eis que a Auditoria *in loco* entendeu que não haveria irregularidades praticadas pelo peticionante, quando da direção de procedimento de pregão eletrônico’. Aduz que, naquela auditoria, não houve qualquer orientação ao peticionante sobre procedimento a ser adotado em face das empresas desclassificadas (peça 368, p. 3).

Análise do argumento 6

496. Cabe esclarecer que a auditoria *in loco* a que se refere o defendente não foi realizada pelo TCU, mas sim por Unidade de Controle Interno do próprio Exército, conforme se verifica pelo timbre, pela introdução do antepenúltimo parágrafo e pelos signatários constantes do relatório de auditoria (peça 368, p. 5; 20).

497. Dessa forma, resta não fundamentada a afirmação do justificante de que o tema não está pacificado entre os auditores do próprio TCU, razão pela qual deve ser repudiada.

498. Quanto ao mérito do parecer externado no item 2.2.2.3 do relatório de fiscalização daquela unidade de controle interno (peça 368, p. 14-15), de que não se observou irregularidade nas desclassificações ocorridas nos pregões por ela auditados, considera-se não ser possível sua comparação com os entendimentos desta equipe, de plano, como tentou fazer o justificante, tendo em vista que os elementos constantes daquele relatório não explicitam o escopo e a abordagem daquela auditoria. Por exemplo, na hipótese de que a citada auditoria interna tenha se atido à verificação da legalidade dos atos administrativos que desclassificaram os licitantes, a abordagem seria distinta da aqui realizada, que é quanto à verificação da aplicação de punições àqueles licitantes que, havendo se comportado ilegalmente, deram causa a suas desclassificações.

499. Ante o exposto, tendo em vista que a auditoria *in loco* a que se refere o justificante não foi realizada pelo TCU, considera-se prejudicado o Argumento 6.

VII.2. Conclusão

500. As sanções previstas no art. 7º da Lei 10.520/2002 referem-se a condutas irregulares praticadas na contratação, no curso do certame e durante a execução do contrato (parágrafos 439-456).

501. Compete ao pregoeiro adotar providências com vistas à instauração de processo administrativo destinado a punir as condutas ilegais previstas no art. 7º da Lei 10.520/2002 (parágrafos 465-466).

502. O argumento de que as autoridades superiores foram informadas das irregularidades cometidas pelos licitantes não tem o condão de afastar a responsabilidade do justificante, tendo em vista que esse comunicado foi feito após as ações promovidas por esta fiscalização (parágrafos 470-472).

503. Considera-se prejudicado o argumento referente aos resultados de auditoria interna, tendo em vista que, diferentemente do que afirma o justificante, a referida auditoria não foi realizada pelo TCU (parágrafos 496-499).

504. Nada obstante a existência de indícios de que o justificante não se encontrava adequadamente capacitado no que se refere à correta interpretação e aplicação dos dispositivos de penalidade previstos na Lei do Pregão (parágrafo 486) e a possibilidade de que não tenha tomado ciência das orientações emanadas do TCU (parágrafos 490-491), essas condições não o eximem da obrigação de conhecer as normas que regem as licitações – notadamente a Lei 10.520/2002 (Lei do Pregão) e o Decreto 5.450/2005, a partir do momento em que é designado para atuar como pregoeiro.

505. Neste sentido, não poderia esquivar-se do dever legal de dar cumprimento ao art. 7º da Lei 10.520/2002, quando um licitante incorresse em alguma das situações irregulares nele tipificadas, como foram as situações questionadas nesta fiscalização.

506. Entretanto, o justificante logrou comprovar que havia orientação diversa na entidade em que atuava, inclusive com respaldo da Consultoria Jurídica da União no Mato Grosso do Sul (parágrafos 457-458). Em razão disso, não seria razoável exigir do responsável a adoção de conduta diferente da que adotou na execução dos pregões questionados.

507. Em face do exposto, conclui-se que a conduta do responsável não é culpável, ou seja, reprovável, uma vez que ele agiu amparado em excludentes de culpabilidade, razão porque não merece ser apenado pelo Tribunal.

VII.3. Proposta de encaminhamento

508. Acolher as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Natanael Luiz Zotelli Filho quanto à não adoção de providências com vistas à instauração de processo administrativo para apurar as condutas das empresas constantes do Anexo 5, que foram desclassificadas por não honrarem suas propostas nos itens

de pregão ali indicados, condutas essas, em princípio, tipificadas como infrações na Lei 10.520/2002, art. 7º (parágrafo 507).

VIII. José Henrique Araujo dos Santos

(CPF 905.206.707-44, Comandante do 9º Batalhão de Engenharia de Combate (9º BEcmb) à época dos fatos relatados)

509. Os fatos que deram origem à responsabilização do Sr. José Henrique Araujo dos Santos foram decorrentes dos mesmos pregões objeto do questionamento constante do título VII anterior (parágrafos 425-426), os quais foram por ele homologados.

510. Em face disso, por meio do Ofício 218/2013-TCU/Sefti (peça 264), foi promovida a audiência do Sr. José Henrique para que apresentasse razões de justificativa sobre a seguinte conduta:

quando no exercício do papel de Comandante do 9º Batalhão de Engenharia de Combate (9º BEcmb), homologou pregões sem ter adotado providências com vistas à instauração de processo administrativo para apurar as condutas das empresas constantes no Anexo I, que foram desclassificadas por não honrarem suas propostas nos itens de pregão ali indicados, condutas essas em princípio tipificadas como infrações previstas na Lei 10.520/2002, art. 7º, o que afronta o previsto na Lei 8.112/1990, art. 116, inciso III c/c Lei 10.520/2002, art. 9º e Lei 8.666/1993, art. 82, tendo como agravante o fato de ter sido alertado para essa obrigação por meio do Ofício-Circular 23/DLSG/SLTI-MP, de 25/8/2011, parágrafo 2º, alínea 'a' (ofício encaminhado por meio da mensagem 068021 do sistema Comunica, enviada em 29/8/2011).

511. O Sr. José Henrique apresentou sua defesa por meio de correspondência de 25/7/2013, na qual se fez representar pelo advogado Bruno Souza da Silva (OAB 8447/AM). Na oportunidade, o causídico requereu permissão para 'colacionar no prazo de 10 (dez) dias o instrumento de mandato (procuração)' (peça 314). Por esta razão, não foi proposta a fixação de prazo para que o responsável promovesse a regularização, conforme previsto no art. 145, § 1º, do RI/TCU.

512. Em seguida, o justificante deu entrada ao Ofício DIEx 223-COE/Ch EM/2º Gpt E, de 23/8/2013, subscrito por ele próprio (peça 350).

513. Em 10/10/2013, esta Secretaria remeteu o Ofício 723/2013-TCU/Sefti (peça 359), com vistas à correção de erro material do Ofício 218/2013-TCU/Sefti, referente ao critério legal utilizado (Lei 6.880/1980, art. 28, inciso IV, ao invés da Lei 8.112/1990, art. 116, inciso III, referenciada no ofício anterior). Embora não tenha havido qualquer alteração na responsabilidade atribuída anteriormente, concedeu-se novo prazo para a defesa, a critério do responsável.

514. O titular complementou suas justificativas por meio do Ofício 11 - COE/Ch EM/2º Gpt E, de 18/11/2013, também subscrito por ele próprio (peça 369).

515. A correspondência de 25/7/2013 (peça 314) será desconsiderada, conforme previsto no art. 145, § 1º do RI/TCU, tendo em vista a presença de vício na representação, pois não foi protocolada a devida procuração, em que pese esta Secretaria ter estabelecido contato telefônico com o signatário da correspondência para alertá-lo da imprescindibilidade de tal instrumento de mandato.

516. Registre-se, contudo, que a desconsideração da peça 314 não traz prejuízo à defesa do responsável e à busca da verdade material, pois os argumentos nela contidos foram repetidos pelo justificante nas peças peças 350 e 369, sobre os quais se procede à exposição e análise a seguir.

VIII.1. Análise das razões de justificativa

Argumento 1 – O justificante não seria regido pela Lei 8.112/1990

517. O defendente alega que não é regido pela Lei 8.112/1990, pois a mesma dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais (peça 350; p. 3; peça 369, p. 1).

Análise do argumento 1

518. De fato, o responsável não é regido pela Lei 8.112/1990, mas o é pela Lei 6.880/1980 (Estatuto dos Militares), cujo art. 28, inciso IV, versa de maneira similar ao da Lei 8.112/1990, sobre o dever de observância das normas legais e regulamentares pelo responsável.

519. Dessa forma, tendo em vista que se trata de aspecto meramente processual, decorrente de erro material no ofício original que promoveu a audiência, mas que foi tempestivamente saneado, nos moldes relatados no parágrafo 513 retro, considera-se prejudicado o Argumento 1.

Argumento 2 – O art. 7º da Lei 10.520/2002 não tipificaria infração cometida pelo agente público

520. O justificante argumenta que ‘No art. 7º da Lei 10.520/2002 não é possível tipificar qualquer infração cometida pelo militar, já que a mesma se restringe a tratar das infrações dos licitantes e da respectiva punição’ (peça 350, p. 3; peça 369, p. 1).

Análise do argumento 2

521. O art. 7º da Lei 10.520/2002 tipifica comportamentos irregulares de licitantes, prevendo as possíveis punições para esses comportamentos. Esse aspecto, em si mesmo, não diz respeito à responsabilidade atribuída ao defendente. Contudo, a potencial responsabilização se discute não pelo gestor ter incorrido em alguma das irregularidades elencadas na citada norma, mas sim por ter se omitido de seu dever legal de zelar pelo cumprimento da legislação, garantindo a sua efetividade.

522. Os termos do Ofício 723/2013-TCU/Sefti (peça 359), que promoveu a audiência, são claros nesse sentido, explicitando de forma indubitável a conduta do responsável que está sendo questionada, qual seja, ter homologado pregões sem ter adotado providências para apurar possíveis condutas irregulares de licitantes, tipificadas no art. 7º da Lei 10.520/2002:

(...) apresente razões de justificativa sobre a seguinte conduta:

quando no exercício do papel de Comandante do 9º Batalhão de Engenharia de Combate (9º BEcmb), homologou pregões sem ter adotado providências com vistas à instauração de processo administrativo para apurar as condutas das empresas constantes no Anexo I, que foram desclassificadas por não honrarem suas propostas nos itens de pregão ali indicados, condutas essas em princípio tipificadas como infrações previstas na Lei 10.520/2002, art. 7º, o que afronta o previsto na Lei 6.880/1980, art. 28, inciso IV c/c Lei 10.520/2002, art. 9º e Lei 8.666/1993, art. 82, tendo como agravante o fato de ter sido alertado para essa obrigação por meio do Ofício-Circular 23/DLSG/SLTI-MP, de 25/8/2011, parágrafo 2º, alínea ‘a’ (ofício encaminhado por meio da mensagem 068021 do sistema Comunica, enviada em 29/8/2011).

523. O texto do referido ofício da Sefti deixa claro, também, qual é o dispositivo legal afrontado pela conduta irregular imputada ao justificante, qual seja, a Lei 6.880/1980, art. 28, inciso IV, combinado à Lei 10.520/2002, art. 9º e à Lei 8.666/1993, art. 82, reproduzidos a seguir, para melhor compreensão:

Lei 6.880/1980

Art. 28. O sentimento do dever, o pundonor militar e o decoro da classe impõem, a cada um dos integrantes das Forças Armadas, conduta moral e profissional irrepreensíveis, com a observância dos seguintes preceitos da ética militar:

(...)

IV – cumprir e fazer cumprir as leis, os regulamentos, as instruções e as ordens das autoridades competentes;

Lei 10.520/2002

Art. 9º Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade pregão, as normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Lei 8.666/1993

Art. 82. Os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta Lei ou visando a frustrar os objetivos da licitação sujeitam-se às sanções previstas nesta Lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar.

524. No mérito, no que toca às responsabilidades atribuídas às autoridades que homologam pregões, o tema foi abordado na fundamentação desta instrução, consignando, inclusive, a jurisprudência desta Casa a respeito (parágrafos 115-122).

525. Ante o exposto, tendo em vista que as razões apresentadas não procedem, por versarem sobre objeto distinto do que foi questionado, considera-se prejudicado o Argumento 2.

Argumento 3 – A responsabilidade de punir seria discricionária

526. O justificante alega que ‘A responsabilidade de punir é implícita ao poder discricionário do comandante’ (peça 350, p. 3; peça 369, p. 1).

Análise do argumento 3

527. Considera-se que, existindo previsão legal para a punição de licitante que incorrer em determinada conduta irregular, e não tendo o referido dispositivo estabelecido espaço para discricionariedade do agente público na aplicação da sanção, esse agente tem o dever de agir com vistas à aplicação da penalidade prevista, instaurando o devido processo legal caso a conduta irregular tipificada se concretize.

528. Esse é o caso do art. 7º da Lei 10.520/2002, que não deixa margem a qualquer discricionariedade quanto ao dever sancionador, conforme argumentação já realizada nestes autos (parágrafos 244-245).

529. Ao tratar das sanções administrativas, Fabrício Motta (*in* Das sanções. Diogenes Gasparini (Coord.). Pregão presencial e eletrônico. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 126) assevera que:

Não cabe falar em discricionariedade para iniciar ou não o processo para aplicação da sanção, se verificada a infração; tampouco em aplicá-la ou não, se verificado ao fim do regular processo o preenchimento dos pressupostos necessários. O agente público está indiscutivelmente atrelado à consecução de finalidades públicas e não pode, nesse mister, considerar que o interesse público seja disponível.

530. No mesmo sentido, afirma Marçal Justen Filho (*in* Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2013. p. 245):

(...) a disposição normativa explícita da ilicitude destina-se a identificar os casos em que o Estado tem o dever de punir e não propiciar hipóteses em que o Estado pode punir. Não se trata de um jogo de palavras, mas da exposição de princípio fundamental.

Quando determinada conduta é qualificada como ilícito administrativo, sua ocorrência gera o dever de punição. A omissão de punição ao ilícito é tão antijurídica quanto a prática do próprio ilícito. Nunca pode ser uma questão de escolha da Administração punir ou não punir, segundo um juízo de conveniência política. (...) Portanto, a prévia definição normativa dos atos ilícitos puníveis vincula o administrador e retira a margem de liberdade sobre a conduta futura a adotar.

531. Dessa forma, considerando que na situação sob análise inexistia discricionariedade quanto ao dever sancionador do agente público, o Argumento 3 deve ser rejeitado.

Argumento 4 – Não teria havido recorrência das irregularidades previstas no art. 7º da Lei 10.520/2002

532. O responsável afirma que, ‘Em relação ao art. 82 da Lei 8.666, será demonstrado que, ao contrário do que conclui o relatório [de fiscalização], não houve prática recorrente das faltas previstas no art. 7º da Lei 10.520, descaracterizando assim qualquer prejuízo que possa ter sido causado pela não abertura dos processos administrativos’ (peça 350, p. 3; peça 369, p. 2).

533. Informa que ‘foram analisados os dados apresentados pela auditoria, e verificou-se que, salvo melhor juízo, as infrações foram cometidas por 57 empresas em 6 pregões distintos’. Aduz que ‘as práticas recorrentes citadas na auditoria ocorreram na esmagadora parte das vezes no mesmo pregão, ocorrendo a recorrência apenas uma única vez, ou seja, das 57 empresas que cometeram a infração uma vez, 56 não reincidiram no erro’ (peça 350, p. 3; peça 369, p. 2; grifo do justificante).

Análise do argumento 4

534. A questão suscitada pelo justificante foi utilizada no Relatório de Fiscalização para tratar das empresas que recorrentemente prejudicam o processo licitatório, em função das suas incidências nas condutas irregulares tipificadas no art. 7º da Lei 10.520/2002, com o intuito de caracterizar o comportamento fraudulento e a consequente declaração de suas inidoneidades para participar de licitação na Administração Pública Federal, na forma do art. 46 da Lei 8.443/1992 (peça 252, p. 36-37; § 200-201).

535. Trata-se, portanto, de abordagem distinta da que motivou a audiência do justificante. No caso em tela, o que está sendo questionado é a omissão da unidade promotora do pregão na instauração de processo administrativo com vistas à possível aplicação da sanção de impedimento de licitar e contratar com a Administração Pública, com base no art. 7º da Lei 10.520/2002.

536. Para a aplicação dessa sanção, a Lei do Pregão não exige a presença de fraude, bastando que seja comprovada uma única incidência em qualquer das condutas ilícitas tipificadas em seu art. 7º, conforme já fundamentado no início desta instrução (parágrafos 28-36).

537. Em face do exposto, tendo em vista que não é necessário o comportamento recorrente no cometimento das infrações previstas no art. 7º da Lei 10.520/2002 para a aplicação das sanções, nele previstas, pelo órgão promotor do pregão, o Argumento 4 deve ser rejeitado.

Argumento 5 – Não teria havido prejuízo ao erário

538. O justificante alega que os fatos demonstrariam não terem se manifestado prejuízos potenciais decorrentes do risco de expectativa de impunidade, identificado pela auditoria. Isso porque, segundo o Acórdão 3.243/2012-TCU-Plenário, a sanção prevista no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993 tem aplicação restrita ao órgão ou entidade que a cominou, não cabendo, assim, a verificação do suposto prejuízo em outros órgãos (peça 350, p. 3; peça 369, p. 2).

539. Considera, ainda, que ‘não houve dano ao erário porque as firmas foram desclassificadas do certame’ (peça 369, p. 3).

Análise do argumento 5

540. A deliberação invocada pelo responsável a respeito do Acórdão 3.243/2012-TCU-Plenário, que trata dos limites de abrangência da sanção de impedimento para licitar e contratar com a Administração, conforme previsto no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993, não se aplica ao assunto ora questionado, pois que ele é regido por lei específica, a Lei 10.520/2002.

541. No caso do art. 7º da Lei do Pregão, o alcance dessa sanção abrange a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios. Ademais, conforme discutido na fundamentação desta instrução, é inadequado comparar, sob o aspecto da proporcionalidade, a sanção prevista nesse dispositivo com as punições previstas na Lei Geral das Licitações (parágrafos 19-27).

542. Dessa forma, o argumento do defendente a respeito da eventual inexistência dos prejuízos apontados no Relatório de Fiscalização deve ser rejeitado, de plano, tendo em vista a inadequação das premissas utilizadas ao caso de que se trata.

543. Também não merece prosperar a alegação de que ‘não houve dano ao erário porque as firmas foram desclassificadas do certame’, tendo em vista que as condutas irregulares previstas na Lei do Pregão podem acarretar diversos tipos de prejuízo ao erário, tais como o acréscimo de despesas administrativas e a adjudicação por valor superior ao que poderia ser obtido se não ocorresse o ilícito (parágrafos 138-141).

544. Ante o exposto, considerando, inclusive, que a aplicação das punições previstas no art. 7º da Lei 10.520/2002 não requer a comprovação de prejuízo ao erário, o Argumento 5 não merece prosperar.

Argumento 6 –O responsável entendeu que seria inviável a instauração dos processos administrativos em face do princípio da razoabilidade

545. O justificante argumenta que a chefia de uma organização militar difere muito da chefia de uma instituição civil. As diferenças decorreriam dos riscos inerentes à profissão, da complexidade envolvida na incorporação anual de duas turmas de soldados, e na sua formação dentro de um calendário de obrigações rígido de instrução. O principal problema, porém, seria a falta de continuidade administrativa,

pois, devido à política de valorização da vivência nacional, ocorre renovação completa dos quadros a cada 4 anos (peça 350, p. 3; peça 369, p. 2).

546. Aduz que, ‘para se evitar uma quebra de gestão pela falta de continuidade administrativa, faz parte das ações de comando a otimização do emprego dos recursos humanos’, e que, sendo assim, busca atender às ordens emanadas do Escalão Superior, os preceitos legais, bem como as orientações emanadas dos órgãos de controle, ‘baseado no princípio da razoabilidade da administração pública’ (peça 350, p. 4; peça 369, p. 2). Para sustentar esse argumento, traz aos autos o seguinte excerto doutrinário (peça 350, p. 4; peça 369, p. 2-3):

Segundo Antônio Calhau José de Resende, ‘A razoabilidade é um conceito jurídico indeterminado, elástico e variável no tempo e no espaço. Consiste em agir com bom senso, prudência, moderação, tomar atitudes adequadas e coerentes, levando-se em conta a relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade a ser alcançada, bem como as circunstâncias que envolvem a prática do ato’.

Neste prisma, constata-se que a administração pública, ao exercer suas funções, deve primar pela razoabilidade de seus atos, a fim de legitimar as suas condutas, fazendo com que o princípio seja utilizado como vetor para justificar a emanção e o grau de intervenção administrativa imposta pela esfera administrativa ao destinatário, como assevera José Roberto Oliveira Pimenta.

547. Pondera que o atendimento à orientação do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário significaria a abertura de pelo menos 57 processos administrativos, com diligências enviadas para empresas espalhadas pelo Brasil, e que isso paralisaria a Seção de Aquisições, Licitações e Contratos do batalhão (peça 350, p. 4; peça 369, p. 3).

548. Acrescenta que ‘a aplicação de uma sanção, sem a instauração ou condução inequívoca de um processo administrativo, esta sim, pode provocar prejuízo ao gestor ou à administração’ (peça 350, p. 4; peça 369, p. 3).

Análise do argumento 6

549. Cabe esclarecer que não foi suscitada a hipótese da aplicação de sanções aos licitantes sem a instauração do devido processo legal. Ao contrário, os próprios termos constantes do ofício que promoveu a audiência do responsável demonstram a preocupação em assegurar o contraditório e a ampla defesa dos licitantes. A orientação proveniente deste Tribunal foi para que fossem autuados processos administrativos contra as empresas que praticassem atos ilegais previstos no art. 7º da Lei 10.520/2002. A punição ou a não punição seriam as possíveis consequências lógicas da abertura do processo.

550. Quanto ao mérito da alegação, não se pode aceitar que o princípio da razoabilidade se sobreponha incondicionalmente ao princípio da legalidade, nem que seja utilizado para justificar a inércia do gestor. Nos moldes tratados na análise do Argumento 3 – sobre a vinculação do poder sancionador – a omissão de punição ao ilícito é tão antijurídica quanto a prática do próprio ilícito (parágrafos 527-531).

551. É compreensível que, em determinadas condições, a unidade gestora não disponha de recursos para instaurar todos os processos administrativos cabíveis. Porém, o que não merece acolhida no caso ora analisado é a omissão, caracterizada pelo fato de que não foi instaurado nenhum processo nas licitações questionadas.

552. Em face do exposto, considerando que não é aceitável que o princípio da razoabilidade se sobreponha incondicionalmente ao princípio da legalidade, o Argumento 6 merece ser refutado.

Argumento 7 – As penalidades não seriam aplicáveis aos casos de inabilitação do licitante

553. O defendente argumenta que, mesmo não abrindo os 57 processos administrativos, o comandante da Organização Militar ‘conduziu todos os processos seguindo orientação da AGU/NAJ de MS, que também tinha o entendimento de que as punições previstas no art. 7º da Lei 10.520/2002 só deveriam ser aplicadas após a realização da licitação e não por ocasião da inabilitação durante o certame’ (peça 350, p. 4; peça 369, p. 3).

Análise do argumento 7

554. Esse argumento já foi refutado quando da análise das razões de justificativa apresentadas pelo pregoeiro da unidade militar (parágrafos 439-456).

555. Conforme conclusão expendida naquela análise, o elenco de irregularidades previsto no art. 7º da Lei 10.520/2002 refere-se a condutas praticadas na contratação, no curso do certame e durante a execução do contrato, razão pela qual o Argumento 7 deve ser rejeitado.

556. Registre-se que o Parecer 1210/2013/CJU-MS/CGU/AGU, que formaliza a alegada orientação da AGU/NAJ, trata-se de peça de natureza opinativa, razão pela qual não há vinculação da autoridade às suas conclusões. Sendo assim, o agente público, ao optar por acolher os entendimentos do parecer jurídico, mesmo que contrários à jurisprudência do TCU, age por sua conta e risco, ficando sujeito às penalidades cabíveis, conforme consignado nesta instrução (parágrafos 133-136).

557. Neste ponto, é oportuno lembrar a prevalência dos acórdãos do TCU sobre as orientações normativas de outros órgãos da Administração Pública Federal (parágrafo 137).

Argumento 8 – Não teria tomado conhecimento da recomendação contida no item 9.7.1 do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário

558. Com relação ao agravante de que teria sido alertado para a obrigação de instaurar os aludidos processos administrativos, o justificante alega que não recebeu o Ofício-Circular 23/DLSG/SLTI-MP, de 25/8/2011, nem a mensagem 068021 do sistema Comunica, enviada em 29/8/2011. Aduz que o referido ofício teria sido endereçado ao Diretor de Administração e Logística da Abin, não tendo chegado ao Batalhão, e a mensagem do sistema Comunica não foi encontrada nos arquivos da unidade (peça 369, p. 1).

559. Informa que, independentemente dos fatos acima, o 9º BE Cmb, por meio do seu Subcomandante, que estava respondendo pelo comando da unidade na ocasião, encaminhou o Ofício 15 – SALC/9º BE Cmb (peça 65), em resposta ao Ofício 581/2012-TCU/Sefti (peça 44), que trata do assunto em questão (peça 369, p. 1).

560. O defendente informa que reconhece a existência de recomendação ao Ministério da Defesa para que sejam autuados processos administrativos contra empresas que praticarem atos ilegais tipificados no art. 7º da Lei 10.520/2002 (item 9.7.1 do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário), mas alega que as medidas adotadas pelo ministério para implementar a aludida recomendação, conforme informado no item 94 do Relatório de Fiscalização (peça 252, p. 19), 'não comprovam que as mesmas chegaram ao seu conhecimento'. Em face disso, entende que deve ser desconsiderado o agravante de conduta constante da audiência, de que teria sido previamente alertado quanto à obrigação de instaurar tais processos (peça 350, p. 3).

Análise do argumento 8

561. No que se refere às medidas que o Ministério da Defesa declarou ter adotado para dar cumprimento à recomendação contida no item 9.7.1 do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário, conforme constou do item 94 do Relatório de Fiscalização (peça 252, p. 19), merece acolhida a alegação do justificante de que elas não comprovam terem chegado ao seu conhecimento.

562. Também é possível que o interessado não tenha recebido o Ofício-Circular 23/DLSG/SLTI-MP, de 25/8/2011, tendo em vista que, embora a SLTI/MP tenha informado que ele foi expedido para os Subsecretários de Planejamento, Orçamento e Administração (parágrafo 123), não há, nestes autos, garantia que o Ministério da Defesa tenha propagado a informação para os Comandos das três Forças Armadas sob sua coordenação, e que estas o fizeram para todas as unidades de sua estrutura organizacional.

563. Porém, não merece acolhida a alegação de que não tomou conhecimento da mensagem 068021 do sistema Comunica, veiculada em 29/8/2011, tendo em vista que, segundo também informou a SLTI/MP (parágrafo 123), essa mensagem foi expedida para todas as unidades do Siasg, o que abrange o 9º Batalhão de Engenharia de Combate (9º BEcmb), unidade que era comandada pelo defendente à época dos fatos questionados.

564. Assim, por ocasião da transmissão da mensagem do sistema Comunica, o justificante estava investido em função que exigia o seu conhecimento da legislação sobre licitações e das orientações correlatas emanadas dos órgãos de controle, pois que atuava como ordenador de despesas e autoridade responsável pela homologação das licitações.

565. Ademais, como exposto na fundamentação sobre essa questão (parágrafos 123-132), pressupõe-se que os pregoeiros e autoridades que homologaram os pregões, ouvidos em audiência nesta fiscalização, ficaram cientes da orientação deste Tribunal veiculada pelo sistema Comunica, exceto quando lograram comprovar o contrário nestes autos.

566. No caso específico, o defendente não comprovou eventual impossibilidade de ter tomado ciência do teor da mensagem em questão no período em que ela esteve disponível no sistema Comunica.

567. Considera-se, ainda, *ad argumentandum tantum*, que, mesmo que o defendente não tivesse tomado ciência da mensagem divulgada por meio do sistema Comunica, não poderia eximir-se da obrigação de conhecer as normas que regem as licitações – notadamente a Lei 10.520/2002 (Lei do Pregão) e o Decreto 5.450/2005, a partir do momento em que passou a exercer funções que incluíam as de ordenador de despesas.

568. Em face do exposto, tendo em vista que aos usuários do sistema Siasg não cabe alegar desconhecimento de mensagens transmitidas por meio do subsistema Comunica, o Argumento 8 deve ser rejeitado.

Argumento 9 – Os problemas operacionais e as deficiências de capacitação dificultariam a instauração dos processos administrativos

569. O defendente argumenta que os seguintes fatos teriam contribuído para a não instauração dos processos administrativos (peça 369, p. 3):

- a) o pregoeiro da unidade trabalhava em diversas outras atividades, e é formado para dar instrução (ordem unida, pontes *etc*);
- b) falta de pessoal para formular o processo, bem como a inexperiência para o assunto, haja vista que no Comando anterior não foram realizados muitos pregões;
- c) a Seção de Aquisições, Licitações e Contratos da unidade não possuía estrutura física e humana para abrir 57 processos administrativos;
- d) a 9ª Inspeção de Contabilidade e Finanças do Exército – 9ª ICFEx não constatou nenhuma irregularidade, em inspeção realizada em 2012, e em 2011 não houve inspeção;
- e) o curso de formação de pregoeiros não abordou o tema;
- f) em instrução naquele ano, na ICFEx, não foi tocado no assunto.

570. O justificante argumenta que, na condição de Comandante, julgou que os pregões eletrônicos caracterizam a melhor gestão possível dos recursos financeiros, fato que não ocorreu no Comando anterior, onde se realizou diversas adesões às Atas de Registro de Preços. Entende que essas adesões não possibilitam a realização de processos administrativos e, em face disso, questiona o que seria melhor: livrar-se dos processos administrativos e realizar uma gestão não coerente dos recursos financeiros ou priorizar a melhor gestão, sem ter estrutura física de pessoal para abrir processos administrativos, ficando à mercê de possíveis multas (peça 369, p. 3).

Análise do argumento 9

571. No que tange às deficiências atribuídas ao pregoeiro, não deve prosperar esse tipo de alegação, tendo em vista que não cabe ao justificante escudar-se em fatos sobre os quais teria condições de influir. O justificante, na condição de Comandante da unidade militar, é o responsável final pela designação e capacitação dos pregoeiros, bem como pelo gerenciamento das atividades a eles atribuídas, de forma que eventuais problemas na qualidade da atuação desses agentes são passíveis de atribuição de culpa *in eligendo* e *in vigilando* ao Comandante.

572. No que se refere ao mérito do parecer decorrente da auditoria realizada pela 9ª ICFEx, o assunto também já foi abordado quando se examinou as razões de justificativa apresentadas pelo pregoeiro (parágrafo 498).

573. Sobre a alegação de possíveis deficiências nos cursos de formação, isso não isenta o responsável da obrigação de estar a par das normas que regem as licitações – notadamente a Lei 10.520/2002 (Lei do Pregão) e o Decreto 5.450/2005, conforme exposto no parágrafo 567 retro.

574. Por fim, conforme análise do Argumento 6 do defendente (parágrafos 549-552), não deve prosperar defesa baseada em possível dificuldade organizacional ou no predomínio da eficiência da gestão sobre o princípio da legalidade.

575. Ante o exposto, considerando que os motivos apresentados não justificam a não instauração dos processos administrativos requeridos, o Argumento 9 deve ser rejeitado.

VIII.2. Conclusão

576. Na situação sob análise, inexistente discricionariedade quanto ao dever sancionador do agente público (parágrafos 527-531).

577. Não é necessário o comportamento recorrente no cometimento de infrações previstas no art. 7º da Lei 10.520/2002, para a aplicação das sanções nele previstas, pelo órgão promotor do pregão (parágrafos 534-537).

578. A aplicação das punições previstas no art. 7º da Lei 10.520/2002 não requer a comprovação de prejuízo ao erário (parágrafos 540-544).

579. Não é aceitável que o princípio da razoabilidade se sobreponha incondicionalmente ao princípio da legalidade (parágrafo 549-552).

580. O elenco de irregularidades previsto no art. 7º da Lei 10.520/2002 refere-se a condutas praticadas na contratação, no curso do certame e durante a execução do contrato (parágrafos 554-557).

581. Os motivos apresentados não justificam a não instauração de nenhum dos processos administrativos requeridos (parágrafos 571-575).

582. O defendente não pode eximir-se da obrigação de conhecer as normas que regem as licitações – notadamente a Lei 10.520/2002 (Lei do Pregão) e o Decreto 5.450/2005. Neste sentido, não poderia esquivar-se do dever legal de dar cumprimento ao art. 7º da Lei 10.520/2002, quando um licitante incorresse em alguma das situações irregulares nele tipificadas, como foram as situações objeto de questionamento.

583. Em face do exposto, conclui-se que o justificante conduziu-se irregularmente por ter homologado os pregões constantes do Anexo 5 sem ter adotado providências com vistas à instauração de processo administrativo para apurar as possíveis condutas irregulares das empresas desclassificadas nos itens de pregão indicados no citado anexo, com o agravante de que foi previamente alertado sobre as ações esperadas dos pregoeiros nos casos de irregularidades cometidas por empresas nos processos licitatórios por eles conduzidos (parágrafos 561-568).

VIII.3. Proposta de encaminhamento

584. Rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. José Henrique Araujo dos Santos quanto à homologação de pregões sem ter adotado providências com vistas à instauração de processo administrativo para apurar as condutas das empresas constantes do Anexo 5, que foram desclassificadas por não honrarem suas propostas nos itens de pregão ali indicados, condutas essas, em princípio, tipificadas como infrações na Lei 10.520/2002, art. 7º (parágrafo 583).

585. Aplicar multa ao Sr. José Henrique Araujo dos Santos, CPF 905.206.707-44, com fulcro no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 268, inciso II, do RI/TCU, em virtude de afronta ao previsto na Lei 6.880/1980, art. 28, inciso IV c/c Lei 10.520/2002, art. 9º e Lei 8.666/1993, art. 82, em face de sua omissão em dar cumprimento ao art. 7º da Lei 10.520/2002, quando da homologação da licitação dos itens de pregão relacionados no Anexo 5.

OITIVAS

I. Rei-Labor Comércio de Produtos para Laboratórios Ltda.

(CNPJ 01.293.314/0001-92)

586. Nos 1.430 pregões em que a empresa Rei-Labor Comércio de Produtos para Laboratório Ltda. (Rei-Labor) participou, no período compreendido entre 30/4/2009 e 21/6/2012, identificou-se que, em 810 deles, pelo menos uma proposta da empresa foi recusada. No total, a empresa teve 6.939 propostas recusadas, em 62.369 itens de pregão dos quais participou (peça 252, p. 27).

587. Por questões de economia processual e racionalização administrativa, dessas 6.939 propostas recusadas, a análise restringiu-se àquelas que se enquadravam nos critérios de seleção citados no item 143 do Relatório de Fiscalização (peça 252, p. 27-28), entre eles um período menor (de 1º/6/2010 a 21/6/2012), de forma que foram questionadas 415 propostas recusadas da empresa (peça 252, p. 28), listadas na Tabela 9 do Anexo 6 do Relatório de Fiscalização (peça 252, p. 80-95), nas quais foram encontrados indícios de infração ao art. 7º da Lei 10.520/2002.

588. Os motivos de recusa das propostas foram em decorrência de (peça 252, p. 29):

- a) desclassificação a pedido do licitante (170 casos – 41%);
- b) proposta em desacordo com as exigências do edital (98 casos – 24%);
- c) não enviou documentação conforme solicitado em edital (65 casos – 15%);
- d) outros (82 casos – 20%).

589. A desclassificação a pedido do licitante foi responsável pela recusa de 170 das 415 propostas em análise (41%), o que, segundo o Relatório de Fiscalização, constituiria um indício de que a empresa repetidamente infringiu o art. 7º da Lei 10.520/2002 (peça 252, p. 29).

590. Em face do exposto, foi promovida a oitiva da empresa Rei-Labor, por meio do Ofício 219/2013-TCU/Sefti (peça 265), para que justificasse suas condutas no curso dos pregões relacionados no Anexo I do citado ofício, nas quais não teria honrado as propostas apresentadas. Na oportunidade, a empresa foi cientificada de que, caso não fossem acatadas as suas justificativas, o TCU poderia concluir pela ocorrência de fraude a licitação, situação que poderia resultar na declaração da inidoneidade da empresa para participar de licitação na Administração Pública Federal, na forma do art. 46 da Lei 8.443/1992.

591. Por meio de representante, a empresa apresentou sua defesa em 15/7/2013 (peça 302), cujos argumentos são expostos e analisados a seguir.

I.1. Análise das justificativas

Argumento 1 – As condutas imputadas aos licitantes não teriam se configurado

592. Segundo o defendente, inexistem razões que justifiquem a configuração de condutas a ele impostas, capazes de gerar a aplicação das penalidades sugeridas no Relatório de Fiscalização (peça 302, p. 3, § 9º).

593. Alega que as condutas a ele atribuídas no Relatório de Fiscalização não o habilitaram a dar sequência na participação do certame, tendo sido desclassificado antes mesmo de sua conclusão, de forma que não se aplicaria a ele a primeira conduta tipificada no art. 7º da Lei 10.520/2002 – não celebrar contrato –, pois a mesma pressupõe a finalização do certame licitatório e a convocação do vencedor, após a fase da homologação da proposta (peça 302, p. 3, § 11-12).

594. Exemplifica tal alegação, invocando a situação do Pregão 189/2010, no qual teria sido desclassificado a pedido, mediante justificativa. Argumenta que os itens nos quais solicitou desclassificação foram homologados a outro licitante, ‘não havendo que se falar em retardamento ao processo licitatório ou prejuízo ao erário’ e que ‘a desclassificação da contestante não frustrou a celebração do contrato por parte da Administração, eis que, no caso, outro licitante se tornou vencedor’ (peça 302, p. 3-4, § 13-15).

595. Quanto à conduta de ‘não enviar documentação conforme solicitado no edital’, alega que nem todas as hipóteses de ausência documental ensejam a aplicação de penalidade. A esse respeito, traz a seguinte doutrina (peça 302, p. 4, § 16-17):

A pura e simples ausência de entrega de documentos é irrelevante e juridicamente neutra. Assim, se o sujeito comparece à licitação, credencia-se e pretende apresentar apenas o envelope com sua proposta, esquecendo-se daquele contendo os documentos, não estará configurado o ilícito ora examinado. A Administração excluirá desde logo o sujeito do certame.

Bem por isso, a documentação a que se refere o dispositivo é somente aquela pertinente à habilitação. Se o sujeito omitir documento referente à proposta e tal for evidenciado já na primeira etapa, a única consequência será a desclassificação. É que a ausência do documento não acarretará maior perturbação à ordem do certame.

(Marçal Justen Filho. In Pregão, 6. ed., Dialética, p. 247-248, grifo do justificante)

596. No mesmo sentido, invoca a seguinte ementa de julgado do STJ (peça 302, p. 4-5, § 19):
MANDADO DE SEGURANÇA. PREGÃO. SUSPENSÃO TEMPORÁRIA. PENALIDADE. NÃO APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS PARA A HABILITAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO.
I – Conforme expressa disposição editalícia, o não envio da documentação no prazo exigido de 24 horas não gera como penalidade a suspensão temporária do direito de licitar e contratar com a Administração Pública, mas apenas a desclassificação do interessado da referida modalidade de licitação.
II – Não houve recusa por parte da Recorrente em fornecer as informações suficientes, tão pouco foram essas inadequadamente fornecidas, pelo que resta injustificável a aplicação da penalidade de suspensão temporária.
III – A declaração falsa relativa ao cumprimento dos requisitos de habilitação, sujeitará o licitante a sanções previstas na legislação pertinente e, ‘in caso’, na exclusão do certame.
IV – Recurso ordinário provido.
(STJ, RMS 23.088-PR, Rel Min. Francisco Falcão, j. 19/4/2007)

597. Dessa forma, o contestante considera descaracterizada a imputada infração referente à não entrega de proposta, já que ‘a simples não entrega enseja tão somente a eliminação do participante do certame’ (peça 302, p. 5, § 20).

598. No que se refere à conduta de ‘desclassificação a pedido do licitante’, a empresa faz duas observações. Na primeira, alega que ‘não há previsão legal para a aplicação de penalidade quanto a essa conduta’, uma vez que não se encontra tipificada no art. 7º da Lei 10.520/2002. Na segunda, argumenta que a sua desclassificação não acarretou prejuízos ao certame, que teria prosseguido normalmente, com a adjudicação a outro licitante. Alega que a desclassificação, ainda que a pedido do próprio licitante, só lhe traz prejuízo, tendo em vista a frustração de sua expectativa de contratação, a qual lhe traria novas receitas operacionais (peça 302, p. 5, § 21-24). Aduz que ‘a simples desclassificação da contestante em relação aos editais que pretendia participar, por si só, já tem um caráter punitivo, na medida em que a impede de competir no certame’ (peça 302, p. 10, § 45).

599. Conclui com a afirmação de que ‘não praticou nenhuma das condutas previstas expressamente na lei, tidas como fraudulentas ao pregão, daí porque, não pode sujeitar-se a sanção de qualquer espécie’ (peça 302, p. 6, § 26).

Análise do argumento 1

600. Ao contrário de que defende a empresa, entende-se que a desclassificação a pedido do licitante equivale à conduta ilegal de não manter a proposta, a qual se encontra tipificada no art. 7º da Lei 10.520/2002 (parágrafos 37-41).

601. Quanto à conduta de deixar de entregar documentação exigida para o certame, trata-se de comportamento ilegal, eis que tipificado na aludida norma (parágrafos 42-47).

602. O excerto da doutrina trazida pelo manifestante (parágrafo 595) versa somente sobre o elemento material da conduta. Para o correto entendimento da configuração da infração, faz-se necessário considerar-se tanto a descrição da conduta quanto os aspectos subjetivos que permearam a sua prática. A esse respeito, o entendimento do doutrinador sobre o elemento subjetivo da conduta encontra-se consignado na fundamentação desta instrução (parágrafos 42-47).

603. Segundo o autor, para a configuração da infração não é necessário um elemento similar ao dolo. Basta uma situação equivalente à culpa, correspondente à negligência (parágrafo 44). Ora, não há como contestar – e o manifestante não comprovou o contrário – que a recusa de 65 propostas, no período de dois anos, decorrente do não envio de documentação exigida em edital, caracteriza, no mínimo, comportamento negligente ou desidioso.

604. Registre-se, ainda, que se considera improcedente a afirmação de que a documentação a que se refere o dispositivo legal em discussão seria somente aquela pertinente à habilitação (parágrafo 595). Não há na Lei do Pregão qualquer condição neste sentido, de maneira que a conduta de ‘deixar de entregar documentação exigida para o certame’ deve ser entendida como aplicável a qualquer momento do certame (parágrafo 47).

605. No que toca ao julgado do STJ, trazido à luz pelo requerente (parágrafo 596), o inciso I da ementa informa que, naquela situação, haveria disposição no edital no sentido de que o não envio da documentação não geraria penalidade. Embora seja questionável a legalidade de tal cláusula editalícia, vez que *contra legem*, ela teria o fulcro de isentar terceiros de punição, conforme o próprio julgado demonstrou.

606. Porém, nos certames de que trata o atual trabalho, o licitante não apresentou evidências de que a situação seria a mesma, ou seja, que os editais conteriam o mesmo tipo de disposição. Dessa maneira, a empresa não demonstrou que as circunstâncias tratadas no julgado do STJ aplicar-se-iam aos casos em questão.

607. Essas duas condutas – não manutenção da proposta, mediante pedido de desistência, e não entrega de documentação exigida – respondem por 56% das desclassificações do licitante. Somente isso já seria suficiente para caracterizar a conduta imputada, tornando improcedente o argumento apresentado.

608. Quanto à alegação de que as desclassificações a que o manifestante deu causa não teriam acarretado prejuízo ao desenrolar do certame ou ao erário, já se demonstrou que não é necessária a existência de fraude (parágrafo 261), nem de dano ao erário (parágrafos 306 e 410) para a configuração das infrações elencadas no art. 7º da Lei 10.520/2002. Basta, para tal, que o licitante tenha incidido em uma das condutas tipificadas para que fique sujeito às sanções previstas.

609. No que toca à alegação de que a simples desclassificação já teria um caráter punitivo, na medida em que impede o licitante de competir no certame, merece repúdio, pois é inadmissível o manifestante escudar-se em fatos a que ele próprio deu causa. Essa questão é abordada com muita propriedade por Marçal Justen Filho (*in* Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2013. p. 248-249):

Nas licitações da Lei nº 8.666, o licitante sabe que a ausência de documentos acarretará prejuízos apenas para si próprio: haverá sua inabilitação. Mas, no pregão, a revelação da ausência de documentos ocorre depois de desenvolvidas todas as atividades competitivas e acarreta inutilização dos esforços da Administração Pública e dos demais licitantes. Portanto, não é possível argumentar que a inabilitação do licitante já será punição suficiente, eis que os efeitos da conduta defeituosa produzirão malefícios que ultrapassam a esfera de interesses do infrator.

610. Ante o exposto, tendo em vista que se encontra demonstrado que o manifestante incorreu nas condutas ilegais tipificadas no art. 7º da Lei 10.520/2002, o Argumento 1 deve ser rejeitado.

Argumento 2 – Não teria havido dolo ou má-fé na conduta dos licitantes, o que descaracterizaria o seu enquadramento nas situações previstas no art. 7º da Lei 10.520/2002

611. O recorrente alega que ‘todas as condutas tipificadas no art. 7º da Lei 10.520/2002 exigem para a sua configuração o elemento subjetivo que é o dolo, ou seja, a vontade manifesta de prejudicar ou mesmo tumultuar o certame ou ainda lesar os interesses da Administração’. A esse respeito, invoca a seguinte doutrina:

A fraude apenas se aperfeiçoa quando o agente atua com consciência e vontade de produzir o resultado ilícito. Não há fraude sem elemento doloso. Nem mesmo a culpa grave é suficiente. Assim se põe porque a produção do artifício depende da adoção de condutas explicitamente orientadas a ludibriar um terceiro. Se o sujeito equivoca-se ao preencher uma nota fiscal, não há fraude. O erro do agente pode ser reprovável e acarretar sanções de diferente natureza, mas exclui a caracterização de fraude. Não se configura fraude quando o sujeito atua com negligência. (Marçal Justen Filho. In Pregão, 6. ed. Dialética. p. 257)

612. Argumenta que os números contidos na tabela mencionada no item 140 do Relatório de Fiscalização poderiam impressionar à primeira vista, levando à precipitada conclusão de que o contestante reitera comportamentos consistentes em 'propostas recusadas'. No entanto, se transformados os números em percentuais, o entendimento se tornaria diferente, principalmente ao se analisar que, de acordo com a referida tabela, o contestante teve apenas 11% de suas propostas recusadas, ou seja, o contestante teve 89% de itens não recusados nos pregões de que participou (peça 302, p. 6-7, § 29-31).

613. Alega, também, que o tipo de produto em sua área de atuação, dadas às suas características singulares de pequeno porte (escova de limpeza, máscara cirúrgica, pinça anatômica, pinça de dissecação etc), pode sofrer divergências de interpretação no que se refere às suas especificações nos editais (peça 302, p. 7, § 32).

614. Entende, assim, que, em determinados casos, o pedido de desclassificação, ao invés da continuidade no certame, mostra-se uma conduta que mais se aproximaria da boa-fé, e que jamais tal comportamento poderia configurar-se como ato de vontade capaz de produzir resultado ilícito. A aplicação de sanção de inidoneidade, neste caso, seria medida de extremo rigor, especialmente diante da inexistência de dano ao erário. Traz à luz a seguinte ementa de decisão do TCU (peça 302, p. 7, § 33-35):

2. Descabe a declaração de inidoneidade para licitar com a administração pública de firmas contra as quais pesa tão-somente a ilação lógica de terem participado, entre outras, de procedimento licitatório viciado por irregularidades praticadas por agentes da administração, mormente se não houve dano ao erário e se a sanção discrepa, em gravidade, das apenações impostas aos próprios agentes. (Acórdão 3.386/2010-Plenário)

615. Aduz que, a propósito a situação em tela, não se teria nem cogitado de irregularidades praticadas pelos agentes da administração, reafirmando, novamente, a inexistência de danos ao erário (peça 302, p. 8, § 36).

616. Frisa que 'eventuais indicativos de fraude devem ser suficientemente consistentes e não apenas meras ilações de ordem lógica', concluindo que 'não há que se falar em dolo ou má-fé no que se refere à conduta da contestante, exigência expressa do dispositivo legal invocado' e que, 'diante da inexistência de danos, mais uma razão para a inconsistência e im procedência da imputação de condutas ilícitas à contestante' (peça 302, p. 8, § 37-38).

Análise do argumento 2

617. Conforme consignado na fundamentação desta instrução, não há necessidade da comprovação de dolo ou má fé para a configuração de conduta ilícita elencada no art. 7º da Lei 10.520/2002 (parágrafos 28-32).

618. Nesses termos, evidenciou-se, na análise do argumento anterior, que, em 56% dos casos questionados, a empresa não manteve sua proposta ou não entregou documentação exigida para o certame (parágrafos 600-610), o que constitui irregularidade tipificada no art. 7º da Lei 10.520/2002.

619. De outra parte, a presença da conduta dolosa faz-se necessária não para a caracterização do cometimento de infração prevista no art. 7º da Lei do Pregão, mas sim para a comprovação de fraude à licitação, ilícito que pode resultar na declaração da inidoneidade da empresa para participar de licitação na Administração Pública Federal, na forma do art. 46 da Lei 8.443/1992.

Análise do argumento 2 quanto à alegação de que não teria havido recorrência no cometimento das infrações

620. A empresa teve 6.939 propostas recusadas em 62.369 itens de pregão dos quais participou, entre 30/4/2009 e 21/6/2012 (peça 252, p. 27). Isso equivale à média de 182 itens de pregão por mês, nos quais a empresa sagrou-se vencedora mas foi desclassificada porque não manteve a proposta (41%), não atendeu as exigências do edital (24%), não enviou documentação exigida para o certame (15%) ou outros motivos (20%).

621. Mesmo em termos percentuais, não é possível concordar com a empresa, pois 11% de propostas recusadas deve ser considerado um percentual considerável, tendo em conta que os motivos da

desclassificação, em pelo menos 70% dos casos, foram decorrentes de condutas irregulares sujeitas à sanção.

622. Também não merece prosperar o argumento de que as 415 propostas recusadas da empresa (peça 252, p. 26), listadas na Tabela 9 do Anexo 6 do Relatório de Fiscalização (peça 252, p. 80-95), não evidenciariam a recorrência dos motivos que levaram às desclassificações, porque tais motivos, extraídos da base de dados do sistema Comprasnet, constam das atas dos respectivos pregões e foram confirmados pelas unidades gestoras, conforme relatado nos itens 148 a 152 do Relatório de Fiscalização (peça 252, p. 28-29). Para contestar essa imputação, a empresa teria que comprovar que os motivos das recusas das propostas são diferentes dos consignados no sistema Comprasnet, o que não ocorreu.

623. Examine-se, a título de ilustração, dois tipos de infração cometidos pelo justificante, constantes da relação de propostas recusadas do Anexo 6 desta instrução. A infração cometida com maior frequência, consistente em não manter a proposta por meio de pedidos de desistência, ocorreu 170 vezes, entre 1º/6/2010 e 21/6/2012, com aproximadamente a seguinte distribuição: 104 vezes em sete pregões do segundo semestre de 2010; 24 vezes em oito pregões de 2011; e 42 vezes em oito pregões do primeiro semestre de 2012. Ao todo, esses 23 pregões envolveram dez unidades gestoras (Uasgs). Outra infração, consistente em deixar de entregar documentação exigida para o certame, foi cometida 64 vezes no mesmo período, com aproximadamente a seguinte distribuição: sete vezes em três pregões do segundo semestre de 2010; 47 vezes em nove pregões de 2011; e dez vezes em dois pregões do primeiro semestre de 2012. Ao todo, esses catorze pregões envolveram sete Uasgs.

624. Dessa forma, é improcedente a alegação de que não houve recorrência no cometimento de infrações tipificadas no art. 7º da Lei 10.520/2002.

Análise do argumento 2 quanto à alegação de que as características peculiares do produto licitado poderiam dificultar a interpretação do edital

625. De acordo com o *caput* do art. 1º e o § 1º do art. 2º do Decreto 5.450/2005, a modalidade de licitação pregão, na forma eletrônica, destina-se à aquisição de bens e serviços comuns, entendido como tais 'aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais do mercado'.

626. Por essa razão, os produtos que foram objeto dos pregões questionados possuem, por definição, especificações usuais do mercado, o que invalida a tese oferecida pelo justificante de que poderiam possuir alguma característica peculiar que propiciaria a interpretação errônea do edital.

627. Nos casos elencados a seguir, por exemplo, os motivos de recusa das propostas consignados nas atas dos pregões, e reproduzidos na relação constante do Anexo 6, evidenciam que os tipos de especificação do requisito – tamanho do produto, grau de pureza e concentração – são usuais do mercado, expressos objetivamente em termos numéricos, de forma que não se vislumbra dificuldade em compreendê-los.

- a) no item 216, do Pregão 31/2010 da Universidade Federal do Triângulo Mineiro (Uasg 153035), a empresa ofereceu produto com 16 cm quando a exigência era de 20 cm;
- b) nos itens 73 a 76, do Pregão 42/2010 da Universidade Federal de Lavras (Uasg 153032), a empresa ofereceu produto com tamanho diferente do exigido;
- c) nos itens 53 e 58, do Pregão 44/2010, também da Universidade Federal de Lavras, o grau de pureza do produto ofertado não atendia à exigência;
- d) nos itens 11 e 13, do Pregão 271/2011, da Universidade Federal de Santa Catarina (Uasg 153163), os produtos oferecidos não atendiam às exigências de pureza mínima e de concentração, respectivamente.

628. Dessa forma, não há como acolher justificativa genérica de que o licitante poderia ter se equivocado na interpretação do edital, mormente quando isso ocorre repetidamente.

629. Em face disso, não merece prosperar a alegação de que as características peculiares dos produtos da área de atuação da empresa propiciariam interpretações divergentes no que se refere às suas especificações nos editais.

Análise do argumento 2 quanto à alegação de que o órgão fiscalizador não teria considerado possíveis irregularidades cometidas por agentes públicos

630. Essa alegação deve ser prontamente rejeitada, uma vez que, nesta mesma instrução, estão sendo ouvidos em audiência quatro pregoeiros e quatro autoridades responsáveis pela homologação de pregões, exatamente por não terem autuado processos administrativos destinados a apurar infrações ao art. 7º da Lei 10.520/2002. Tal conduta ocorreu em pregões conduzidos pela Fundação Universidade do Amazonas (Ufam), nos quais a própria empresa participou.

631. Além disso, mesmo que assim não fosse, é possível fazer a analogia do presente caso com a situação tratada nos autos do TC 004.526/2001-0, referente à Tomada de Contas Especial, cujo Acórdão 946/2013-TCU-Plenário estabeleceu que a responsabilização de agente privado que tenha causado dano ao erário independe da coparticipação de agentes públicos.

632. Ante o exposto, descabe a alegação de que não se considerou possíveis irregularidades cometidas por agentes públicos.

Análise do argumento 2 quanto à alegação de que não teria ocorrido dano ao erário

633. No que se refere à alegação de inexistência de dano ao erário, registre-se a sua desnecessidade para que se possa declarar a inidoneidade de licitante que tenha cometido fraude à licitação, conforme consignado na fundamentação desta instrução (parágrafo 85).

634. Por outro lado, ao contrário do que afirma o justificante, as condutas ilegais elencadas no art. 7º da lei do Pregão acarretam vários tipos de prejuízo à Administração, inclusive financeiros (parágrafos 138-141).

635. Dessa forma, não merece acolhida a alegação, tanto em relação à ausência de dano ao erário quanto à necessidade de sua presença para a imputação de fraude, com a consequente declaração de inidoneidade.

Análise do argumento 2 quanto à alegação de que não houve dolo na conduta do licitante

636. Reafirma-se que não há necessidade da comprovação de dolo ou má fé para a configuração das condutas ilícitas elencadas no art. 7º da Lei 10.520/2002 (parágrafo 617).

637. A empresa incorreu nas condutas ilegais tipificadas no art. 7º da Lei 10.520/2002 (parágrafo 610), em pelo menos 70% dos casos questionados, repetidamente ao longo do período considerado (parágrafos 620-624).

638. Os produtos da área de atuação do justificante são considerados comuns, razão pela qual não há que se falar em características peculiares que pudessem ter interferido na inteligência das especificações do edital (parágrafos 625-629).

639. O dolo eventual configura-se pelo comportamento repetitivo do licitante e as suas sucessivas desclassificações nos certames relacionados no Anexo 6 desta instrução, os quais evidenciam a ação deliberada do agente, assumindo o risco de prejudicar terceiros e o procedimento licitatório, com a devida consciência da ilicitude dos atos praticados e do resultado que eles provocam (parágrafos 76-80).

640. Na Tabela 1, a seguir, constam quinze casos extraídos do rol de 415 desclassificações da empresa (Anexo 6), nos quais a repetição de um mesmo tipo de comportamento evidencia o dolo direto na conduta do justificante. Em todos eles, o licitante foi desclassificado sob a alegação de que teria errado na digitação do lance.

Caso	Código Uasg	Nº Pregão	Item Pregão	Valor estimado (R\$)	Valor adjudicado (R\$)	Proposta inicial (R\$)	Propostas da empresa na sessão de lances (R\$)
1	158122	165/2010	65	18,39	6,25	100,00	8,50; 7,50; 6,00
2	153052	21/2012	3	279,20	111,44	2.000,00	159,90; 159,88; 159,75; 158,00; 157,00; 154,00; 153,95; 152,90; 140,60;

							129,95; 99,00; 89,00; 87,00
3	153052	21/2012	4	154,10	96,95	1.000,00	146,25; 113,30; 111,00; 99,00; 98,40; 97,00; 96,00
4	153052	21/2012	10	466,80	260,00	2.000,00	390,00; 279,00; 239,00; 229,00; 219,00
5	153052	21/2012	16	4.249,30	364,00	2.000,00	890,90; 885,90; 870,00; 855,00; 852,00; 840,00; 385,00; 382,00; 380,00; 378,90; 376,90; 376,85; 370,00; 369,80; 369,60; 369,50; 369,40; 365,00; 360,00
6	153052	21/2012	17	560,50	385,50	5.000,00	370,00
7	153052	21/2012	18	209,30	88,20	1.000,00	88,00
8	153052	21/2012	25	64,02	20,16	200,00	20,00
9	153052	21/2012	36	43,80	17,00	1.000,00	25,00; 16,90
10	153052	21/2012	38	42,20	12,70	1.000,00	19,60; 12,00
11	153052	21/2012	39	42,20	26,60	1.000,00	26,00
12	153052	21/2012	42	55,50	38,60	1.000,00	20,90
13	153052	21/2012	43	50,70	34,60	1.000,00	34,00
14	153052	21/2012	46	131,60	66,00	1.000,00	75,90; 65,90
15	154046	63/2012	4	198,40	113,00	10.000,00	118,99; 117,99; 117,80; 115,99; 114,99; 113,99. No desempate, enviou lance de 112,99

Tabela 1 – Empresa Rei-Labor – Alegação de erro no lance

641. Os valores constantes da coluna ‘Propostas da empresa na sessão de lances’ são todos os lances da empresa Rei-Labor, na sequência em que constam na ata dos pregões (peças 404-406), sendo que o último deles, em cada caso analisado, refere-se àquele que proporcionou a vitória da qual a empresa declinou alegando engano no lance.

642. Observe-se o seguinte comportamento:

- a) em todos os casos, à exceção do caso 5, o valor da proposta inicial da empresa Rei-Labor foi no mínimo três vezes superior ao estimado pela Administração. Em algumas situações (casos 11, 12 e 13), a proposta inicial foi pelo menos 1.700% maior do que o valor estimado;
- b) na primeira proposta formulada na sessão de lances, houve uma redução abrupta em relação ao valor da proposta inicial, situando-o abaixo do valor estimado pela Administração. Frequentemente, foi o único lance oferecido pela empresa (casos 6, 7, 8, 11, 12 e 13);
- c) nos casos em que a empresa formulou mais de um lance (casos 1, 2, 3, 4, 5, 9, 10, 14 e 15), os valores por ela ofertados foram se reduzindo de forma gradativa e compatível com os ofertados pelos concorrentes. Nesta situação, o último lance por ela ofertado não apresentou discrepância em relação à dinâmica dos valores apresentados anteriormente;
- d) frequentemente, o último lance da empresa, que a colocou na condição de vencedora daquela sessão, foi menor do que o do concorrente que estava vencendo o item, por questão de centavos (casos 1, 3, 7, 8, 9, 10, 11, 13, 14 e 15).

643. Em face da similaridade da dinâmica de formulação dos lances, evidenciada no parágrafo anterior, fica difícil tomar como verdadeira a justificativa, apresentada pela empresa, de que teria se enganado no valor do lance.

644. No caso 15, a empresa, além de ter seguido o comportamento relatado, formulou lance de desempate um centavo abaixo do concorrente. Neste caso, a credibilidade da justificativa apresentada para o pedido de desclassificação – digitação errada do lance – é ainda mais reduzida.

645. O pedido de desclassificação, por si só, trata-se de conduta ilícita prevista no art. 7º da Lei 10.520/2002, porque equivale a não manter a proposta apresentada. Além disso, a dinâmica dos casos apresentados sobre os itens de pregão constantes da Tabela 1 sugerem que, a par da justificativa apresentada para os pedidos de desclassificação ter sido inverídica, o agente pretendeu atingir o resultado ilícito, quer seja por ludibriar terceiros quanto ao valor real da proposta vencedora, quer seja por simular suas verdadeiras condições de participação nos certames ou sua própria intenção de obter a adjudicação, o que configura o dolo direto (parágrafo 81).

646. Ante o exposto, tendo em vista que se encontra caracterizado o dolo direto na conduta do licitante referente aos itens de pregão constantes da Tabela 1 (parágrafos 640-645) e o dolo eventual nos demais itens de pregão questionados no Anexo 6 desta instrução (parágrafo 639), o Argumento 2 deve ser rejeitado.

Argumento 3 – A aplicação da pena de inidoneidade se mostraria incompatível com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade

647. O contestante argumenta que eventual aplicação de sanção ao licitante deveria ser pautada pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, conforme se constataria do seguinte excerto do Acórdão 653/2008-TCU-Plenário (peça 302, p. 8-9, § 40-41; grifo do justificante):

A respeito, observo que a Lei 8.666/1993 trata de diversas modalidades de licitações, sendo que algumas podem ser consideradas mais complexas que as do pregão e outras não. Em relação a todas essas modalidades, o legislador previu diversas espécies de sanções, sendo a do inciso IV do artigo 87 da Lei 8.666/1993 (declaração de inidoneidade) de gravame compatível com aquela da lei do pregão.

Não há contudo um prévio estabelecimento de nexos entre sanções de menor gravidade com modalidades de licitações menos complexas. É possível, por exemplo, dependendo do caso concreto, que um contratado mediante licitação na modalidade convite seja declarado inidôneo para contratar com a Administração Pública. Ou seja, da comparação entre as duas leis em questão, não é permitido o entendimento de que, pelo fato de ser o pregão um procedimento mais simplificado, o artigo 7º da lei 10.520/2002 abrangeria somente o órgão aplicador da sanção.

É certo, poderá haver situações que, à luz da Lei 8.666/1993, mereceriam, por exemplo, somente uma advertência, enquanto pela lei do pregão a penalidade prevista seria o impedimento de licitar ou contratar com a Administração.

A solução para tal questão nos é dada por Joel Menezes Niebuhr (in Pregão Presencial e Eletrônico, Curitiba: Zenite, 2004, pág. 200):

‘... para harmonizar o princípio da legalidade e o da proporcionalidade os agentes administrativos devem interpretar o artigo 7º da Lei 10.520/02 de maneira ponderada, evitando que ele seja utilizado com excessos, para situações que não merecem tamanha reprimenda’.

648. A empresa alega que a pretensão de aplicação da pena de inidoneidade se mostraria incompatível com os citados princípios (peça 302, p. 9, § 43).

Análise do argumento 3

649. Já houve análise de argumento idêntico a este, nas razões de justificativa de outro responsável ouvido nesta oportunidade (parágrafos 237-246).

650. Na oportunidade, concluiu-se que a tese do princípio da proporcionalidade não se aplica à situação que levou às razões de justificativa em análise. Ou seja, é exigível a aplicação de sanção a licitantes que incorrem nas condutas irregulares tipificadas no art. 7º da Lei 10.520/2002, de forma que o Argumento 3 não merece prosperar.

I.2. Conclusão

651. A empresa incidiu nas condutas ilegais tipificadas no art. 7º da Lei 10.520/2002 (parágrafos 600-610), de forma recorrente ao longo do período considerado, em um número elevado de vezes (parágrafos 620-624) sem justificativa plausível (parágrafos 625-629).

652. Esse comportamento configura dolo eventual, conforme fundamentação exposta anteriormente (parágrafos 76-80). Além disso, foi caracterizado o dolo direto na conduta do licitante nos itens de pregão constantes da Tabela 1 (parágrafos 640-645).

653. Dessa forma, tendo em vista a conduta dolosa da empresa (parágrafos 652), consideram-se presentes os elementos requeridos para a caracterização de fraude às licitações, conforme fundamentação exposta anteriormente (parágrafos 82-84).

654. Em face do exposto, conclui-se:

654.1 pela rejeição das justificativas apresentadas pela empresa Rei-Labor no que se refere à sua incidência nas condutas ilegais tipificadas no art. 7º da Lei 10.520/200, de forma recorrente ao longo do período considerado, em um número elevado de vezes (parágrafo 651); e

654.2 pela declaração de sua inidoneidade para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal, com fulcro no art. 46, da Lei 8.443/1992, em consequência de ter comprovadamente fraudado as licitações relacionadas no Anexo 6 desta instrução (parágrafo 653).

I.3. Proposta de encaminhamento

655. Rejeitar as justificativas apresentadas pela empresa Rei-Labor Comércio de Produtos para Laboratórios Ltda., CNPJ 01.293.314/0001-92, quanto à sua incidência nas condutas ilegais tipificadas no art. 7º da Lei 10.520/200, de forma recorrente ao longo do período considerado, em um número elevado de vezes (subparágrafo 654.1).

656. Declarar a inidoneidade da empresa Rei-Labor Comércio de Produtos para Laboratórios Ltda., CNPJ 01.293.314/0001-92, para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal, com fulcro no art. 46, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 271 do RI/TCU, em consequência de ter comprovadamente fraudado as licitações relacionadas no Anexo 6 desta instrução (subparágrafo 654.2).

II. Center Sponchiado Ltda.

(CNPJ 04.418.934/0001-07)

657. Nos 5.500 pregões em que a empresa Center Sponchiado Ltda. (Center Sponchiado) participou, no período compreendido entre 30/4/2009 e 21/6/2012, identificou-se que, em 1.686 deles, pelo menos uma proposta da empresa foi recusada. No total, a empresa teve 8.061 propostas recusadas em 192.106 itens de pregão dos quais participou (peça 252, p. 27).

658. Por questões de economia processual e racionalização administrativa, dessas 8.061 propostas recusadas, a análise restringiu-se àquelas que se enquadravam nos critérios de seleção citados no item 143 do Relatório de Fiscalização (peça 252, p. 27-28), entre eles, um período menor (de 1º/6/2010 a 21/6/2012), de forma que foram questionadas 405 propostas recusadas da empresa (peça 252, p. 29-30), listadas na Tabela 10 do Anexo 7 do Relatório de Fiscalização (peça 252, p. 96-111), nas quais foram encontrados indícios de infração ao art. 7º da Lei 10.520/2002.

659. Os motivos de recusa das propostas foram em decorrência de (peça 252, p. 30):

- a) produto ofertado não atende às especificações do edital (176 casos – 43%);
- b) proposta em desacordo com as exigências do edital (109 casos – 27%);
- c) não enviou documentação conforme solicitado em edital (40 casos – 10%);
- d) desclassificação a pedido do licitante (29 casos – 7%);
- e) não enviou proposta (23 casos – 6%);
- f) outros (28 casos – 7%).

660. Conforme se pode verificar na relação das propostas recusadas da empresa, em 70% dos casos analisados (alíneas ‘a’ e ‘b’ supra), a empresa ofertou produtos ou formulou propostas em desacordo com

o edital, o que, segundo consignado no Relatório de Fiscalização, constituiria indícios de infração ao art. 7º da Lei 10.520/2002 (peça 252, p. 30).

661. O Relatório de Fiscalização citou como agravante o fato de que a empresa teria oferecido o menor lance nos itens 123, 126 e 130 do Pregão 184/2011, de 12/1/2012, promovido pela Universidade Federal de Goiás e nos itens 18, 29, 30 e 31 do Pregão 1/2012, de 15/2/2012, promovido pela Fundação Universidade do Amazonas, mas teve as propostas recusadas, pois estaria impedida de licitar em órgãos do Governo Federal (peça 252, p. 30-31; peças 233-234).

662. Conforme consignado no Relatório de Fiscalização (peça 252, p. 31), esse comportamento da empresa, de participar de licitações mesmo estando impedida, seria um indício de sua intenção em burlar as disposições legais vigentes, o que caracterizaria a fraude às licitações citadas no parágrafo precedente.

663. Em face do exposto, foi promovida a oitiva da empresa Center Sponchiado, por meio do Ofício 225/2013-TCU/Sefti (peça 270), para que justificasse suas condutas nos pregões relacionados no Anexo I do citado ofício, nas quais não teria honrado as propostas apresentadas. Na oportunidade, a empresa foi cientificada de que, caso não fossem acatadas as suas justificativas, o TCU poderia concluir pela ocorrência de fraude a licitação, situação que poderia resultar na declaração da inidoneidade da empresa para participar de licitação na Administração Pública Federal, na forma do art. 46 da Lei 8.443/1992.

664. Por meio de representante, a empresa apresentou sua defesa em 12/8/2013 (peça 346), cujos argumentos são expostos e analisados a seguir.

II.1. Análise das justificativas

Argumento 1 – O justificante não teria agido de má-fé

665. O justificante frisa que em momento algum usou de má-fé ou qualquer ato intencional que versasse prejudicar os processos licitatórios dos quais participou, justificando, em todos eles, seus atos que pudessem desacordar do edital (peça 346, p. 2).

666. Aduz que, angariado no princípio da boa-fé objetiva nos contratos, em nenhum momento negou-se ou fez qualquer manifestação de não cumprir o contrato, visto que, quando tomou conhecimento do equívoco, esmerou-se para solucionar o problema (peça 346, p. 13).

667. O contestante, no item IX de sua manifestação, elenca os itens de pregão questionados, agrupando-os pelas razões que teriam levado à desclassificação das propostas (peça 346, p. 3-10).

668. Tais motivações são apresentadas a seguir, nos termos empregados pelo defendente, agrupando-as por similaridade de motivo, com a totalização da quantidade de itens de pregão abrangidos, e os números das páginas onde se encontram na peça de defesa (peça 346).

Caso	Motivo	Decisão	Comentário	Qtde. itens	Pág.
1	Não atende as especificações do edital	Desclassificada por decisão do pregoeiro	Conforme análise das propostas, o pregoeiro julgou que o produto ofertado pela empresa Center Sponchiado Ltda. não atendia as especificações do edital	54	3-4
2	Não atende as especificações do edital	Desclassificação solicitada pela empresa e aceita pelo pregoeiro	Conforme análise das propostas pela empresa Center Sponchiado Ltda., constatou-se que o produto ofertado não atendia as descrições do edital, sendo assim foi solicitada a desclassificação do item e houve aceite do pregoeiro	5	4-5
3	Fora do valor de referência	Desclassificada por decisão do pregoeiro	A empresa Center Sponchiado Ltda. não conseguiu reduzir o valor do produto ao valor de referência	8	5

4	Princípio da Razoabilidade	Desclassificação solicitada pela empresa e aceita pelo pregoeiro	A empresa Center Sponchiado Ltda. entendeu que não seria viável entregar somente os produtos ganhos nas referidas licitações, sendo assim solicitou desclassificação, desde que não houvesse prejuízo ou transtornos ao órgão, com aceite do pregoeiro	8	5
5	Não atendeu a convocação	Desclassificada por decisão do pregoeiro	A Center Sponchiado Ltda., por algum motivo excepcional, deixou de responder a solicitação via <i>chat</i>	6	5-6
6	Não apresentar documentação no prazo estipulado	Desclassificada por decisão do pregoeiro	A empresa Center Sponchiado Ltda., por algum motivo excepcional, enviou proposta, ou documentação, ou amostra fora do prazo estipulado pelo edital ou pregoeiro	69	6-7
7	Licitante com duas ocorrências no Sicaf	Desclassificada por decisão do pregoeiro	Por exigência do edital. De acordo com algumas cláusulas do edital fica especificado ‘...Será desclassificada a empresa que possuir 2 (duas) ocorrências de natureza grave registrada no Sicaf...’	5	7
8	Lance Inexequível	Desclassificação solicitada pela empresa e aceita pelo pregoeiro	A Center Sponchiado Ltda. solicitou desclassificação devido a erro na digitação do lance, tornando-o inexequível, porém destacou em sua solicitação que desde que esta desclassificação não causasse prejuízos ou transtornos para o órgão, sendo aceito pelo pregoeiro	20	7-9
9	De acordo com o requisitante, a marca cotada era inferior à marca de referência	Desclassificada por decisão do pregoeiro	Desclassificada por determinar marca ou modelo do item, no edital	167	9-10
10	Impedimento de licitar	Impedimento de licitar	-x-	7	10
11	Capacidade inferior a solicitada	Desclassificada por decisão do pregoeiro	-x-	1	10

Tabela 2 – Empresa Center Sponchiado – Justificativas para os itens de pregão questionados

Análise do argumento 1

669. Com relação às justificativas específicas para itens de pregão questionados, faz-se as seguintes ressalvas:

- a) o item 6 do Pregão 33/2011 da Uasg 158442, informado pela empresa (peça 346, p. 7), não foi questionado;
- b) os itens 23 e 25 do Pregão 19/2010 da Uasg 153035, informados pela empresa (peça 346, p. 9), não foram questionados;
- c) a empresa não se pronunciou sobre os seguintes itens de pregão questionados:

Uasg	Pregão	Item	Motivo da desclassificação
153032	19/2011	23	Produto em desconformidade (subcláusula 4.2 e anexo II)
153035	19/2010	11	A marca não atende ao Parecer do Anexo I
153035	19/2010	194	A marca não atende ao Parecer do Anexo I
158122	8/2012	166	Justificativa via chat
158195	10/2011	154	Fornecedor enviou fax pedindo desclassificação
158442	16/2011	6	De acordo com os itens 7.3 e 9.3 do edital

Tabela 3 – Empresa Center Sponchiado – Itens sobre os quais não se manifestou

670. Não constam nos autos elementos que comprovem eventual conduta ilícita do justificante no caso das desclassificações nos seguintes itens de pregão, nos quais consta das respectivas atas que o licitante não manifestou interesse em negociar dentro do valor estimado pela Administração (Tabela 2, caso 3): item 169 do Pregão 52/2011 da Uasg 153035; itens 44, 141, 142, 182, 187 e 188 do Pregão 106/2011 da Uasg 158122; item 8 do Pregão 287/2011 da Uasg 153052. Por essa razão, tais itens foram excluídos da Tabela 17, do Anexo 7, na qual consta os itens de pregão questionados nesta oportunidade.

671. Quanto ao argumento de inexistência de má-fé, não há necessidade da comprovação de dolo ou má fé para a configuração de conduta ilícita elencada no art. 7º da Lei 10.520/2002, conforme consignado na fundamentação desta instrução (parágrafos 28-32).

672. A justificativa apresentada para a desistência dos oito itens constantes do caso 4 da Tabela 2, de que a derrota em outros itens inviabilizaria o negócio, não merece ser acatada por falta de amparo legal, e equivale à conduta ilícita de não manter a proposta, a qual se encontra tipificada no art. 7º da Lei 10.520/2002 (parágrafos 37-41).

673. De igual forma, o pedido de desclassificação, em 25 itens (Tabela 2, casos 2 e 8), e o não atendimento ao chamado da Administração, em seis itens (Tabela 2, caso 5), equivalem à conduta de não manter a proposta. Dessas desistências, vinte foram com alegação de que a empresa teria errado o valor digitado (Tabela 2, caso 8).

674. Em 69 itens, o defendente não enviou documentação exigida para o certame (Tabela 2, caso 6), o que também constitui conduta ilícita elencada no art. 7º da Lei 10.520/2002 (parágrafos 42-47). Apenas essa situação representa 17% dos motivos das desclassificações questionadas (69/405). O defendente alega que os fatos ocorreram ‘por algum motivo excepcional’, o que é insuficiente para justificar o inadimplemento.

675. Em outros 222 itens, a empresa foi desclassificada porque o pregoeiro julgou que o produto ofertado não atendia às condições exigidas pelo edital (Tabela 2, casos 1, 9 e 11), o que representa 55% dos itens questionados (222/405). Observe-se que essas ocorrências estão distribuídas em onze unidades gestoras, o que reforça a percepção da consciência do licitante em ofertar produtos em desacordo com o requerido pelo edital. Tal conduta constitui indício de comportamento inidôneo, conforme considerações na fundamentação desta instrução, tendo em vista a formalização de declaração possivelmente falsa quanto ao atendimento das condições de participação no certame (parágrafos 48-53).

676. Como se observa do exposto nos parágrafos precedentes, a empresa incorreu repetidamente nas condutas ilegais tipificadas no art. 7º da Lei 10.520/200, ao longo do período considerado.

677. O dolo eventual configura-se pelo comportamento repetitivo do licitante e as suas sucessivas desclassificações nos certames relacionados no Anexo 7 desta instrução, os quais evidenciam a ação deliberada do agente, assumindo o risco de prejudicar terceiros e o procedimento licitatório, com a devida consciência da ilicitude dos atos praticados e do resultado que eles provocam (parágrafos 76-80).

678. Além do dolo eventual, configurado pelos comportamentos do justificante analisados nos parágrafos anteriores, os dados da Tabela 4 a seguir apresentam novos elementos, com o intuito de

demonstrar a falta de verossimilhança do motivo alegado – erro de digitação – para o pedido de desclassificação em alguns itens de pregão.

Caso	Código Uasg	Nº Pregão	Item Pregão	Valor estimado (R\$)	Valor adjudicado (R\$)	Proposta inicial (R\$)	Propostas da empresa na sessão de lances (R\$)
1	158195	60/2010	78	3.050,00	1.948,00	15.000,00	2.885,90; 2.015,90; 0,0010
2	153032	66/2010	18	282,50	13,00	200,00	24,00; 12,98; 0,0010
3	158195	83/2010	96	90,00	58,50	100,00	64,48; 64,41; 64,31; 64,21; 64,01; 63,98; 63,55; 63,021; 62,55; 60,01; 55,98
4	154043	126/2010	3	120,00	39,80, com valor negociado a 20,00	20.000,00	59,98; 53,31; 53,21; 53,14; 53,10; 53,01; 52,87; 52,82; 52,77; 52,71; 52,67; 52,61; 52,57; 52,51; 52,47; 52,41; 52,37; 52,31; 52,27; 52,21; 52,11; 52,07; 51,95; 51,87; 51,79; 51,71; 51,67; 51,61; 51,57; 51,50; 51,01; 49,94; 49,51; 47,99; 46,77; 46,01; 45,121; 44,99; 44,21; 44,01; 42,99; 40,99; 40,01; 38,99; 37,99
5	240106	568/2010	21	2,65	0,80	10,00	1,85; 1,38; 1,25; 1,18; 0,97; 0,79
6	158442	15/2011	18	231,60	198,95	360,00	225,98; 223,98; 215,99; 205,98; 198,98; 185,90
7	153032	19/2011	25	14.452,50	8.525,00	15.000,00	4.360,99; 4.355,00; 4.339,99; 4.327,90; 4.319,90; 4.315,00; 4.310,99; 4.289,90
8	158122	41/2012	7	9,41	3,00	10,00	3,98; 3,80; 3,25; 2,98

Tabela 4 – Empresa Center Sponchiado – Alegação de erro no lance

679. Os valores constantes da coluna ‘Propostas da empresa na sessão de lances’ são todos os lances da empresa Center Sponchiado, na sequência em que constam ata dos pregões (peças 407-414), sendo que o último deles, em cada caso analisado, refere-se àquele que proporcionou a vitória da qual a empresa declinou alegando engano no lance.

680. Observe-se o seguinte comportamento:

- a) um terço das propostas iniciais contiveram valores bastante altos, cuja magnitude não possui relação com a estimativa da Administração. São os casos 1, 4 e 5, nos quais a empresa formulou proposta inicial de R\$ 15.000,00, R\$ 20.000,00 e R\$ 10,00, para objetos orçados em R\$ 3.050,00, R\$ 120,00 e R\$ 2,65, respectivamente;
- b) em todos os casos, à exceção do caso 7, a primeira proposta formulada na sessão de lances mostrou-se compatível com o mercado, situando-se entre o valor estimado e o valor pelo qual o objeto foi adjudicado;

- c) do segundo lance em diante, os valores foram se reduzindo de forma gradativa e compatível com os lances anteriores, apresentando pequenas reduções em relação ao preço do concorrente que estava momentaneamente vencendo o certame. Normalmente, o último lance foi bem próximo do penúltimo, o que demonstra sua coerência com aqueles que o antecederam e com os ofertados pelos concorrentes;
- d) em 63% dos casos (casos 3, 4, 5, 6 e 8), a diferença percentual entre o último lance do justificante e o valor pelo qual o objeto foi adjudicado foi pequena (5%, 5%, 1%, 7% e 1%, respectivamente), o que demonstra a compatibilidade do valor digitado com os valores da disputa;
- e) os casos 1 e 2 constituem indícios de premeditação na oferta de lance inexecutável, pois nessas duas situações o justificante formulou lance irrisório de R\$ 0,0010, com a nítida intenção de ser desclassificado.

681. Pelo exposto, tendo em conta a similaridade da dinâmica de formulação dos lances, evidenciada no parágrafo precedente, fica improvável a veracidade da justificativa apresentada pelo defendente de que teria se enganado no valor dos lances.

682. No caso 15, a empresa, além de ter seguido o comportamento relatado, formulou lance de desempate um centavo abaixo do concorrente. Neste caso, a credibilidade da justificativa apresentada para o pedido de desclassificação – digitação errada do lance – é ainda mais reduzida.

683. O pedido de desclassificação, por si só, trata-se de conduta ilícita prevista no art. 7º da Lei 10.520/2002, porque equivale a não manter a proposta. Além disso, a dinâmica dos casos apresentados sobre os itens de pregão constantes da Tabela 4 demonstram que, a par da justificativa apresentada para os pedidos de desclassificação ter sido inverídica, há indícios suficientes para concluir que o o agente pretendeu atingir o resultado ilícito, quer seja por ludibriar terceiros quanto ao valor real da proposta vencedora, quer seja por simular suas verdadeiras condições de participação nos certames ou sua própria intenção de obter a adjudicação, o que configura o dolo direto (parágrafo 81).

684. Acrescente-se que a participação do defendente em cinco pregões promovidos pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Baiano – Campus Guanambi (Uasg 158442), à revelia de disposições editalícias vedando a participação de empresas com duas ocorrências graves registradas no Sicaf (Tabela 2, caso 7), evidenciam a má-fé da empresa nesses casos, tendo em vista tratar-se de cláusulas de que tinha conhecimento, conforme o demonstram as declarações firmadas ao participar dos certames (peça 415).

685. Ante o exposto, tendo em vista a caracterização do dolo direto na conduta do licitante referente aos itens de pregão constantes da Tabela 4 (parágrafos 678-683) e do parágrafo 684 retro, bem como o dolo eventual nos demais itens de pregão questionados no Anexo 7 desta instrução (parágrafo 677, o Argumento 1 deve ser rejeitado.

Argumento 2 – As justificativas da empresa teriam sido aceitas pela Administração

686. O defendente alega que as atitudes dos pregoeiros sempre foram de concordância e aceitação das justificativas apresentadas para seus desacordos editalícios, pois a empresa sempre primou pela transparência e o procedimento formal (peça 346, p. 2).

687. Informa que, nos casos de inexecutabilidade, razoabilidade ou erro de cotação, a empresa possui em seu sistema uma ‘Solicitação de Cancelamento’, que é padrão e versa sobre a seguinte condição: ‘(...) Desde que este ato de desclassificação não venha acarretar nenhum transtorno para este Órgão, ou multa, ou sanção a nossa empresa (...)’. Alega que, nesse caso, o deferimento da desclassificação indicaria não haver nenhum transtorno ao órgão licitante, pois o pregoeiro aceitou e homologou o pedido (peça 346, p. 2).

688. Cita o Acórdão 3.785/2013-TCU-2ª Câmara, ressaltando o seguinte excerto: ‘a homologação de procedimento licitatório é ato administrativo que conserva o condão de ratificar todos os atos pretéritos praticados, assumindo a responsabilidade integral a autoridade signatária’ (peça 346, p. 12). A esse respeito, alega que, tendo em vista que todos os atos praticados pela empresa nos processos licitatórios citados foram aceitos pelos respectivos pregoeiros e homologados pela autoridade superior, resta claro que a imputação de fraude ou má fé à defendente não pode prosperar, pois agiu sempre dentro da legalidade e com a concordância dos responsáveis legais (peça 346, p. 13).

689. Invoca, ainda, a Lei 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, para argumentar que a possibilidade de aplicação de sanções pela Administração Pública está condicionada à observância dos princípios administrativos constantes do art. 2º da citada lei, quais sejam, os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Ressalta o inciso VI do parágrafo único desse dispositivo, segundo o qual nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público (peça 346, p. 13-14).

690. Clama pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, afirmando que não pode a Administração Pública, no uso de seu poder discricionário, praticar atos administrativos com excesso, prejudicando o particular (peça 346, p. 14)

691. Acrescenta a seguinte doutrina de Marçal Justen Filho (peça 346, p. 14):

Deve-se reputar que o prazo máximo será aquele necessário à realização dos exames e das providências adequadas. Verificado que a Administração manteve-se inerte após decorridos os prazos necessários a tanto, presume-se sua aceitação. (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 13. ed. São Paulo, SP: Dialética, 2009. p. 796)

692. Conclui reafirmando que, por tratar-se de processos já homologados, onde a Administração manteve-se inerte a possíveis irregularidades, com aceitação pelo pregoeiro das manifestações encaminhadas pela empresa, não há de se falar em má fé por parte do defendente (peça 346, p. 14).

Análise do argumento 2

693. O justificante não juntou aos autos qualquer documento que possibilitasse a comprovação de suas alegações. Assim, carece de fundamento a afirmação de que os pregoeiros sempre teriam concordado com as justificativas apresentadas para os descumprimentos das condições dos editais.

694. Também não fez prova da utilização do alegado formulário, padronizado para solicitação de cancelamento. Contudo, mesmo que o houvesse feito, não se vislumbra de que forma isso seria capaz de descaracterizar a conduta irregular do licitante. Em primeiro lugar, porque os pedidos de cancelamento respondem por apenas 7% das desclassificações (parágrafo 659); em segundo, porque é inócua a alegada cláusula que condiciona a desclassificação a que tal fato não acarrete nenhum transtorno ao órgão, pois não há amparo regulamentar para o aludido pedido de cancelamento condicional.

695. A manutenção da proposta pelo licitante vencedor é exigência da Lei do Pregão, cuja desobediência é punível com o impedimento de licitação com a Administração Pública. Trata-se, pois, de dever imposto ao licitante e não de um direito sobre o qual ele ou o pregoeiro possam dispor livremente.

696. Quanto à alegação de que atos pretéritos praticados estariam ratificados em virtude de os pregões terem sido homologados, não há fundamento legal para aceitá-la em prejuízo à apreciação do assunto pelo Tribunal de Contas da União.

697. Com relação aos princípios elencados no *caput* do art. 2º da Lei 9.784/1999, observe-se que a atuação deste Tribunal encontra-se em perfeita sintonia com tais princípios, pois oferece oportunidade de defesa e de contraditório aos interessados, como se verifica nestes autos, em processo de fiscalização cuja finalidade é coibir a prática de atos irregulares que provocam danos à credibilidade e à eficiência das contratações realizadas na modalidade de pregão eletrônico.

698. Ante o exposto, tendo em vista que o manifestante não comprovou sua alegação de que a Administração teria concordado com as justificativas apresentadas para suas condutas irregulares, o Argumento 2 não merece prosperar.

Argumento 3 – O justificante encontrava-se em fase de ampla defesa e contraditório quanto aos processos de impedimento de licitar, tendo sido inocentado em todos eles

699. Quanto à afirmativa de que o defendente teria participado de processo licitatório, mesmo estando impedido de licitar, a empresa informa que estava em fase de ampla defesa e contraditório de seus

processos administrativos, carecendo de prova do fato impeditivo e logrando-se inocentada em todos eles, pois foram esclarecidos e justificados seus atos (peça 346, p. 2).

Análise do argumento 3

700. Conforme registrado nas atas dos Pregões 184/2011 (peça 233) e 1/2012 (peça 234), da Universidade Federal de Goiás e da Fundação Universidade do Amazonas, respectivamente, a empresa foi desclassificada porque estava impedida de licitar em órgãos do Governo Federal.

701. O justificante não comprovou sua alegação de que, na ocasião, estaria em fase recursal contra o citado impedimento, muito menos que o suposto recurso teria o fulcro de suspender os efeitos da decisão recorrida. Além disso, não há evidências de que os seus atos tenham sido esclarecidos e que tenha sido inocentado nos processos de impedimento aos quais se refere.

702. Dessa forma, o Argumento 3 não merece prosperar, mantendo-se a imputação de que a empresa participou do Pregão 184/2011, de 12/1/2012, promovido pela Universidade Federal de Goiás, e do Pregão 1/2012, de 15/2/2012, promovido pela Fundação Universidade do Amazonas, mesmo estando impedida de licitar em órgãos do Governo Federal, o que caracteriza comportamento inidôneo e fraude às referidas licitações (parágrafos 661-662).

Argumento 4 – A participação em grande número de licitações diariamente às vezes impossibilitaria acompanhar todos os atos ao mesmo tempo

703. Para o fato de ter enviado documentação ou amostra fora do prazo estipulado, o defendente alega que ‘devido ao grande número de licitações às quais participa diariamente, nem sempre é possível acompanhar todos os atos ao mesmo tempo, deixando de responder algum ato de convocação do pregoeiro’ (peça 346, p. 2).

Análise do argumento 4

704. O argumento quanto a participar de grande número de licitações diariamente não justifica as condutas reprováveis, referentes a deixar de entregar documentação exigida para o certame ou não manter a proposta, previstas no art. 7º da Lei 10.520/2002. Ao contrário, ele reflete a conduta culposa da empresa, caracterizada pela negligência na participação de licitações públicas.

705. Portanto, tendo em vista que a participação em grande número de licitações diariamente não elide a responsabilidade pela manutenção dos compromissos assumidos ao se inscrever nos certames, o Argumento 4 deve ser rejeitado.

Argumento 5 – A morosidade da internet dificultaria a apresentação tempestiva de documentos ou amostras

706. O defendente alega que outra situação dificultante da agilidade da empresa nos pregões eletrônicos, principalmente no período de 2009 a 2011, ‘foi a morosidade da internet disponível na época, pois a empresa encontra-se situada no interior do Rio Grande do Sul’. Segundo o justificante, esta situação interfere na logística e acaba por acarretar também dificuldades na entrega de documentos ou amostras nos prazos estipulados nos editais ou pelos pregoeiros (peça 346, p.2).

Análise do argumento 5

707. Esse argumento relaciona-se com o anterior no que se refere à participação simultânea em quantidade de pregões superior à capacidade de atendimento da empresa. Conforme já consignado, exige-se do licitante na modalidade pregão maior diligência sobre as suas condições de participação do que em outras modalidades (parágrafos 25-26).

708. Se o licitante tinha consciência de que a alegada morosidade da internet interferia na logística, acarretando dificuldades na entrega de documentos ou de amostras nos prazos estipulados nos editais, esperava-se a devida diligência em manter-se operando dentro de um limite de participações que fossem suportadas pela capacidade de transmissão de dados disponível, de forma a não incorrer nos inadimplementos questionados.

709. Ressalte-se que, de acordo com o art. 13, inciso IV, do Decreto 5.450/2005, cabe ao licitante interessado em participar do pregão, na forma eletrônica, ‘acompanhar as operações no sistema eletrônico

durante o processo licitatório, responsabilizando-se pelo ônus decorrente da perda de negócios diante da inobservância de quaisquer mensagens emitidas pelo sistema ou de sua desconexão’.

710. Para justificar o inadimplemento na fase licitatória, o participante teria que comprovar, nos casos concretos, que agiu diligentemente para cumprir suas obrigações no certame, em que pese as eventuais dificuldades técnicas alegadas, o que não consta destes autos.

711. Desta forma, tendo em vista que a conexão com a internet é de responsabilidade do licitante, o Argumento 5 não merece prosperar.

II.2. Conclusão

712. A participação em grande número de licitações diariamente não elide a responsabilidade pela manutenção dos compromissos assumidos ao se inscrever nos certames (parágrafo 705).

713. Eventuais deficiências na operação da internet não justificam os inadimplementos do licitante, tendo em vista que a conexão com a rede é de sua responsabilidade (parágrafo 711).

714. O defendente não logrou comprovar que a Administração teria concordado com as justificativas apresentadas para suas condutas irregulares (parágrafo 698). Ademais, 55% das inhabilitações decorreram de oferta de produto em desacordo com o edital (parágrafo 675), o que se trata de ato vinculado do pregoeiro, não havendo o que se falar em aceitação ou não de justificativas das condutas para esses casos.

715. A empresa incidiu nas condutas ilegais tipificadas no art. 7º da Lei 10.520/2002, de forma recorrente ao longo do período considerado, em um número elevado de vezes (parágrafos 671-676) sem justificativa plausível (parágrafos 712-714).

716. Esse comportamento configura dolo eventual (parágrafo 677), conforme fundamentação expendida (parágrafos 76-80).

717. Além disso, foi caracterizado o dolo direto na conduta do licitante nos itens de pregão constantes da Tabela 4 (parágrafos 678-683), bem como na participação em seis pregões promovidos pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Baiano – Campus Guanambi (Uasg 158442), à revelia de disposições editalícias que vedavam a participação de empresas com duas ocorrências graves registradas no Sicaf (parágrafo 684).

718. A empresa também participou de dois pregões, apesar de estar impedida de licitar em órgãos do Governo Federal, o que caracteriza comportamento inidôneo e fraude às referidas licitações (parágrafo 702).

719. Dessa forma, tendo em vista que a conduta dolosa da empresa (parágrafos 716-718) resultou no logro de terceiros – a Administração e licitantes concorrentes – quanto ao valor da proposta vencedora, às suas verdadeiras condições de participação nos certames e à sua real intenção de obter a adjudicação, consideram-se presentes os elementos requeridos para a caracterização de fraude às licitações, conforme fundamentação exposta nos parágrafos 82 a 84 desta instrução.

720. Em face do exposto, conclui-se:

720.1 pela rejeição das justificativas apresentadas pela empresa Center Sponchiado no que se refere à sua incidência nas condutas ilegais tipificadas no art. 7º da Lei 10.520/200, de forma recorrente ao longo do período considerado, em um número elevado de vezes (parágrafo 715); e

720.2 pela declaração de sua inidoneidade para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal, com fulcro no art. 46, da Lei 8.443/1992, em consequência de ter comprovadamente fraudado as licitações relacionadas no Anexo 7 desta instrução (parágrafo 719).

II.3. Proposta de encaminhamento

721. Rejeitar as justificativas apresentadas pela empresa Center Sponchiado Ltda., CNPJ 04.418.934/0001-07, quanto à sua incidência nas condutas ilegais tipificadas no art. 7º da Lei 10.520/200, de forma recorrente ao longo do período considerado, em um número elevado de vezes (subparágrafo 720.1).

722. Declarar a inidoneidade da empresa Center Sponchiado Ltda., CNPJ 04.418.934/0001-07, para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal, com fulcro no art. 46, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 271 do RI/TCU, em consequência de ter comprovadamente fraudado as licitações relacionadas no Anexo 7 desta instrução (subparágrafo 720.2).

III. Kimicalbino Comércio Atacadista de Material de Laboratório

(CNPJ 05.054.633/0001-04)

723. Nos 1.601 pregões em que a empresa Kimicalbino Comércio Atacadista de Material de Laboratório (Kimicalbino) participou, no período compreendido entre 30/4/2009 e 21/6/2012, identificou-se que, em 678 deles, pelo menos uma proposta da empresa foi recusada. No total, a empresa teve 4.737 propostas recusadas em 47.160 itens de pregão dos quais participou (peça 252, p. 27).

724. Por questões de economia processual e racionalização administrativa, dessas 4.737 propostas recusadas, a análise restringiu-se àquelas que se enquadravam nos critérios de seleção citados no item 143 do Relatório de Fiscalização (peça 252, p. 27-28), entre eles, um período menor (de 1º/6/2010 a 21/6/2012), de forma que foram questionadas 164 propostas recusadas da empresa (peça 252, p. 31), listadas na Tabela 11 do Anexo 8 do Relatório de Fiscalização (peça 252, p. 112-117), nas quais foram encontrados indícios de infração ao art. 7º da Lei 10.520/2002.

725. Os motivos de recusa das propostas foram em decorrência de (peça 252, p. 32):

- a) desclassificação a pedido do licitante (100 casos – 61%);
- b) produto ofertado não atende às especificações do edital (21 casos – 13%);
- c) proposta em desacordo com as exigências do edital (20 casos – 12%);
- d) apresentação de lance inexequível (14 casos – 9%);
- e) outros (9 casos – 5%).

726. A desclassificação a pedido do licitante foi responsável pela recusa de cem das 164 propostas em análise (61%), o que, segundo consignado no Relatório de Fiscalização, constituiria um indício de que a empresa repetidamente infringiu o art. 7º da Lei 10.520/2002 (peça 252, p. 32).

727. Em face do exposto, foi promovida a oitiva da empresa Kimicalbino, por meio do Ofício 220/2013-TCU/Sefti (peça 266), para que justificasse suas condutas nos pregões relacionados no Anexo I do citado ofício, nas quais não teria honrado as propostas apresentadas. Na oportunidade, a empresa foi cientificada de que, caso não fossem acatadas as suas justificativas, o TCU poderia concluir pela ocorrência de fraude a licitação, situação que poderia resultar na declaração da inidoneidade da empresa para participar de licitação na Administração Pública Federal, na forma do art. 46 da Lei 8.443/1992.

728. Por meio de representante, a empresa apresentou sua defesa em 31/7/2013 (peça 332), cujos argumentos são expostos e analisados a seguir.

III.1. Análise das justificativas

Argumento 1 – O inadimplimento das obrigações do licitante decorreria da complexidade de administrar dezenas de itens de pregão de uma só vez

729. O contestante informa que, o que ocorreu nos casos descritos no ofício da oitiva decorre da complexidade que é participar de um pregão eletrônico, devido à dinâmica em que se dá a oferta de lances. Acrescenta que, muitas vezes, são abertos até cinquenta itens por vez (peça 332, p. 1).

Análise do argumento 1

730. O argumento quanto a administrar dezenas de itens de pregão de uma só vez não justifica as condutas reprováveis referentes a deixar de entregar documentação exigida para o certame ou não manter a proposta, previstas no art. 7º da Lei 10.520/2002. Ao contrário, ele reflete a conduta culposa da empresa, caracterizada pela negligência na participação de licitações públicas, sendo indicativo de falta de responsabilidade e diligência do licitante.

731. Portanto, tendo em vista que a administração de dezenas de itens de pregão de uma só vez não elide a responsabilidade pela manutenção dos compromissos assumidos ao se inscrever nos certames, o Argumento 1 deve ser rejeitado.

Argumento 2 – O sistema Comprasnet não disporia de funcionalidade para o pedido de cancelamento de oferta equivocada durante a realização do pleito

732. O defendente alega que não existe um mecanismo, no próprio sistema, que permita, ainda durante a realização do pleito, o pedido de cancelamento de oferta equivocada, de maneira que se torna necessário que a desistência seja formulada por meio de carta, a qual, na maioria das vezes, é enviada ao próprio pregoeiro (peça 332, p. 1).

Análise do argumento 2

733. O que a legislação faculta ao licitante é a retirada ou substituição da proposta inicial, mas somente até a abertura da sessão pública na internet (Decreto 5.450/2005, art. 21, § 4º).

734. Ante o exposto, tendo em vista que não cabe ao licitante invocar funcionalidades no sistema, não previstas na legislação, para se isentar da sua responsabilidade em manter o lance formulado, o Argumento 2 deve ser rejeitado.

Argumento 3 – Haveria justificativa encaminhada junto aos pedidos de cancelamento

735. A empresa esclarece que todas as cartas de solicitação de cancelamento ‘são anexadas, justificadas e comprovadas, [com] pelo menos duas cotações com valores reais de mercado’. Aduz que os valores ofertados equivocadamente estariam abaixo dos valores sugeridos no próprio sítio do sistema Comprasnet (peça 332, p. 1).

Análise do argumento 3

736. Tendo em vista que o defendente não trouxe aos autos os devidos elementos que comprovassem a sua alegação, considera-se prejudicada a análise do Argumento 3.

Argumento 4 – A aceitação do pedido de cancelamento seria de responsabilidade da Administração

737. O contestante argumenta que a solicitação de cancelamento seria tão somente uma consulta ao órgão, cabendo ao mesmo a sua aceitação ou não. Informa que a empresa jamais negou o fornecimento de quaisquer itens adjudicados (peça 332, p. 1).

Análise do argumento 4

738. Este argumento é improcedente e vai de encontro à melhor interpretação dos diplomas legais. A Administração não dispõe de meios para obrigar o particular a firmar contrato com ela. Ela dispõe somente de recursos para punir aqueles que, tendo se comprometido a fazê-lo, não honram sua proposta por razões ilícitas diversas, tais como as elencadas no art. 7º da Lei 10.520/2002.

739. Conforme já abordado nesta instrução em situação análoga (parágrafos 694-695), não há amparo legal para o aludido pedido de cancelamento condicional. A manutenção da proposta pelo licitante vencedor é exigência da Lei do Pregão, cuja desobediência é punível com o impedimento à participação em licitação da Administração Pública. Trata-se de dever imposto ao licitante, e não de um direito sobre o qual ele ou o pregoeiro possam dispor.

740. Ante o exposto, tendo em vista que o pedido de cancelamento formulado pelo licitante não é assunto sobre o qual compete juízo de aceitação ou não pelo pregoeiro, o Argumento 4 deve ser rejeitado.

III.2. Conclusão

741. A desclassificação a pedido do licitante, ocorrida em cem itens dos 164 questionados (61%), equivale à conduta ilícita de não manter a proposta (parágrafos 37-41).

742. A apresentação de propostas ou produtos em desacordo com as exigências do edital ocorreram em 41 casos dos 164 questionados (25%). Essa discrepância em relação às declarações firmadas previamente pelo defendente, de que cumpria os requisitos estabelecidos para participar dos certames, na ausência de apresentação de justificativa aceitável, denota comportamento inidôneo (parágrafos 48-53).

743. Juntos, esses dois tipos de comportamento irregular, tipificados no art. 7º da Lei 10.520/2002, respondem por 86% das condutas reprováveis que lhe são imputadas. As outras 23 desclassificações (14%) decorreram do não encaminhamento de proposta ou produto, ou de formulação de preço inexequível, condutas igualmente condenáveis.

744. A administração de dezenas de itens de pregão de uma só vez não elide a responsabilidade do licitante pela manutenção dos compromissos assumidos ao se inscrever nos certames (parágrafo 731), não cabendo a ele invocar funcionalidades no sistema, não previstas na legislação, para se isentar dessa responsabilidade (parágrafo 734).

745. O defendente não comprovou que seus pedidos de desistência foram justificados (parágrafo 736) e não procede a alegação de que a aceitação do pedido de cancelamento seria de responsabilidade da Administração (parágrafo 740). Ademais, as outras 23 inabilitações citadas no parágrafo 743 retro, decorrentes de apresentação de proposta ou produto em desacordo com o edital ou de preço inexequível, tratam-se igualmente de condutas reprováveis. Em todos esses casos, a inabilitação do licitante trata-se de ato vinculado do pregoeiro, não havendo o que se falar em aceitação ou não de justificativas.

746. Dessa forma, encontra-se devidamente evidenciado que a empresa incidiu nas condutas ilegais tipificadas no art. 7º da Lei 10.520/2002, de forma recorrente ao longo do período considerado, em um número elevado de vezes (parágrafos 741-743) sem justificativa plausível (parágrafos 744-745).

747. Esse comportamento configura dolo eventual, conforme fundamentação expandida no início desta instrução (parágrafos 76-80).

748. Dessa forma, tendo em vista que a conduta dolosa da empresa (parágrafo 746) resultou no logro de terceiros – a Administração e licitantes concorrentes – quanto ao valor da proposta vencedora, às suas verdadeiras condições de participação nos certames e à sua real intenção de obter a adjudicação, consideram-se presentes os elementos requeridos para a caracterização de fraude às licitações, conforme fundamentação (parágrafos 82-84).

749. Em face do exposto, conclui-se:

749.1 pela rejeição das justificativas apresentadas pela empresa Kimicalbino no que se refere à sua incidência nas condutas ilegais tipificadas no art. 7º da Lei 10.520/200, de forma recorrente ao longo do período considerado, em um número elevado de vezes (parágrafo 746); e

749.2 pela declaração de sua inidoneidade para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal, com fulcro no art. 46, da Lei 8.443/1992, em consequência de ter comprovadamente fraudado as licitações relacionadas no Anexo 8 desta instrução (parágrafo 748).

III.3. Proposta de encaminhamento

750. Rejeitar as justificativas apresentadas pela empresa Kimicalbino Comércio Atacadista de Material de Laboratório, CNPJ 05.054.633/0001-04, quanto à sua incidência nas condutas ilegais tipificadas no art. 7º da Lei 10.520/200, de forma recorrente ao longo do período considerado, em um número elevado de vezes (subparágrafo 749.1).

751. Declarar a inidoneidade da empresa Kimicalbino Comércio Atacadista de Material de Laboratório, CNPJ 05.054.633/0001-04, para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal, com fulcro no art. 46, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 271 do RI/TCU, em consequência de ter comprovadamente fraudado as licitações relacionadas no Anexo 8 desta instrução (subparágrafo 749.2).

IV. G P Mattara Suprimentos para Informática – ME

(CNPJ 05.114.599/0001-08)

752. Nos 2.382 pregões em que a empresa G P Mattara Suprimentos para Informática – ME (G P Mattara) participou, no período compreendido entre 30/4/2009 e 21/6/2012, identificou-se que, em 1.077 deles, pelo menos uma proposta da empresa foi recusada. No total, a empresa teve 9.464 propostas recusadas em 32.426 itens de pregão dos quais participou (peça 252, p. 27).

753. Por questões de economia processual e racionalização administrativa, dessas 9.464 propostas recusadas, a análise restringiu-se àquelas que se enquadravam nos critérios de seleção citados no item 143

do Relatório de Fiscalização (peça 252, p. 27-28), entre eles, um período menor (de 1º/6/2010 a 21/6/2012), de forma que foram questionadas 167 propostas recusadas da empresa (peça 252, p. 32), listadas na Tabela 12 do Anexo 9 do Relatório de Fiscalização (peça 252, p. 118-125), nas quais foram encontrados indícios de infração ao art. 7º da Lei 10.520/2002.

754. Os motivos de recusa das propostas foram em decorrência de (peça 252, p. 33):

- a) proposta em desacordo com as exigências do edital (71 casos – 42%);
- b) produto ofertado não atende às especificações do edital (59 casos – 35%);
- c) não enviou documentação conforme solicitado em edital (31 casos – 19%);
- d) outros (6 casos – 4%).

755. Segundo mencionado no Relatório de Fiscalização, com relação às desclassificações decorrentes de a empresa ter ofertado produto que desatendia às especificações do edital, verificou-se que em diversos pregões foram ofertados cartuchos para impressora não originais apesar de essa exigência constar explicitamente dos editais, o que constituiria um indício de que a empresa repetidamente infringiu o art. 7º da Lei 10.520/2002 (peça 252, p. 33).

756. Em face do exposto, foi promovida a oitiva da empresa G P Mattara, por meio do Ofício 221/2013-TCU/Sefti (peça 267), para que justificasse suas condutas nos pregões relacionados no Anexo I do citado ofício, nas quais não teria honrado as propostas apresentadas. Na oportunidade, a empresa foi cientificada de que, caso não fossem acatadas as suas justificativas, o TCU poderia concluir pela ocorrência de fraude a licitação, situação que poderia resultar na declaração da inidoneidade da empresa para participar de licitação na Administração Pública Federal, na forma do art. 46 da Lei 8.443/1992.

757. Por meio de representante, a empresa apresentou sua defesa em 15/7/2013 (peça 308), cujos argumentos são expostos e analisados a seguir.

IV.1. Análise das justificativas

Argumento 1 – Os produtos ofertados não desatenderiam às exigências do edital

758. Segundo o contestante, grande parte das recusas teria se dado por falta de qualificação técnica do pregoeiro. Alega que, como os pregões são de diversos itens dos mais variados materiais, muitas vezes o pregoeiro não compreenderia sequer a diferença entre cartucho original e cartucho produzido pelo fabricante da impressora (peça 308, p. 3).

759. Aduz que não participa de licitações com cartuchos reciclados, remanufaturados ou recarregados. Ressalta que ‘somente oferta produtos novos, originais’. Alega que, dessa forma, o item 186 do Relatório de Fiscalização também teria incorrido em equívoco ao entender que cartucho original é o fabricado pela mesma empresa que forneceu a impressora (peça 308, p. 8).

760. Argumenta que ‘como é notório e sabido, as marcas que constantemente são confundidas com originalidade do produto são de valores bastante superiores que a média praticada por outras empresas que ofertam produtos originais, mas similares e compatíveis, como é o caso da ora requerente’ (peça 308, p. 8).

761. O defendente traz à luz o Acórdão 1.419/2012-TCU-Plenário, o qual, segundo ele, conteria ‘decisão favorável prolatada pelo TCU em processo onde se adquiriu cartuchos diversos do fabricante da impressora’, e que corroboraria o seu entendimento (peça 308, p. 9; 11).

762. Consigna que a quase totalidade dos motivos de recusa, constantes nas alíneas ‘a’, ‘b’ e ‘c’ do item 185 do Relatório de Fiscalização (parágrafo 754), que representam 96% das situações, ‘se deram, ora por desconhecimento do pregoeiro, erro grosseiro de confundir e exigir marca, inclusive no qual também incorre o órgão fiscalizador; ora por entender que os laudos estão fora do prazo exigido’ (peça 308, p. 9).

763. Aduz que ‘ambos os entendimentos equivocados representam verdadeira infração à Lei 8.666/1993, especialmente seu art. 25, inciso I, pois sem justificação prévia não se pode exigir marca, sob risco de prejuízo ao erário e favorecimento de alguns’ (peça 308, p. 9-10).

764. As justificativas para os itens de pregão questionados são apresentadas na Tabela 5, a seguir, nos termos empregados pelo defendente, agrupando-as por similaridade de motivo, com a totalização da quantidade de itens de pregão abrangidos (peça 308, p. 3-8).

Caso	Motivo da recusa	Explicação técnica	Qtde itens
1	Ente público exigiu cartucho do fabricante da impressora OU Ente público exigiu marca HP	Art. 25, inciso I da Lei 8.666/1993 dispõe que não se pode exigir marca na licitação – a requerente ofertou cartucho original de marca diversa, atendendo aos ditames legais. A requerente oferta cartuchos novos, originais de fábrica, entendendo-se como tal, aqueles feitos pela primeira vez, não recarregados, remanufaturados, reciclados, assim, a exigência de marca é vedada em lei, mas constantemente confundida pelos pregoeiros.	122
2	Ente público afirma que não houve apresentação de laudo técnico com data de expedição de até 180 dias da data de realização do pregão	Exigência vedada pela Lei 8.666/1993, art. 25, inciso I – condição que compromete, restringe e frustra a participação; laudos do Inmetro normalmente são emitidos com validade de um a dois anos, e, ainda, exigiu-se a marca HP.	31
3	Solicitado T133220 e não T133230	Falha ao digitar a numeração	1
4	Não mencionou garantia	Lapso na digitação	1
5	Afirma que não foi respondido questionamento do pregoeiro	Caiu a conexão com a internet e quando conseguiu novo contato já estava desativado	2
6	Ente público afirma desacordo com o edital	A requerente venceu outros itens do mesmo edital	2

Tabela 5 – Empresa G P Mattara – Justificativas para os itens de pregão questionados

765. O requerente informa, ainda, que não venceu o certame com relação aos itens 9, 23, 54, 56, 57, 58, 59 e 60 do Pregão 70/2011 promovido pela Uasg 158122 (peça 308, p. 7).

Análise do argumento 1

766. Cabe registrar que existe jurisprudência nesta Corte considerando regular a indicação de marca, desde que atendidas determinadas condições:

Em licitações referentes a compras, inclusive de softwares, é possível a indicação de marca, desde que seja estritamente necessária para atender exigências de padronização e que haja prévia justificação. (Súmula 270)

Admite-se como legal cláusula editalícia que exija que suprimentos e/ou peças de reposição de equipamentos de informática sejam da mesma marca dos equipamentos originais, quando esses se encontrarem no prazo de garantia e os termos da garantia expressamente consignarem que ela não cobrirá defeitos ocasionados pela utilização de suprimentos e/ou peças de outras marcas. (Acórdão 860/2011-Plenário)

A aquisição de insumos e materiais médicos especializados pode ser promovida com indicação de marca, mas desde que a necessidade da aquisição fique técnica e devidamente justificada nos autos do processo de licitação. (Acórdão 122/2014-Plenário)

767. Porém, esta instrução não se ocupa de avaliar, *in concreto*, a legalidade dos editais que estabeleciam a exigência de determinada marca para o objeto licitado, uma vez que tal questão não integra o escopo desta fiscalização. Esse tema já vem sendo sistematicamente abordado neste Tribunal em outras oportunidades, como o demonstram o Acórdão 1.419/2012-TCU-Plenário, invocado pelo requerente, e as jurisprudências retro mencionadas.

768. Ressalte-se que o cerne da questão de que se ocupa, neste momento, refere-se à análise da legalidade da conduta do licitante nos pregões em que participou, à luz do art. 7º da Lei 10.520/2002.

769. Os casos 1, 2 e 6 da Tabela 5 (parágrafo 764), e aqueles em que o justificante afirma não ter vencido o certame (parágrafo 765), totalizam 163 itens de pregão, o que representa, praticamente, a totalidade dos 167 casos anteriormente questionados (98%). Os itens que o defendente alega não ter vencido continuam a ser computados, tendo em vista que, conforme consta da ata do Pregão 70/2011 promovido pela Uasg 158122 (peça 417), o licitante ofertou o menor preço nos itens 9, 23, 54, 56, 57, 58, 59 e 60 desse pregão, mas foi desclassificado porque não atendia ao item 10.8 do edital, de forma que deve ser considerada improcedente a sua afirmação quanto a não ter vencido os certames.

770. Em 132 desses 163 itens totalizados no parágrafo anterior, a desclassificação decorreu do oferecimento de produto ou proposta em desacordo com as especificações do edital. Nos outros 31 itens (caso 2 da Tabela 5; parágrafo 764), o motivo da recusa foi o não atendimento de requisito de habilitação.

771. Conforme se constata das informações constantes da Tabela 5, criada a partir de dados da manifestação do justificante, o mesmo reconhece os números constantes dos parágrafos precedentes, bem como as razões de recusa que foram consignadas pelos pregoeiros. Contudo, alega em sua defesa a suposta ilicitude da exigência de marca e do prazo de validade estipulado para o laudo técnico. O requerente alega que, ao ofertar cartuchos novos e originais de fábrica, mesmo que de marca diversa da requerida, estaria fornecendo produto em conformidade com a exigência dos editais.

772. Porém, o fato de o licitante considerar ilegal determinada cláusula editalícia não o autoriza a formular proposta ou ofertar produto em desacordo com as exigências estabelecidas no instrumento convocatório. Enquanto vigente no ordenamento jurídico, o edital de licitação goza da presunção de legalidade, razão pela qual deve ser respeitado.

773. Por outro lado, a lei confere aos licitantes várias oportunidades para contestar eventual disposição do edital que considerem ilegal, tais como os pedidos de esclarecimento, a impugnação do ato convocatório do pregão, o recurso e a representação junto a esta Corte. O requerente não demonstrou, contudo, ter utilizado algum desses recursos colocados à sua disposição nos casos reclamados.

774. Além disso, na maior parte dos casos citados, o edital exigiu não somente que os cartuchos fossem novos e originais de fábrica, mas também estabeleceu a marca desses cartuchos. O edital do Pregão 6/2012 promovido pela Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária – Embrapa (Uasg 135032) ilustra esta situação (peça 418, p. 25):

Nos itens 05, 17, 32, 33, 34 e 35, os suprimentos cotados deverão ser da mesma marca do equipamento, devido a utilização em equipamentos de aquisição recente, ainda vinculados a garantias de fábrica. A utilização destes produtos é necessária para a manutenção da garantia dos equipamentos.

775. As descrições dos itens de pregão mencionados no parágrafo anterior, constantes do termo de referência, especificavam claramente as marcas exigidas (peça 418, p. 24-25). Nada obstante, a empresa concorreu aos referidos itens, ofertando produtos de marca diferente daquelas especificadas no edital (peça 419).

776. Conforme exigência legal, o licitante, para poder participar dos pregões, declarou que cumpria plenamente os requisitos de habilitação e que suas propostas estavam em conformidade com as exigências dos instrumentos convocatórios. No caso em tela, contudo, o licitante sabia, de antemão, que não as

cumpria, como a própria linha de defesa ora empregada evidencia. A declaração falsa, nesse sentido, é considerada comportamento inidôneo, nos moldes preliminarmente consignados (parágrafos 48-53).

777. A justificativa apresentada no caso 6 da Tabela 5 (parágrafo 764), de que o requerente ‘venceu outros itens do mesmo edital’, não tem o condão de afastar a ilicitude de ter ofertado proposta em desacordo com as disposições do edital para os dois itens de pregão a que o caso 6 se refere.

778. Por fim, considerando as justificativas apresentadas pelo requerente, o item 17, do Pregão 294/2011 (Uasg 154051), o item 10, do Pregão 429/2010 (Uasg 154051), e os itens 85 e 94, do Pregão 352/2010 (Uasg 153163), referenciados nos casos 3, 4 e 5, respectivamente, da Tabela 5 (parágrafo 764), foram excluídos da relação constante do Anexo 9, em face da inexistência de recorrência daquelas causas de desclassificação (erro de digitação na proposta e falha na conexão com a internet) no conjunto questionado.

779. Ante o exposto, tendo em vista que nos 163 itens de pregão relacionados no Anexo 9 os produtos ofertados ou as propostas formuladas estavam em desacordo com as exigências do edital, o Argumento 1 deve ser refutado.

Argumento 2 – Não teria havido fraude ao certame

780. Segundo o contestante, não haveria qualquer indício de fraude ou possibilidade de lhe ser imputada conduta fraudulenta, pois nunca teria prejudicado o processo licitatório. Entende que, ‘ao contrário, deve a fiscalização aprofundar seus conhecimentos sobre a indevida exigência de marcas que constantemente vem ocorrendo junto aos órgãos públicos, esta medida sim, temerária e prejudicial aos cofres públicos’ (peça 308, p. 9).

781. Alega que nunca teria agido com dolo ou culpa, uma vez que a grande maioria das recusas teria se dado por desconhecimento técnico dos pregoeiros ou por exigência de marcas – conforme Argumento 1 tratado anteriormente –, ficando ‘inequivocamente demonstrado que os órgãos licitantes (...) agiram com acerto ao não autuarem a requerente’ (peça 308, p. 10).

782. Requer, em face do exposto, que seus esclarecimentos sejam acatados, e julgado que não houve fraude, ‘uma vez que produto original não é exclusivamente o fabricado por determinada empresa, mas produto novo, certificado e com garantia, tais como os apresentados por esta requerente’ (peça 308, p. 10).

Análise do argumento 2

783. A alegação quanto à indicação de marca nos editais já foi tratada na análise do argumento anterior.

784. No que se refere ao aspecto subjetivo da conduta do licitante, não há necessidade da comprovação de dolo ou má fé para a configuração de conduta ilícita elencada no art. 7º da Lei 10.520/2002, conforme já consignado nesta instrução (parágrafos 28-32).

785. Na análise do argumento anterior, evidenciou-se que 98% das propostas recusadas da empresa decorreram da oferta de produto em desacordo com as exigências do edital (79%) ou do descumprimento de condição de habilitação (19%).

786. No caso das propostas recusadas em virtude da oferta de produto em desacordo com as exigências do edital, a justificativa apresentada pelo requerente questiona a indicação de marca nos editais, e defende que a marca ofertada atenderia às condições de originalidade. Nos casos de descumprimento de condição de habilitação, o justificante alega que a exigência de apresentação de laudo técnico, com data de expedição de até 180 dias da data de realização do pregão, afrontaria o inciso I do art. 25 da Lei 8.666/1993, defendendo que os laudos do Inmetro normalmente são emitidos com validade de um a dois anos. Esses argumentos evidenciam que o requerente tinha consciência de que estava ofertando marca diversa das exigidas e de que não dispunha de laudo emitido no prazo de 180 dias, conforme requerido no edital.

787. Tal atitude, de conscientemente ofertar produtos ou formular propostas em desacordo com as especificações do edital, caracteriza conduta inidônea, passível de punição nos moldes do art. 7º da Lei 10.520/2002 (parágrafos 48-53). Além disso, a empresa incorreu repetidamente nessa conduta, ao longo do período considerado, como se pode observar na relação constante do Anexo 9.

788. Ressalta-se novamente o dolo eventual, que se configura pelo comportamento repetitivo do licitante que acarretou as suas sucessivas desclassificações nos certames relacionados no Anexo 9 desta instrução, e que evidencia a ação deliberada do agente, assumindo o risco de prejudicar terceiros e o procedimento licitatório, com a devida consciência da ilicitude dos atos praticados e do resultado que eles provocam (parágrafos 76-80).

789. Dessa forma, estando configurada a conduta dolosa da empresa, a qual resultou no logro de terceiros – a Administração e licitantes concorrentes – quanto ao valor da proposta vencedora e às suas verdadeiras condições de participação nos certames, consideram-se presentes os elementos requeridos para a caracterização de fraude às licitações, conforme fundamentação anteriormente apresentada (parágrafos 82-84).

790. Ante o exposto, tendo em vista a evidenciação de que o defendente incorreu em comportamento caracterizado como fraude às 32 licitações a que se referem os 163 itens de pregão relacionados no Anexo 9, o Argumento 2 deve ser rejeitado.

IV.2. Conclusão

791. O requerente incorreu em conduta inidônea ao participar das licitações dos itens de pregão relacionados no Anexo 9 sem que atendesse às condições estabelecidas nos editais, pois os produtos ofertados ou as propostas formuladas estavam em desacordo com as exigências (parágrafos 776 e 779).

792. O requerente cometeu fraude às 32 licitações a que se referem os 163 itens de pregão relacionados no Anexo 9, tendo em vista que conscientemente ofertou produtos ou formulou propostas em desacordo com as especificações do edital, de forma recorrente ao longo do período considerado, em um número elevado de vezes (parágrafos 788-790).

793. Em face do exposto, conclui-se:

793.1 pela rejeição das justificativas apresentadas pela empresa G P Mattara no que se refere à sua incidência nas condutas ilegais tipificadas no art. 7º da Lei 10.520/200, de forma recorrente ao longo do período considerado, em um número elevado de vezes (parágrafos 779 e 787); e

793.2 pela declaração de sua inidoneidade para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal, com fulcro no art. 46, da Lei 8.443/1992, em consequência de ter comprovadamente fraudado as licitações relacionadas no Anexo 9 desta instrução (parágrafo 790).

IV.3. Proposta de encaminhamento

794. Rejeitar as justificativas apresentadas pela empresa G P Mattara Suprimentos para Informática – ME, CNPJ 05.114.599/0001-08, quanto à sua incidência nas condutas ilegais tipificadas no art. 7º da Lei 10.520/2002, de forma recorrente ao longo do período considerado, em um número elevado de vezes (subparágrafo 793.1).

795. Declarar a inidoneidade da empresa G P Mattara Suprimentos para Informática – ME, CNPJ 05.114.599/0001-08, para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal, com fulcro no art. 46, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 271 do RI/TCU, em consequência de ter comprovadamente fraudado as licitações relacionadas no Anexo 9 desta instrução (subparágrafo 793.2).

V. Vetec Química Fina Ltda.

(CNPJ 29.976.032/0001-09)

796. Nos 1.078 pregões em que a empresa Vetec Química Fina Ltda. (Vetec) participou, no período compreendido entre 30/4/2009 e 21/6/2012, identificou-se que, em 369 deles, pelo menos uma proposta da empresa foi recusada. No total, a empresa teve 2.382 propostas recusadas em 50.799 itens de pregão dos quais participou (peça 252, p. 27).

797. Por questões de economia processual e racionalização administrativa, dessas 2.382 propostas recusadas, a análise restringiu-se àquelas que se enquadravam nos critérios de seleção citados no item 143 do Relatório de Fiscalização (peça 252, p. 27-28), entre eles, um período menor (de 1º/6/2010 a 21/6/2012), de forma que foram questionadas 158 propostas recusadas da empresa (peça 252, p. 33),

listadas na Tabela 13 do Anexo 10 do Relatório de Fiscalização (peça 252, p. 126-135), nas quais foram encontrados indícios de infração ao art. 7º da Lei 10.520/2002.

798. Os motivos de recusa das propostas foram em decorrência de (peça 252, p. 33-34):

- a) proposta em desacordo com as exigências do edital (95 casos – 60%);
- b) produto ofertado não atende às especificações do edital (36 casos – 23%);
- c) desclassificação a pedido do licitante (15 casos – 9%);
- d) outros (12 casos – 8%).

799. Segundo consignado no Relatório de Fiscalização, depreende-se das razões pelas quais as propostas foram recusadas, listadas no parágrafo anterior, que, em 83% dos casos analisados, a empresa teria se comportado de forma irregular, ofertando produtos ou formulando propostas em desacordo com o edital, o que constituiria um indício de que repetidamente infringiu o art. 7º da Lei 10.520/2002 (peça 252, p. 34).

800. Além disso, o Relatório de Fiscalização (peça 252, p. 26) registrou que a empresa Vetec, cujo capital social pertence integralmente à empresa Sigma-Aldrich Brasil Ltda. (Sigma), CNPJ 68.337.658/0001-27, desde 3/6/2011 (peça 215), teve 22 propostas recusadas para itens de pregão em que o objeto foi adjudicado para sua proprietária, conforme se constata nos itens 3, 4, 19, 20, 25, 26, 28, 44, 49, 51, 52, 61, 64, 81, 84, 85, 86, 95, 103, 106, 115 e 120 do Pregão 22/2011, de 30/11/2011, do Laboratório Nacional Agropecuário no Rio Grande do Sul (Uasg 130103; peça 216).

801. Segundo entendimento consignado do mencionado relatório (peça 252, p. 34), a existência de relação societária entre as empresas por ocasião da participação simultânea no pregão retro mencionado, e a efetiva obtenção de vantagem de uma delas em decorrência do comportamento da outra, configurariam indício de conluio entre as duas e, conseqüentemente, de fraude ao Pregão 22/2011, do Laboratório Nacional Agropecuário no Rio Grande do Sul (Lanagro-RS).

802. Em face do exposto, foi promovida a oitiva da empresa Vetec, por meio do Ofício 222/2013-TCU/Sefti (peça 268), para que justificasse as seguintes condutas:

- a) nos pregões relacionados no Anexo I do citado ofício, nos quais não teria honrado as propostas apresentadas;
- b) no Pregão 22/2011, de 30/11/2011, promovido pelo Laboratório Nacional Agropecuário no Rio Grande do Sul (Uasg 130103; peça 216), no qual participou juntamente com a empresa Sigma-Aldrich Brasil Ltda., CNPJ 68.337.658/0001-27, sua controladora, nos itens 3, 4, 19, 20, 25, 26, 28, 44, 49, 51, 52, 61, 64, 81, 84, 85, 86, 95, 103, 106, 115 e 120, a qual teria se beneficiado das suas desclassificações, com a adjudicação dos objetos a preços maiores do que os ofertados nas suas propostas desclassificadas.

803. Na oportunidade, a empresa foi cientificada de que, caso não fossem acatadas as suas justificativas, o TCU poderia concluir pela ocorrência de fraude a licitação, situação que poderia resultar na declaração da inidoneidade da empresa para participar de licitação na Administração Pública Federal, na forma do art. 46 da Lei 8.443/1992.

804. Por meio de representante, a empresa apresentou sua defesa em 8/8/2013 (peça 334), cujos argumentos são expostos e analisados a seguir, separadamente, por questionamento.

V.1. Do questionamento sobre não ter honrado as propostas apresentadas

V.1.1. Análise das justificativas

Argumento 1 – A quantidade de ocorrências deveria ser relativizada

805. O defendente argumenta que atua há mais de trinta anos com excelência no ramo da indústria, comércio, importação, exportação e fabricação de produtos químicos e materiais para laboratório, participando constantemente de licitações, de modo que o número de 131 itens em que teve proposta recusada deve ser relativizado, tendo em vista o seu longo histórico de contratações bem sucedidas com o Poder Público. A empresa frisa que o próprio Relatório de Fiscalização teria indicado que a Vetec participou, nesse mesmo período de amostragem, de um total de 1.078 certames na modalidade de pregão, tendo somente 131 propostas recusadas (peça 334, p. 4, § 10).

Análise do argumento 1

806. Cabe esclarecer que a empresa está sendo questionada quanto a 158 propostas recusadas, conforme constou do Relatório de Fiscalização (peça 252, p. 33), e não 131, como apresentado em sua justificativa. Aparentemente, a empresa não está considerando no seu cálculo os 27 itens mencionados nas alíneas 'c' e 'd' do parágrafo 798, nos quais foi desclassificada a pedido (15 itens), por ter apresentado proposta inexequível (2 itens), porque não enviou proposta dentro do prazo (3 itens) e porque não enviou os documentos de habilitação (7 itens). Os casos 18 a 21 da Tabela 7, que consolida a Tabela Demonstrativa dos Motivos de Recusa das Propostas, encaminhada pelo próprio justificante (peça 334, p. 20-39), confirmam esses números.

807. Outra afirmação do justificante que merece reparo é a de que o Relatório de Fiscalização teria indicado que a Vetec participou de 1.078 pregões, tendo somente 131 propostas recusadas. Conforme consta da Tabela 2 do item 140 do Relatório de Fiscalização (peça 252, p. 27), a empresa Vetec Química Fina Ltda., CNPJ 29.976.032/0001-09, participou de 1.078 pregões, nos quais teve 2.382 itens com proposta recusada, e não 131, como afirmou.

CNPJ	Pregões de que participou	Pregões com proposta recusada	Itens de que participou	Itens com proposta recusada
29.976.032/0001-09	1.078	369	50.799	2.382

Tabela 6 – Empresa Vetec – Total de propostas recusadas (30/4/2009 a 21/6/2012)

808. No item 188 do Relatório de Fiscalização, os números constantes na referida Tabela 2 do item 140 são confirmados, nos seguintes termos: 'A empresa Vetec Química Fina Ltda. teve um total de 2.382 propostas recusadas, distribuídas em 369 pregões dos 1.078 em que participou no período, conforme se depreende da análise da tabela 2' (peça 252, p. 33).

809. No item 139 do Relatório de Fiscalização, consta que o período fiscalizado, no qual foram identificadas tais ocorrências, foi de 30/4/2009 e 21/6/2012 (peça 252, p. 27). No entanto, visando a economia processual e a racionalização administrativa, esse período foi reduzido para 1º/6/2010 a 21/6/2012, bem como outros filtros foram aplicados, com o intuito de reduzir o número de propostas recusadas que seriam objeto de questionamento nas oitivas (itens 141 a 147 do Relatório de Fiscalização; peça 252, p. 27-28).

810. Dessa forma, resultou que a empresa Vetec foi instada a se manifestar somente sobre 158 das suas 2.382 propostas recusadas (itens 190, 291.5 e 291.6 do Relatório de Fiscalização; peça 252, p. 33, 55, 126-135).

811. A respeito do argumento de que o número de propostas recusadas deveria ser relativizado, verifica-se pelo conteúdo da Tabela 6 que a empresa foi desclassificada em pelo menos um item de pregão, em 34% dos pregões de que participou (369/1.078). No total, a empresa concorreu a 50.799 itens de pregão, sendo desclassificada em 2.382 deles, o que equivale a 5% de itens de proposta recusados (2.382/50.799).

812. Embora a quantidade de itens de proposta recusados frente à quantidade de itens de proposta formulados não se mostre elevada, entende-se que, mesmo percentuais inferiores ao verificado nesse caso deveriam constituir objeto de questionamento, tendo em vista que, em tese, as desclassificações de licitantes em pregões eletrônicos decorrem tipicamente das condutas irregulares elencadas no art. 7º da Lei 10.520/2002.

813. Dessa forma, ainda que o percentual de 5% de desclassificações do justificante possa ser considerado reduzido, as condutas que deram causa a 2.382 desclassificações em três anos merecem ser questionadas.

814. Ante o exposto, e tendo em vista que a relativização da quantidade de desclassificações do justificante em face do número de participações não tem o condão de afastar a análise da sua responsabilidade pela recusa das propostas constantes do Anexo 10 do Relatório de Fiscalização (peça 252, p. 126-135), considera-se prejudicado o Argumento 1.

Argumento 2 – Não teria havido ilícito

815. A empresa contesta o Relatório de Fiscalização, alegando que a imputação a ela de ‘conduta irregular, ofertando produtos ou formulando proposta em desacordo com o edital’ não se coadunaria com a realidade (peça 334, p. 4, § 11).

816. Ressalta seu entendimento de que ‘a mera recusa de proposta de um licitante, com a sua consequente desclassificação de algum item do certame, não representa, por si só, qualquer ilícito’. Alega que a recusa da proposta decorre de simples subsunção da proposta formulada às regras constantes do instrumento convocatório, e que não se está a falar de licitude ou de ilicitude na conduta do licitante (peça 334, p. 4, § 12)

817. Nesse sentido, invoca a seguinte doutrina de Marçal Justen Filho (peça 334, p. 4-5, § 13; grifo do justificante):

A pura e simples ausência de entrega de documentos é irrelevante e juridicamente neutra. Assim, se o sujeito comparece à licitação, credencia-se e pretende apresentar apenas o envelope com sua proposta, esquecendo-se daquele contendo os documentos, não estará configurado o ilícito ora examinado. A Administração excluirá desde logo o sujeito do certame (Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 6. ed.. São Paulo: Dialética, 2013. p. 247)

818. O defendente conclui, com base no exposto, que o fato de ‘a Vetec ter eventualmente apresentado documentos em desacordo com alguns editais de licitação não caracteriza ilícito’, o que já afastaria a possibilidade de que lhe fosse aplicada qualquer sanção (peça 334, p. 5, § 14).

Análise do argumento 2

819. De acordo com o exposto no parágrafo 806, a desclassificação pela não apresentação de documentação exigida para o certame respondeu somente por dez dos 158 casos questionados (considerando-se, também, como tal, o não envio da proposta dentro do prazo), de maneira que a argumentação do defendente não se aplica à maioria das condutas sob análise. Porém, *ad argumentandum tantum*, registre-se que a não entrega de documentação exigida para o certame constitui ilegalidade expressamente tipificada no art. 7º da Lei 10.520/2002, conforme fundamentação constante desta instrução (parágrafos 42-47).

820. A principal razão das desclassificações ora questionadas, correspondente a 83% dos casos (131/158), foi a oferta de produtos ou formulação de propostas em desacordo com o edital (parágrafo 799). Nesses 131 itens de pregão, para ser considerada apta a concorrer, a empresa teve que declarar que cumpria plenamente os requisitos de habilitação, e que sua proposta estaria em conformidade com as exigências do instrumento convocatório. No entanto, após a sessão de lances nos quais a empresa sagrou-se vencedora, não se confirmou a veracidade dessas declarações, tendo em vista que os produtos ou propostas não atendiam às exigências do edital.

821. Conforme consignado na fundamentação desta instrução (parágrafos 48-53), a declaração falsa, relativa ao cumprimento dos requisitos de habilitação e proposta, sujeita o licitante a sanções e configura o comportamento inidôneo elencado no rol de condutas ilícitas constantes do art. 7º da Lei 10.520/2002 (parágrafo 35).

822. De igual modo, a desclassificação a pedido do licitante, que responde por quinze dos 158 casos questionados, também se caracteriza como uma conduta ilícita prevista no art. 7º da Lei 10.520/2002, pois equivale a não manter a proposta, conforme fundamentação exposta inicialmente (parágrafos 37-41).

823. Ante o exposto, tendo em vista que as razões que levaram à recusa das propostas do justificante constituem ilícitos previstos no art. 7º da Lei 10.520/2002, o Argumento 2 deve ser rejeitado.

824. É possível, contudo, que em alguns casos a responsabilidade pela desclassificação não seja atribuível ao justificante, o que será objeto de análise a seguir.

Argumento 3 – A desclassificação não teria se dado por culpa da empresa

825. O defendente alega que muitas de suas desclassificações ocorreram em razão ‘de normas dúbias dos editais e de motivos obscuros levantados pelos pregoeiros, motivos estes que não encontravam fundamento nos editais’ (peça 334, p. 5, § 15).

826. Como exemplo, cita o caso do Pregão 9/2010 promovido pela Embrapa, cujo edital exigia, para o item 4, que os licitantes cotassem ‘acetato de cálcio p.a 500g compatível com marcas Merck ou similar’. Informa que ofertou marca similar, ao menor preço, mas que o pregoeiro teria recusado sua proposta sob o fundamento de que ‘o produto ofertado não atende ao exigido nos estudos desenvolvidos pela pesquisadora Dra. Flávia Alcântara’. Em face disso, alega que a desclassificação da Vetec não se deu por alguma desconformidade com o edital, ‘mas por mera preferência por outra marca’. Chama a atenção para o fato de que, na disputa desse item, outras seis empresas teriam sido desclassificadas sob a mesma justificativa, até que se alcançou a única empresa que havia ofertado produto da marca Merck (peça 334, p. 5-6, § 16-17).

827. Aduz que a mesma situação teria se repetido em todos os itens em que participou nos Pregões 9/2010, 16/2010 e 5/2011, da Embrapa, nos Pregões 116/2010 e 87/2011, da Universidade Federal de Lavras, além de diversos itens do Pregão 28/2010 do Lanagro-RS. Esclarece que as aludidas pesquisas científicas que embasaram as justificativas de desclassificação feitas pela Administração não vinham descritas em edital. Novamente, afirma que o licitante que cotava a marca pré-determinada era sempre o favorecido (peça 334, p. 6, § 18).

828. Alega que, de forma similar, teria sido desclassificado nos pregões 227/2010 da Universidade Federal de Uberlândia, e no Pregão 231/2010 da Universidade Federal de Ouro Preto, as quais, embora não houvessem determinado marca, fundamentaram as recusas de modo vago (peça 334, p. 6, § 19).

829. Informa, também, que em um item do Pregão 28/2010 do Lanagro, e em dois itens do Pregão 242/2010 da Universidade Federal de Santa Maria, teria sido novamente desclassificado ‘não por descumprir os respectivos editais’, mas porque ofertou valor maior do que o máximo previsto pelo órgão e não aceitou negociar. Registra que ‘afinal, obviamente, não estava obrigada a reduzir o seu preço’ (peça 334, p. 6, § 20).

830. O defendente consigna que essas situações anteriormente relatadas totalizam 39 itens de pregão. Acrescenta que, em outros 68 casos, a recusa da proposta deveu-se à não inclusão, no campo ‘Descrição detalhada do objeto’, do código do material. Alega que a absoluta maioria dos órgãos que se utiliza do sistema Comprasnet não exige tais especificações, ou pelo menos não o fazem sob pena de desclassificação (peça 334, p. 6-7, § 21-22).

831. O contestante, no Anexo I de sua manifestação, encaminhou Tabela Demonstrativa dos Motivos de Recusa das Propostas, onde elenca os itens de pregão questionados, esclarecendo o motivo da recusa e consignando seu entendimento sobre se o motivo da recusa constaria ou não em edital (peça 334, p. 20-39).

832. Tais razões são apresentadas de forma consolidada, na Tabela 7, a seguir, nos termos empregados pelo defendente, mas com pequenas adaptações que buscam agrupar argumentações similares.

Caso	O motivo da recusa está em edital?	Esclarecimento da Vetec	Qtde itens
1	sim	Por erro, a Vetec ofertou produto, frasco, embalagem ou forma de entrega em desacordo com o edital.	11
2	sim	A Vetec ofertou produto com pureza diferente da solicitada em edital	1
3	não	A Vetec ofertou produto não localizado em catálogo para conferência de especificações, enquanto que o edital sequer solicitava catálogo.	2
4	não	A Vetec ofertou produto cujo tamanho do frasco não consta no catálogo do site, enquanto que o edital sequer solicitava	1

		catálogo.	
5	sim	A Vetec não inseriu no campo 'descrição detalhada do objeto' a pureza do produto ofertado.	5
6	sim	A Vetec não inseriu no campo 'descrição detalhada do objeto' o código do material ofertado. Normalmente, o Comprasnet não exige esse detalhamento.	68
7	sim	A Vetec não inseriu no campo 'descrição detalhada do objeto' o nº do CAS do produto ofertado.	1
8	sim	A Vetec não aceitou negociar o valor do item pelo valor máximo de referência estipulado no Anexo I do edital, razão pela qual foi desclassificada nos termos do item 7.2 do edital. Como a Vetec não estava obrigada a negociar, não há irregularidade em sua conduta.	1
9	não	A Vetec não aceitou negociar o valor do item pelo valor máximo de referência estipulado no edital, razão pela qual foi desclassificada. Como a Vetec não estava obrigada a negociar, não há irregularidade em sua conduta.	2
10	não	O termo de referência exigia determinada(s) marca(s) ou similar. Assim, acertadamente, a Vetec cotou marca similar, ofertando o menor preço. No entanto, o pregoeiro recusou a proposta da Vetec argumentando que o produto não atendia ao exigido em estudos desenvolvidos. Quem cotou a marca indicada (ou uma das marcas indicadas), ganhou.	9
11	não	O termo de referência exigia determinada(s) marca(s) ou similar. Assim, acertadamente, a Vetec cotou marca similar, ofertando o menor preço. No entanto, o pregoeiro recusou a proposta da Vetec argumentando que o produto não atendia ao exigido em estudos desenvolvidos. Ganhou quem ofertou marca diferente da indicada.	2
12	não	O termo de referência exigia determinada(s) marca(s) ou similar. Assim, acertadamente, a Vetec cotou marca similar, ofertando o menor preço. No entanto, o pregoeiro recusou a proposta da Vetec argumentando que o produto não atendia ao exigido em estudos desenvolvidos.	18
13	não	Segundo a planilha de especificação do edital, as marcas Vetec, Sigma, Merck, Himedia, Isofar, Apllied Biosystem, Promega e Invitrogen eram consideradas de primeira qualidade, de modo que os materiais de qualidade inferior seriam desclassificados. Conforme consta do próprio Relatório de Fiscalização, a proposta da Vetec foi recusada, pois o produto cotado estava sendo usado em pesquisas de pós-graduação, sendo necessária a continuidade no uso de uma determinada marca – a qual, porém, não vinha exigida no edital.	1
14	sim	O termo de referência exigia a marca Bio-Rad. A Vetec errou	1

		ao participar deste item.	
15	não	O termo de referência não exigia nenhuma marca específica. No entanto, a despeito de ofertar o menor valor, o pregoeiro recusou a sua proposta argumentando que o produto não atendia ao exigido em estudos desenvolvidos. Não sabemos o que foi levado em consideração neste caso.	4
16	não	O edital não exigia nenhuma marca específica. No entanto, a despeito de ofertar o menor valor, o pregoeiro recusou a sua proposta argumentando que o produto não atendia ao exigido em estudos desenvolvidos. Conforme consta do próprio Relatório de Fiscalização, a proposta da Vetec foi recusada, pois havia a necessidade do órgão licitante de continuar com o uso de uma determinada marca – a qual, porém, não vinha exigida no edital.	2
17	não	A amostra da Vetec não foi aprovada, a despeito de não constar em edital a exigência de aprovação da amostra.	2
18		A Vetec solicitou o cancelamento de sua proposta	15
19	sim	Proposta não foi entregue dentro do prazo.	3
20	sim	Os documentos exigidos para habilitação não foram encaminhados por e-mail no prazo estipulado em edital. A Vetec esclarece que, no mesmo dia, participou de oito pregões, não conseguindo atender ao exíguo prazo de sessenta minutos para envio da documentação.	7
21		O pregoeiro alegou que o valor ofertado pela Vetec era inexequível	2

Tabela 7 – Empresa Vetec – Consolidação dos esclarecimentos para as propostas recusadas

Análise do argumento 3

833. Consultou-se o edital e a ata do Pregão 9/2010 promovido pela Embrapa Hortaliças (Uasg 135040), com o intuito de verificar a pertinência das alegações do justificante no que toca ao tratamento que a Unidade Gestora teria dado ao item 4 desse pregão (parágrafo 826).

834. No termo de referência constante do Anexo I do edital, o item 4 possui a seguinte descrição: ‘ACETATO DE CÁLCIO P.A 500g COMPATÍVEL COM MARCAS MERCK OU SIMILAR’ (peça 420, p. 28). Os mesmos termos aparecem na descrição complementar do item, na ata do pregão (peça 421, p. 1). Na mesma ata, consta que o defendente ofertou produto da marca Vetec, com a seguinte descrição: ‘ACETATO DE CALCIO PA - FR 500 GR’ (peça 421, p. 4).

835. Não foi localizada no edital qualquer outra exigência referente ao objeto licitado, além da descrição constante do parágrafo anterior. Assim, não se identificou menção à necessidade de atendimento a estudos desenvolvidos por pesquisadores, nos termos da seguinte justificativa apresentada pelo pregoeiro para a desclassificação do defendente: ‘Conforme justificativa presente no processo. O produto ofertado não atende ao exigido nos estudos desenvolvidos pela pesquisadora Dra. Flávia Alcântara’ (peça 421, p. 6). O edital também não especifica o que caracterizaria a compatibilidade e a similaridade com a marca Merck. Situação idêntica se verificou nos itens 27 e 129 do referido pregão (peças 420 e 421), nos quais a empresa também foi convocada a justificar sua desclassificação nestes autos.

836. Com relação à informação do requerente de que a mesma situação teria se repetido em outros pregões promovidos pela Embrapa e por outras entidades (parágrafo 827), realizou-se a análise dos Pregões 16/2010 e 5/2011 da Embrapa Hortaliças (Uasg 135040), dos Pregões 116/2010 e 87/2011 da

Universidade Federal de Lavras (Uasg 153032), e do Pregão 28/2010 do Laboratório Nacional Agropecuário no Rio Grande do Sul – Lanagro-RS (Uasg 130103).

837. No Pregão 16/2010 promovido pela Embrapa Hortaliças, os motivos registrados para a recusa das propostas do justificante nos itens 5, 6, 7, 8, 9, 17, 19, 20, 21, 27, 29, 34, 37, 53, 83, 84, 85, 86, 87, 94 e 100 são parecidos com os expostos nos parágrafos precedentes: ‘o produto não atende as necessidades devido as suas características qualitativas que porventura influenciariam no resultado da pesquisa idealizada pela Dra. (...), conforme justificativa anexa ao processo’ (peça 422). Contudo, o edital também não versa sobre quais são as mencionadas características (peça 423).

838. No Pregão 5/2011 promovido pela mesma entidade, o requerente está sendo arguido por suas desclassificações nos itens 65, 67 e 142. Nesses itens, o edital especifica determinada(s) marca(s) ou similar(es), mas não dispõe sob os aspectos constantes das justificativas apresentadas pelo pregoeiro para a recusa das propostas, como, por exemplo, o grau de pureza que teria sido exigido pela pesquisadora solicitante (peça 424-425).

839. No Pregão 116/2010 promovido pela Universidade Federal de Lavras (Uasg 153032), o motivo registrado para a recusa das propostas referentes aos itens 90 e 91 foi que ‘a proposta não atende à demanda do setor solicitante’ (peça 426, p. 6-7). As especificações constantes do Anexo II do edital (peça 427, p. 19), foram as seguintes:

- a) para o item 90: ‘Celulose microcristalina frasco 250 gramas. Marca: Aldrich ou equivalente’;
- b) para o item 91: ‘Cério (IV) sulfato de amônio dihidratado, $(\text{Ce}(\text{NH}_4)_4(\text{SO}_4)_4 \cdot 2\text{H}_2\text{O})$. CAS: 10378-47-9. Grau: > 99%, frasco c/ 100g. Marca: (Sigma-Aldrich) ou equivalente’.

840. O justificante ofertou os seguintes produtos:

- a) para o item 90: ‘Marca: Vetec. Fabricante: Vetec. Descrição: Celulose microcristalina – fr. 250 gr’ (peça 426, p. 5);
- b) para o item 91: ‘Marca: Vetec. Fabricante: Vetec. Descrição: Cério (IV) sulfato de amônio dihidratado, $(\text{Ce}(\text{NH}_4)_4(\text{SO}_4)_4 \cdot 2\text{H}_2\text{O})$. CAS: 10378-47-9. Grau: >99%, frasco c/ 100g’ (peça 426, p. 6).

841. De maneira idêntica aos casos citados anteriormente, não foi explicitada a razão pela qual os produtos ofertados não atenderiam à demanda do setor solicitante.

842. No Pregão 87/2011, também promovido pela Universidade de Lavras, o item 43 é descrito da seguinte forma: ‘Ácido Bórico p.a. ACS. 6 Kg’ (peça 428, p. 16). A planilha de especificação dos materiais, constante do Anexo II do edital, trazia, também, importantes observações sobre marcas e requisitos de diversos itens licitados (peça 428, p. 14), mas não fazia qualquer referência ao item 43. O justificante ofertou produto da marca e fabricante Vetec, com a seguinte descrição: ‘Ácido Bórico p.a. ACS. – fr 500gr. – 6 unidades’ (peça 429, p. 4).

843. A proposta foi desclassificada com a seguinte justificativa: ‘Proposta recusada, pois o reagente está sendo utilizado nas pesquisas da pós-graduação e se torna necessário a continuidade desta marca para que não ocorra alterações nos experimentos em andamento e análises com resultados inconfiáveis’ (peça 429, p. 5). Embora a justificativa apresentada pelo pregoeiro não encontre respaldo no edital, uma vez que não foi especificada a referida marca, não assiste razão ao interessado, nesse caso, tendo em vista que ele ofertou somente metade da quantidade solicitada, e, por este motivo, caberia sua desclassificação.

844. Quanto ao Pregão 28/2010 promovido pelo Lanagro-RS (Uasg 130103), o justificante contesta sua desclassificação nos itens 15, 17, 21, 44, 48, 100 e 114. As justificativas apresentadas pelo pregoeiro para a recusa das propostas do justificante referentes a esses itens foram as seguintes:

- a) item 15: ‘fornecedor apresentou sua proposta com produto não localizado para conferência de especificação, não atendendo as exigências do presente edital, conforme item 5.3 e termo de referência, anexo I’ (peça 430, p. 23);
- b) item 17: ‘fornecedor apresentou sua proposta com produto com referência não encontrada no catálogo do site, não atendendo as exigências do presente edital, conforme item 5.3 e termo de referência, anexo I’ (peça 430, p. 27);
- c) item 21: ‘fornecedor não aceitou a negociação do preço de sua proposta ao valor de referência, portanto o item está desclassificado, conforme item 7.2. do edital’ (peça 430, p. 32);

- d) item 44: ‘fornecedor apresentou sua proposta com produto com referência diferente do catálogo para a especificação requerida, não atendendo as exigências do presente edital, conforme item 5.3 e termo de referência, anexo I’ (peça 430, p. 37);
- e) item 48: ‘fornecedor apresentou sua proposta com produto onde não consta referência no catálogo no site do frasco cotado, não atendendo as exigências do presente edital, conforme item 5.3 e termo de referência, anexo I’ (peça 430, p. 40);
- f) item 100: ‘fornecedor apresentou sua proposta com produto onde a referência ofertada não corresponde com a especificação requerida, não atendendo as exigências do presente edital, conforme item 5.3 e termo de referência, anexo I’ (peça 430, p. 55);
- g) item 114: ‘fornecedor apresentou sua proposta com produto que a referência ofertada não corresponde a especificação requerida, não atendendo as exigências do presente edital, conforme item 5.3 e termo de referência, anexo I’ (peça 430, p. 61).

845. O item 5.3 do edital dispõe que: ‘Será desclassificada a proposta que não atenda às exigências do presente edital e seus anexos, for omissa ou apresente irregularidades insanáveis’ (peça 431, p. 4).

846. No Anexo I (Termo de Referência), além da especificação dos itens licitados, consta a seguintes observação (peça 431, p. 14):

No campo ‘DESCRIÇÃO DETALHADA DO OBJETO’, no COMPRASNET, além do detalhamento do produto ofertado, deverá constar CÓDIGO ou REFERÊNCIA dos mesmos. A PROPOSTA QUE NÃO ATENDER A ESSA SOLICITAÇÃO SERÁ DESCLASSIFICADA. Essas exigências fazem-se necessárias para que possa ser realizada uma avaliação dos produtos cotados.

847. A descrição dos itens no termo de referência e a descrição dos itens ofertados pelo justificante são apresentadas na Tabela 8, a seguir:

Item	Qtde	Termo de Referência (peça 431, p. 15-22)	Proposta do justificante (peça 430, p. 21-59)
15	4	Ácido cítrico P.A., puriss., ACS (CAS 77-92-9), anidro, pureza $\geq 99,5\%$, com certificado de pureza. Frasco com 250g. Ref. 27488, marca Fluka ou similar	Ácido cítrico P.A., puriss., ACS (CAS 77-92-9), anidro, pureza $\geq 99,5\%$ [sic], com certificado de pureza. Frasco com 250g. Marca Vetec - Ref. 238.EG
17	1	Ácido giberélico para síntese (CAS 77-06-5). Frasco com 5g. Ref. 8.14464, marca Merck ou similar.	Ácido giberélico para síntese (CAS 77-06-5). Frasco com 5g. Marca Vetec - Ref. 828.02
21	28	Ácido nítrico ultrapuro para análise de traços (CAS 7697-37-2), título acidimétrico 67-70%. Deve vir acompanhado de boletim de garantia. Frasco com 500mL. Ref. 408051, marca Carlo Erba ou similar.	Ácido nítrico ultrapuro para análise de traços (CAS 7697-37-2), título acidimétrico 67-70%. Deve vir acompanhado de boletim de garantia. Frasco com 500mL. Marca Vetec - Ref 3475.05
44	12	Carvão ativo em pó P.A. (CAS 7440-44-0). Frasco com 1kg. Ref. 1.02186, marca Merck ou similar.	Carvão ativo em pó P.A. (CAS 7440-44-0). Frasco com 1kg. Marca Vetec - Ref. 159.09
48	1	Cloreto de trifeniltetrazólio (CAS 298-96-4), pureza $\geq 99,0\%$. Frasco com 50g. Ref. 93140, marca Fluka ou similar.	Cloreto de trifeniltetrazólio (CAS 298-96-4), pureza $\geq 99,0\%$ [sic]. Frasco com 50g. Marca Vetec - Ref. 875.EG
100	2	Permanganato de potássio P.A., ACS,	Permanganato de potássio P.A.,

		reag. Ph Eur (CAS 7722-64-7). Frasco com 250g. Ref. 1.05082, marca Merck ou similar.	ACS, reag. Ph Eur (CAS 7722-64-7). Frasco com 250g. Marca Vetec - Ref. 275.07
114	2	Sulfato de potássio P.A., ACS, ISO, reag. Ph Eur. (CAS 7778-80-5), pureza mínima 99,0%. Frasco com 500g. Ref. 1.05153, marca Merck ou similar.	Sulfato de potássio P.A., ACS, ISO, reag. Ph Eur. (CAS 7778-80-5), pureza mínima 99,0%. Frasco com 500g. Marca Vetec - Ref. 1563.08

Tabela 8 – Empresa Vetec – Propostas recusadas no Pregão 28/2010 (Uasg 130103)

848. Registre-se que a quantidade solicitada para o item 100 era de oito unidades no Termo de Referência (peça 431, p. 21), mas mudou para duas unidades na ata do pregão (peça 430, p. 15).

849. Como se pode observar, em todos os itens da tabela acima, era exigida uma determinada marca ou similar, e o justificante ofertou a marca Vetec. Aparentemente, todas as especificações estavam em consonância com o requerido no termo de referência e as quantidades ofertadas também estavam de acordo. A divergência parece estar centrada no código de referência do produto ofertado, o qual, pela justificativa do pregoeiro, não estaria de acordo com a especificação em determinado catálogo (parágrafo 844) que, segundo o justificante, sequer é citado no edital.

850. De fato, a inexistência de menção no edital ao referido catálogo de referências tem o fulcro de fragilizar as justificativas apresentadas pelo pregoeiro para a desclassificação, o que isentaria o defendente da responsabilidade pela recusa de suas propostas.

851. No que se refere ao item 21 do pregão (parágrafo 844), o item 7.2 do edital dispunha sobre a desclassificação das propostas com valores superiores aos máximos fixados no termo de referência (peça 431, p. 4). Nesse sentido, foi justa a desclassificação do licitante, que ofertou o produto a R\$ 790,00 (peça 430, p. 32), quando o valor máximo aceitável era R\$ 366,51 (peça 431, p. 15). Considera-se que nesta situação o licitante comportou-se de forma inidônea por ter declarado que atendia às condições do certame – no caso, o preço máximo que a Administração declarou que aceitaria –, e, ainda assim, ofertou o seu produto por preço acima do máximo estipulado.

852. No item 417 do Pregão 227/2010 promovido pela Universidade Federal de Uberlândia (Uasg 154043), o justificante foi desclassificado pelo seguinte motivo: ‘Desclassificado não atende as necessidades do laboratório’ (peça 432, p. 5). Embora o licitante tenha ofertado produto cuja descrição estivesse de acordo com a do edital (peça 432, p. 3), o edital contém outros requisitos além da descrição do objeto constante do item 8 (peça 433, p. 42) como, por exemplo, as normas estabelecidas no item 4 (peça 433, p. 23-24). Nessas condições, a justificativa vaga registrada na ata para a recusa da proposta não permite avaliar, com base nas informações ora disponíveis, qual seria o grau de responsabilidade do justificante por sua desclassificação.

853. Nos itens 45 e 52 do Pregão 231/2010 promovido pela Universidade Federal de Ouro Preto (Uasg 154046), o motivo registrado para a recusa das propostas foi ‘Pesquisa já iniciada e não podendo alterar o produto’ (peça 434, p. 4 e 11). O Anexo I do edital especifica apenas ‘METAPERIODATO DE SODIO, 25 G’, para o item 45, e ‘AGAROSE FRASCO DE 25 G’, para o item 52, bem como as respectivas PAMCS, as quais se tratam de número atribuído à Proposta de Aquisição de Material ou Contratação de Serviços, número este utilizado pelo sistema informatizado das atividades de compras da Universidade (peça 435, p. 16). Afora isso, não há qualquer referência à marca ou produto para os quais haveria a necessidade de continuidade da pesquisa, nos termos das justificativas registradas nas atas para as desclassificações das propostas.

854. Nos itens 236 e 575 do Pregão 242/2010 promovido pela Universidade Federal de Santa Maria (Uasg 153164), o justificante foi desclassificado por ter oferecido lance cujo valor estava acima do permitido (peça 436), o que, como visto no parágrafo 851 retro, constitui comportamento inidôneo em face de ter firmado declaração, em princípio falsa, de que atendia aos requisitos de participação no certame.

855. No item 33 do Pregão 272/2011, também promovido pela Universidade Federal de Santa Maria, o defendente foi desclassificado sob a justificativa de ‘produto não aprovado no LAC [Laboratório de Análises Clínicas da Universidade]’ (peça 437, p. 3). O justificante argumenta que ‘a amostra enviada pela Vetec não foi aprovada, a despeito de não constar em edital a exigência de aprovação da amostra’ (peça 334, p. 35).

856. O edital desse certame dispunha o seguinte sobre o julgamento e aceitação das propostas (peça 438, p. 5):

7.3.1. Nos itens em que consta ‘Marcas Aprovadas’ poderão ser feitas ofertas de outras marcas mediante apresentação de amostras ou envio de catálogos, conforme a exigência do termo de referência. Neste caso a licitante deverá proceder de acordo com o subitem 7.3.2, quando for exigido o envio de catálogo, e subitem 7.3.3, quando for exigido o envio de amostra.

(...)

7.3.3. Nos itens em que consta ‘apresentar amostra’ a licitante detentora do melhor lance deverá enviar as amostras até o prazo de 05 (cinco) dias úteis, após a fase final de lances do pregão, para o seguinte endereço:

(...)

7.3.3.2. As amostras enviadas serão avaliadas pela Unidade solicitante da UFSM, e, se forem aprovadas, poderão ser adquiridas.

857. O termo de referência do aludido certame assim descrevia o item 33 (peça 439, p. 2): ‘CORANTE GIENSA PÓ, FRASCO COM 25 G PARA COLORAÇÃO HEMATOLÓGICA. MARCAS APROVADAS: MERCK E SIGMA OUTRAS MARCAS ENVIAR AMOSTRA’.

858. O defendente ofereceu produto da marca Vetec (peça 437, p. 3), ficando, neste caso, sujeito ao envio e aprovação de amostra, conforme disposto no termo de referência e nos itens 7.3.1 e 7.3.3 do edital, acima reproduzidos. Dessa forma, neste caso e em princípio, não assistiria razão ao justificante, uma vez que a aprovação da amostra foi exigida no edital.

859. No item 69 do Pregão 276/2011, também promovido pela Universidade Federal de Santa Maria, o defendente foi desclassificado sob a justificativa de que ‘de acordo com o parecer técnico, o produto ofertado não atende ao edital quanto às colorações especificadas e a pureza dos componentes químicos’ (peça 440, p. 4). O argumento do justificante é igual ao oferecido para o item 33 do Pregão 272/2011, tratado nos parágrafos precedentes, ou seja, a amostra enviada não foi aprovada, a despeito do edital não exigir a aprovação de amostra (peça 334, p. 35).

860. Neste caso, em princípio, também não assistiria razão ao interessado, tendo em vista que o edital (peça 441, p. 5) e o termo de referência exigiram, para o item 69, a apresentação e aprovação de amostra quando se tratasse de produto de marca diferente de Merck, Biosolve e Acros (peça 442, p. 4). O defendente ofertou a marca Vetec (peça 440, p. 3).

861. Apesar de tudo, nos dois casos em que a desclassificação se deu em face da não aprovação das amostras enviadas, entende-se que o licitante concorreu de forma regular, ofertando produtos cuja descrição era compatível com a constante do termo de referência, de forma que a recusa de suas propostas na fase de teste das amostras não constitui conduta ilícita prevista no art. 7º da Lei 10.520/2002.

862. Por fim, identificou-se dois itens nos quais a recusa da proposta se deu porque o valor ofertado foi considerado inexequível. Tratam-se dos itens 53, do Pregão 164/2010, e 42, do Pregão 167/2010 (peça 443, p. 3; 9), ambos promovidos pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Minas Gerais (Uasg 158122).

863. Analisadas as propostas apresentadas pela empresa Vetec para esses dois itens, conclui-se que é provável que o licitante tenha se equivocado na formulação de sua proposta inicial, confundindo-se quanto à cotação do valor unitário. Ademais, a baixíssima incidência desse tipo de causa nas desclassificações questionadas (1%) denota que essa hipótese é plausível e não recorrente.

864. No que diz respeito à situação dos itens de pregão tratados na análise deste Argumento 3, cabe consignar que não constam do sítio do sistema Comprasnet pedidos de esclarecimentos ou recursos formulados pelos licitantes a respeito de tais itens, cujas possíveis respostas poderiam eventualmente contribuir para a perfeita elucidação das questões ora enfrentadas.

865. Porém, os fortes indícios assinalados na análise deste argumento, tais como a falta de clareza nos editais e a fragilidade das justificativas apresentadas para as desclassificações do defendente, suscitaram dúvida sobre a sua responsabilidade na recusa das propostas ora examinadas. Além disso, não se vislumbra irregularidade na sua conduta em outros casos ora abordados, como os que o licitante ofertou preço acima do máximo estipulado ou que possivelmente se equivocou na formulação da proposta, ofertando valores inexequíveis.

866. Em face disso, retirou-se do elenco de itens de pregões constantes do Anexo 10, sobre os quais a conduta do justificante está sendo questionada, os seguintes 42 itens, nos quais a sua responsabilidade pela desclassificação foi afastada:

Código Uasg	Nº do Pregão	Itens do pregão
135040	9/2010	4, 27 e 129
135040	16/2010	5, 6, 7, 8, 9, 17, 19, 20, 21, 27, 29, 34, 37, 53, 83, 84, 85, 86, 87, 94 e 100
135040	5/2011	65, 67 e 142
153032	116/2010	90 e 91
130103	28/2010	15, 17, 44, 48, 100 e 114
154043	227/2010	417
154046	231/2010	45 e 52
153164	272/2011	33
153164	276/2011	69
158122	164/2010	53
158122	167/2010	42

Tabela 9 – Empresa Vetec – Itens de pregão nos quais a responsabilização foi afastada

867. Assim, permanecem sem justificativa aceitável as condutas do defendente que deram causa às 116 propostas recusadas a que se referem os casos 1 (onze itens), 2 (um item), 5 (cinco itens), 6 (68 itens), 7 (um item), 8 (um item), 9 (dois itens), 13 (um item), 14 (um item), 18 (quinze itens), 19 (três itens) e 20 (sete itens) da Tabela 7, cujos itens de pregão estão relacionados no Anexo 10. Convém lembrar que as informações constantes da aludida Tabela 7 consolidam as justificativas apresentadas pelo defendente para as suas desclassificações nos itens de pregão relacionados no Anexo 10, conforme esclarecido nos parágrafos 831 e 832.

868. As causas que deram origem à recusa dessas 116 propostas, relacionadas no Anexo 10, podem ser agrupadas em três tipo de condutas ilícitas elencadas no art. 7º da Lei 10.520/2002, conforme distribuição constante da Tabela 10, a seguir:

Conduta ilícita	Razão	Pregões (quantidade)				Itens (quantidade)			
		2010	2011	2012	Total	2010	2011	2012	Total
Comportar-se de modo inidôneo	Oferta de produtos ou propostas em desacordo com as exigências do edital, o que, em princípio, torna falsa a declaração	5	5		10	20	71		91

	firmada previamente de que atendia as condições estabelecidas. (Fundamentação: parágrafos 48-53)								
Não manter a proposta	Solicitação de cancelamento das propostas (Fundamentação: parágrafos 37-41)	4		4	8	9		6	15
Deixar de entregar documentação exigida para o certame	Não entrega das propostas dentro do prazo ou de documentos exigidos para habilitação (Fundamentação: parágrafos 42-47)		1	1	2		7	3	10
Total		9	6	5	20	29	78	9	116

Tabela 10 – Empresa Vetec – Distribuição das propostas recusadas em face de condutas ilícitas

869. Ante o exposto, tendo em vista que foi afastada a responsabilidade do justificante em 27% dos itens de pregão questionados na oitiva (42/158), o Argumento 3 deve ser parcialmente acolhido.

Argumento 4 – Não teria havido dolo

870. Segundo o contestante, da análise do Anexo I acostado à sua manifestação – justificativa, um a um, dos itens questionados (peça 334, p. 20-39), ‘pode-se concluir sem dúvida que não houve dolo em sua conduta ao apresentar suas propostas’ (peça 334, p. 7, § 23).

871. A empresa argumenta que, ‘ausente o elemento subjetivo essencial, é de rigor afastar a intenção de puni-la com a sanção de inidoneidade’. Isso porque, ‘conforme é cediço, a aplicação desta grave sanção administrativa impõe a comprovação do dolo da empresa para o fim específico de frustrar a licitação’. Acrescenta que seria necessário, para a aplicação da penalidade, que a empresa tivesse agido com o chamado ‘Dolo Específico’, assim entendida a atitude do sujeito com a intenção premeditada e específica de praticar o ato ilícito (peça 334, p. 7, § 23-24; grifo do justificante).

872. Nesse sentido, traz à luz a seguinte doutrina de Marçal Justen Filho (peça 334, p. 7-8, § 25):

Isso significa, como regra, a necessidade de dolo para aplicação da declaração de inidoneidade. Ou seja, é necessário evidenciar que o sujeito atuou com a vontade preordenada a infringir deveres fundamentais que recaem sobre o licitante ou o contratado, para obter vantagem reprovável, ainda que tal pudesse acarretar séria infração aos interesses fundamentais. A Inidoneidade tem de ser aplicada como decorrência de condutas que revelam incompatibilidade entre a conduta do sujeito e as relações jurídicas com a Administração Pública. (Comentários à lei das licitações e contratos administrativos. 14 ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 898)

A fraude apenas se aperfeiçoa quando o agente atua com consciência e vontade de produzir o resultado ilícito. Não há fraude sem elemento doloso. (...) Não se configura fraude quando o sujeito atua com negligência. (Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2013)

873. O defendente invoca, também, o Acórdão 2.179/2010-TCU-Plenário, do qual apresenta o seguinte excerto (peça 334, p. 8, § 26):

Como elemento subjetivo, requer-se o Dolo Específico, dado por suas condições em associação, ou seja, a intenção deliberada de fraudar, com o fim de auferir vantagem. Inexiste forma culposa, de maneira que a frustração involuntária do caráter competitivo da licitação afasta a reprovabilidade da conduta.

874. Apresenta, ainda, julgado do STJ a respeito do assunto (peça 334, p. 8-9, § 27):

Os crimes tipificados pela lei 8.666 não admitem a modalidade culposa; portanto, de acordo com o dispositivo geral, são sempre dolosos. Vale dizer, o tipo subjetivo desses crimes porta sempre o dolo, a livre consciente e incondicionada vontade de praticar a conduta descrita no tipo subjetivo (Ação Penal 226-SP - 2002/0165317-8; STJ)

PENAL. CRIMES DE LICITAÇÕES. LEI 8.666/1993. DOLO. ELEMENTO SUBJETIVO INDISPENSÁVEL. NÃO-COMPROVAÇÃO. VANTAGEM INDEVIDA E DANO AO ERÁRIO. INEXISTÊNCIA. ABSOLVIÇÃO MANTIDA.

1. Os crimes tipificados pela lei 8.666/1993 não admitem a modalidade culposa, sendo indispensável a comprovação do dolo e do resultado danoso ao Erário

2. A não-comprovação do dolo, elemento essencial nos crimes previstos na lei de licitações, e do dano ao Erário, na medida em que não houve prejuízo ao ente público, apesar das irregularidades formais constatadas nas licitações – ou na ausência desse procedimento –, impõe a manutenção da sentença absolutória (ACR 29546 RS 2004.71.00.029546-0; TRF 4ª)

875. Segundo o defendente, para que se possa falar em punição do particular com a declaração de inidoneidade para contratar com a Administração Pública, há que se ter prova cabal de que o administrado agiu com o dolo de cometer o ato ilícito, ou, em outras palavras, com a vontade preordenada de frustrar a licitação. Alega que, no presente caso, contudo, não se pode falar que ele tenha agido com a intenção deliberada de frustrar o caráter competitivo da licitação, e que o Relatório de Fiscalização não teria feito prova a esse respeito, o que desautorizaria a possibilidade de lhe aplicar a pena de inidoneidade (peça 334, p. 9, § 28-29).

Análise do argumento 4

876. A respeito do aspecto subjetivo da conduta do licitante, não há necessidade da comprovação de dolo ou má fé para a configuração de conduta ilícita elencada no art. 7º da Lei 10.520/2002, conforme já consignado nesta instrução (parágrafos 28-32).

877. A presença da conduta dolosa faz-se necessária não para a caracterização do cometimento de infração prevista no art. 7º da Lei do Pregão, mas sim para a comprovação de fraude à licitação, o que pode resultar na declaração da inidoneidade da empresa para participar de licitação na Administração Pública Federal, na forma do art. 46 da Lei 8.443/1992.

878. As situações que deram origem às oitivas sob análise, caracterizadas pelo comportamento repetitivo dos licitantes e as suas sucessivas desclassificações nos certames relacionados nos anexos desta instrução, contêm os pressupostos para a configuração do dolo eventual. Nos moldes da fundamentação a respeito do tema (parágrafos 76-80), a incidência reiterada no elenco de condutas irregulares constantes do art. 7º da Lei 10.520/2002 evidencia a ação deliberada do licitante, que assume o risco de prejudicar terceiros e o procedimento licitatório, com a devida consciência da ilicitude dos atos praticados e do resultado que eles provocam.

879. Ante o exposto, deve ser considerado fraude à licitação o comportamento de licitante que, sem motivos escusáveis, incide repetidamente, ao longo do tempo, nos mesmos tipos de irregularidades tipificadas no art. 7º da Lei 10.520/2002. No caso, o elemento doloso configura-se pela repetição deliberada e consciente da conduta prejudicial aos certames e, portanto, ilícita, segundo preconiza a Lei do Pregão (parágrafo 83).

880. Na análise do argumento anterior do justificante (parágrafo 868), evidenciou-se que 116 propostas recusadas da empresa decorreram de condutas irregulares tipificadas no citado dispositivo da Lei do Pregão.

881. Dentre elas, merecem ressalva as 61 desclassificações no Pregão 22/2011 (Uasg 130103), das quais 22 propiciaram a adjudicação à empresa Sigma, sócia controladora do justificante. Tendo em vista que estas desclassificações foram consideradas indício de conluio, conforme já informado nos parágrafos 800 e 801, essa situação particular é examinada pormenorizadamente na análise do Argumento 8 do requerente.

882. Ante o exposto, tendo em vista que se encontra caracterizado o dolo eventual no comportamento reiterado que levou à recusa de 116 propostas do justificante relacionadas no Anexo 10 (parágrafos 878-880), o Argumento 4 deve ser rejeitado.

Argumento 5 – Não teria havido prejuízo à Administração

883. De acordo com o contestante, a recusa de suas propostas não interferiu no regular andamento do processo licitatório, na medida em que a contratação se deu com o proponente que, dentre aqueles que atendiam as condições do edital, ofereceu o melhor preço, razão pela qual não se pode cogitar em dano ao erário. Argumenta que, assim, deve ser descartado qualquer argumento de que a Vetec teria tumultuado o certame ou inviabilizado a contratação (peça 334, p. 9, § 30-31).

Análise do argumento 5

884. As condutas irregulares tipificadas no art. 7º da Lei 10.520/2002 trazem diversos tipos de prejuízos à Administração, segundo consignado no início desta instrução (parágrafos 138-141).

885. Ademais, conforme jurisprudência deste Tribunal (parágrafo 85), a aplicação da sanção de inidoneidade pelo TCU com fulcro no art. 46 da Lei 8.443/1992 ‘não depende da ocorrência de dano ao erário ou frustração da licitação. Basta estar caracterizada a conduta legalmente reprovada de fraude a licitação. Não há que se comprovar ou explicitar o alcance pretendido pelos licitantes fraudadores’ (Acórdão 3.617/2013-TCU-Plenário).

886. Em face do exposto, o Argumento 5 deve ser rejeitado.

Argumento 6 – A punição da empresa iria de encontro ao princípio da proporcionalidade

887. O defendente sustenta que a participação de empresa em licitação inevitavelmente acarreta custos, e que ‘desta forma, é certo concluir que a Vetec jamais participaria de licitação caso não almejasse a adjudicação do objeto’. E que, por isso, não faria sentido a aplicação de qualquer sanção à empresa, ‘vez que ingressou em certame licitatório, despendeu recursos com a formulação de proposta séria e foi desclassificada por motivos obviamente alheios a sua vontade’ (peça 334, p. 10, § 32).

888. Cita o Acórdão 653/2008-TCU-Plenário, destacando o seguinte excerto (peça 334, p. 10, § 33):

(...) para harmonizar o princípio da legalidade e o da proporcionalidade, os agentes administrativos devem interpretar o artigo 7º da lei 10.520/2002 de maneira ponderada, evitando que ele seja utilizado com excessos, para situações que não merecem tamanha reprimenda.

889. Conclui, alegando que o prosseguimento da investigação e da pretensão punitiva relativamente à Vetec iria de encontro à firme jurisprudência do próprio TCU, em face do entendimento citado no parágrafo anterior (peça 334, p. 10, § 34).

Análise do argumento 6

890. O mesmo tipo de argumento foi analisado anteriormente, na audiência de outro responsável (parágrafos 237-246).

891. Na oportunidade, o excerto destacado pela Vetec do aludido Acórdão 653/2008-TCU-Plenário foi verificado mais detidamente, considerando o texto completo do voto de onde foi extraído, demonstrando-se que o entendimento resultante desta Corte é diverso daquele a que a leitura isolada do trecho apresentado leva a crer.

892. Na análise empreendida por esta Secretaria, levando em conta a fundamentação lançada no início desta instrução (parágrafos 19-27) e o entendimento firmado pelo referido acórdão, concluiu-se que a tese do princípio da proporcionalidade não se aplica à situação que levou a essa oitiva, ou seja, a exigência de

aplicação de sanção a licitantes que incorrem de maneira recorrente nas condutas irregulares tipificadas no art. 7º da Lei 10.520/2002.

893. Ante o exposto, o Argumento 6 não merece prosperar.

V.2. Do questionamento sobre a participação simultânea de empresa coligada

V.2.1. Análise das justificativas

Argumento 7 – Não haveria sociedade à época

894. O defendente alega que, à época do Pregão 22/2011, realizado em 30/11/2011, pelo Lanagro-RS, a Sigma ainda não era formalmente a controladora da Vetec (peça 334, p. 11, § 37).

895. Informa que as duas empresas celebraram Contrato de Compra e Venda de Quotas Sociais, em 23/5/2011, por meio do qual a Sigma adquiriu a totalidade das quotas da Vetec. Em observância ao art. 54 e seguintes da Lei 8.884/1994 (antiga lei do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, em vigor à época), as partes submeteram o ato à apreciação do Cade (Ato de Concentração 08012.006460/2011-85), tendo sido a operação aprovada somente em 31/5/2012 (peça 334, p. 11, § 38-39; p. 40).

896. O contestante entende, com base no disposto no § 7º do art. 54 da Lei 8.884/1994, reproduzido a seguir, que a operação de compra e venda de cotas somente tornou-se eficaz a partir da data de sua aprovação pelo Cade, em 31/5/2012 (peça 334, p. 12, § 39):

Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.

(...)

§ 4º Os atos de que trata o caput deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, (...)

(...)

§ 7º A eficácia dos atos de que trata este artigo condiciona-se à sua aprovação, caso em que retroagirá à data de sua realização; não tendo sido apreciados pelo CADE no prazo estabelecido no parágrafo anterior [60 dias], serão automaticamente considerados aprovados.

897. Dessa forma, sustenta que ‘quando da realização do Pregão 22/2011, em 30/11/2011, ainda não existia, de acordo com a lei, controle da Sigma sobre a Vetec’ e que, por essa razão – que invalida a premissa de acusação –, seria de afastar o entendimento de existência de irregularidade na participação concomitante de ambas (peça 334, p. 12, § 40-41).

Análise do argumento 7

898. O § 7º do art. 54 da Lei 8.884/1994, reproduzido no parágrafo 896 retro, dispõe que, em caso de aprovação dos atos submetidos à apreciação do Cade, sua eficácia retroagirá à data de sua realização.

899. Portanto, em consonância com o citado dispositivo legal, o Contrato de Compra e Venda de Quotas Sociais, por meio do qual a Sigma adquiriu a totalidade das quotas da Vetec, é considerado eficaz desde a data de sua celebração, em 23/5/2011, tendo em vista que a operação foi aprovada pelo Cade (parágrafo 895).

900. Em face do exposto, tendo em vista que, à época da realização do Pregão 22/2011 promovido pelo Lanagro-RS (Uasg 130103) as empresas Sigma e Vetec possuíam relação societária, o Argumento 7 deve ser rejeitado.

Argumento 8 – A participação simultânea de sócios não evidenciaria conluio

901. O contestante considera descabida a imputação de conluio e indício de fraude consignada no Relatório de Fiscalização, em decorrência da participação concomitante das empresas Vetec e Sigma – controlada e controladora, respectivamente – em mesmos itens de pregão (peça 334, p. 11, § 36).

902. Alega inexistência de vedação legal para a conduta tida como fraudulenta, ‘de modo que, como decorrência do princípio da legalidade previsto no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, ausente lei que proíba tal situação, não há que se falar em fraude ou comportamento ilícito’. Aduz que, enquanto não

há lei que proíba a participação de empresas coligadas em um mesmo certame, também o edital do Pregão 22/2011 não vedava, como não poderia deixar de ser (peça 334, p. 12-13, § 43-44).

903. Aduz que, justamente porque nem a lei e nem o edital proibiam a participação de empresas que tivessem relação de controle – exceto no caso em que se apresentassem na forma de consórcio, situação expressamente vedada pelo item 2.2.2 do edital –, o pregoeiro e a respectiva equipe de apoio do Pregão 22/2011 aceitaram a participação simultânea das empresas Sigma e Vetec, ‘conduzindo regularmente o certame de acordo com o procedimento previsto no edital’ (peça 334, p. 13, § 44-46).

904. Continua, afirmando que ‘caso a Administração contratante desejasse vedar a participação isolada de empresa que tivessem relação de controle entre si – o que, diga-se, seria altamente questionável –, deveria tê-lo especificado no instrumento convocatório’. Argumenta, ainda, que a Administração, ao deixar de dispor nesse sentido, teve esgotada a discricionariedade de que dispunha à época da elaboração do edital, não assistindo ao pregoeiro outra alternativa senão a condução do certame nos moldes previstos na peça editalícia (peça 334, p. 13-14, § 47).

905. Em face do exposto, conclui que a participação concomitante das empresas Sigma e Vetec em alguns itens do Pregão 22/2011, conduzido pelo Lanagro-RS, em nada infringiu o ordenamento jurídico pátrio, tampouco as normas do edital do certame (peça 334, p. 14, § 48).

Análise do argumento 8

906. A empresa Vetec foi convidada a prestar esclarecimentos sobre as razões que levaram às suas 22 propostas recusadas no Pregão 22/2011 promovido pelo Lanagro-RS, em 30/11/2011, cujos objetos, em decorrência de suas desclassificações, foram adjudicados para a empresa Sigma, a qual, desde 3/6/2011, é detentora de 100% do capital social da Vetec (peça 215). Os itens de pregão nos quais ocorreram esse fato foram os de número 3, 4, 19, 20, 25, 26, 28, 44, 49, 51, 52, 61, 64, 81, 84, 85, 86, 95, 103, 106, 115 e 120 (peça 216).

907. No Relatório de Fiscalização, esta Unidade Técnica considerou que essa situação – a existência de relação societária, e a efetiva obtenção de vantagem de uma empresa em decorrência do comportamento da outra – configuraria indício de conluio entre a duas e, conseqüentemente fraude ao citado pregão (peça 252, p. 34, itens 193-195):

193. Conforme se pode verificar na relação das propostas recusadas da empresa, em 83% dos casos analisados a empresa se comportou de forma irregular, ofertando produtos ou formulando propostas em desacordo com o edital, o que é um indício de que, repetidamente, infringiu o artigo 7º da Lei 10.520/2002.

194. Como agravante, tem-se a situação de participação da empresa juntamente com a sua controladora, em diversos itens de pregão, conforme relatado na situação encontrada (parágrafo 136).

195. Dessa forma, tendo em vista a relação societária surgida em 3/6/2011 e a efetiva obtenção de vantagem de uma empresa em decorrência do comportamento da outra, fica evidenciado indício de conluio entre as duas e, conseqüentemente, indício de fraude ao Pregão 22/2011, de 30/11/2011, do Laboratório Nacional Agropecuário no Rio Grande do Sul (código Uasg: 130103; peça 216).

908. Esse entendimento encontra-se em consonância com farta jurisprudência deste Tribunal, exposta na fundamentação sobre a questão da participação simultânea em licitações, de empresas com sócios em comum (parágrafos 86-105).

909. Ademais, de acordo com o consignado nos parágrafos 72 e 73, ‘indícios são provas, se vários, convergentes e concordantes’, e o TCU admite que ‘é possível afirmar-se da existência de conluio entre licitantes a partir de prova indiciária’.

910. No caso, os seguintes fatos constituem indícios de conluio entre o defendente e a empresa Sigma, pois convergem para um só resultado, a obtenção da vitória da Sigma em diversos itens do Pregão 22/2011 do Lanagro-RS:

- a) controladora e filial concorrendo aos mesmos itens de um pregão;

- b) dinâmica dos lances, culminando com a filial classificada em primeiro, e a controladora em segundo;
- c) desclassificação da filial pelo descumprimento de cláusula evidente no edital;
- d) adjudicação à controladora, em face das desclassificações da filial.

1º indício – Controladora e filial concorrendo aos mesmos itens de um pregão

911. A empresa Vetec trata-se de filial da empresa Sigma, a qual detem 100% do seu capital social (peça 215; peça 291, p. 7). O Sr. Xavier Rodriguez Carrington, CPF 231.919.788-52, consta no sistema da Receita Federal (peças 215 e 444) como Administrador de ambas as empresas e, no Contrato Social da Sigma (peça 291, p. 10), como Diretor desta. As duas empresas participaram do Pregão 22/2011 do Lanagro-RS, concorrendo, simultaneamente, a 41 itens (peça 216).

912. Sempre se deve questionar o motivo que leva a *holding* a competir com a sua filial em diversos itens de um mesmo pregão. Em sua manifestação, o defendente não esclareceu esse ponto, limitando-se a defender a tese de que não haveria vedação legal para a participação de empresas coligadas em um mesmo certame, e de que tal fato não evidenciaria conluio.

913. A acepção de que o que não é vedado é permitido deve ser considerada dentro do arcabouço jurídico vigente, assim, as leis e a jurisprudência.

914. O fato de o edital não vedar determinada situação não implica, necessariamente, que tal situação seja permitida. Para que tal inferência seja possível, é necessário que a situação considerada não afronte qualquer dispositivo legal, o que não é o caso.

915. No caso em tela, considera-se que a situação afronta os princípios básicos constantes do art. 3º da Lei 8.666/1993, aos quais se sujeitam o processamento e julgamento das licitações. Há farta jurisprudência deste Tribunal nesse sentido, conforme já exposto (parágrafos 86-96) e, na mesma direção, encontram-se os entendimentos dos doutrinadores Marçal Justen Filho, de que a competição de uma sociedade contra si mesma é incompatível com os princípios da competitividade e da moralidade (parágrafos 97-98), e Egon Bockmann Moreira, de que a situação viola o art. 94 da Lei das Licitações, por propiciar a violação do sigilo da proposta feita pela empresa controlada em face da controladora (parágrafo 99).

916. Resta, pois, a suspeição de que essa participação simultânea tenha se dado com o intuito de aumentar as chances de vitória da *holding*, por meio da estratégia de lances dos sócios, conforme exposto no segundo indício, a seguir.

2º indício – Dinâmica dos lances, culminando com a filial classificada em primeiro e a controladora em segundo

917. Observando-se a representação gráfica da dinâmica das propostas e formulação de lances em 22 dos 41 itens em que controladora e controlada participaram juntas (peça 445), de acordo com os dados da ata do pregão sob comento (peça 216), nota-se a presença de um comportamento similar das sócias: enquanto a filial oferece um preço bem abaixo dos demais competidores, buscando sempre a primeira classificação, em um comportamento típico do ‘coelho’ nos moldes explicados anteriormente (parágrafos 67-69), os lances da *holding*, na maior parte das vezes, levam a crer que está satisfeita com a manutenção do segundo lugar.

918. Em onze itens (itens 3, 4, 25, 28, 44, 51, 52, 61, 86, 95 e 115), tal comportamento evidencia-se de forma cristalina. A controladora – Sigma – não manifestou intenção de ofertar lance mais baixo que o da sua filial – Vetec –, de modo que, ao encerramento da sessão de lances, a controladora terminou na segunda colocação e o defendente na primeira.

919. No item 3 (peça 445, p. 1), desde a proposta inicial já se apresenta essa configuração – Vetec em primeiro e Sigma em segundo. Iniciada a sessão de lances, a Sigma formulou apenas um lance, o qual não teve o fulcro de modificar a classificação provisória, mantendo-na em segundo. O terceiro classificado, a empresa Biobrand Comércio de Produtos Científicos Ltda. – EPP (Biobrand), CNPJ 10.951.865/0001-97, também formulou um único lance, mas manteve-se em terceiro. Situação idêntica aconteceu com esses mesmos três participantes nos itens 28, 51 e 52 (peça 445, p. 7, 10 e 11, respectivamente).

920. Da mesma forma ocorreu nos itens 44, 61, 95 e 115, nos quais, além da Biobrand, outra empresa concorreu ao item, mas os preços por ela ofertados, também, em nenhum momento ameaçaram a segunda classificação detida pela Sigma, desde a proposta inicial até o encerramento da sessão de lances:

- a) item 44 (peça 445, p. 8): Nicoli Marton – EPP (Nicoli), CNPJ 10.846.381/0001-88;
- b) item 61 (peça 445, p. 12): Tedia Brazil Produtos para Laboratórios Ltda. (Tedia), CNPJ 02.952.343/0001-81, e Ludwig Biotecnologia Ltda. (Ludwig), CNPJ 01.151.850/0001-53;
- c) itens 95 e 115 (peça 445, p. 18 e 21, respectivamente): Tedia.

921. Identicamente, ocorreu no item 86 (peça 445, p. 17), com a diferença de que nesse não havia outros participantes além das empresas sócias.

922. No item 4 (peça 445, p. 2), a proposta inicial da Biobrand foi menor do que a da Sigma, mas, já no seu primeiro lance, a Sigma assumiu a segunda posição e não houve reação da concorrente, que não formulou lances. A Tedia, na quarta colocação, formulou lances, mas nenhum teve a capacidade de alterar essa classificação. Situação semelhante ocorreu no item 25 (peça 445, p. 5).

923. Já nos outros onze itens (itens 19, 20, 26, 49, 64, 81, 84, 85, 103 e 120; peça 445, p. 3, 4, 6, 9, 13, 14, 15, 16, 19 e 22, respectivamente), houve uma aparente disputa entre a controladora e sua filial, com formulação de lances que as alternavam entre a primeira e a segunda posição. Contudo, em todos os casos, a finalização foi idêntica às demais, ou seja, Vetec em primeiro e Sigma em segundo. Nos itens 26 e 103, a Tedia se interpôs entre as sócias, mas, do mesmo modo que o defendente, também teve suas propostas recusadas nesses itens, de forma que a Sigma logrou obter as adjudicações.

924. Chama a atenção, ainda, que nos 41 itens em que as coligadas participaram juntas, a controladora não ofereceu o menor preço em nenhum deles.

925. A suposta estratégia de lances só traria benefício à controladora se, ao final da disputa, a sua filial fosse desclassificada e ela (a controladora) fosse alçada à primeira posição, sagrando-se, assim, vencedora do certame. De fato, foi o que aconteceu, conforme se observa no terceiro indício, exposto a seguir.

3º indício – Desclassificação da filial pelo descumprimento de cláusula evidente no edital

926. De acordo com a ata do referido pregão (peça 216), o defendente foi desclassificado em todos os itens a que concorreu porque ‘não informou o código ou referência do produto cotado, portanto o item está desclassificado, conforme o item 4.11.1.1 e 5.3 do edital e anexos’.

927. O item 4.11.1.1 do edital do certame (peça 446, p. 3), estabelece, de forma contundente, a exigência de que seja informado o código ou referência do item licitado, fazendo para isso uso de caracteres em negrito e caixa alta:

4.11.1 Após a divulgação do edital no endereço eletrônico e até a data e horário marcados para abertura da sessão, os licitantes deverão encaminhar propostas de preços, com a indicação dos seguintes requisitos, exclusivamente por meio eletrônico:

*4.11.1.1 No campo ‘**DESCRIÇÃO DETALHADA DO OBJETO**’, no **COMPASNET**, detalhamento do produto ofertado, assim como **CÓDIGO** ou **REFERÊNCIA** para cada item. **A PROPOSTA QUE NÃO ATENDER A ESSA SOLICITAÇÃO TERÁ O ITEM DESCLASSIFICADO;***

928. A mesma exigência é repetida com igual ênfase no Anexo I – Termo de Referência do edital (peça 446, p. 14).

929. O item 5.3 do edital (peça 446, p. 4) informa que ‘será desclassificada a proposta que não atenda às exigências do presente edital e seus anexos, for omissa ou apresente irregularidades insanáveis’.

930. A forma chamativa como o edital determinou que a proposta deveria informar o código ou referência de cada item, e a clareza como explicitou que o descumprimento da exigência implicaria na desclassificação da proposta, não permitem a crença de que o licitante não tenha percebido a exigência e a imprescindibilidade de cumprimento dessa regra para poder permanecer no certame.

931. Ademais, trata-se de empresa experiente que, segundo a própria, atua no mercado há mais de trinta anos participando constantemente de licitações (parágrafo 805), o que reforça a improbabilidade da hipótese aventada no parágrafo anterior.

932. As justificativas evasivas apresentadas pelo requerente para essas desclassificações foram de que ‘a absoluta maioria dos órgãos que se utilizam do sistema Comprasnet não exigem tais especificações’ ou ‘ao menos não o fazem ‘sob pena de desclassificação’ (peça 334, p. 7, § 22) e que ‘normalmente, o Comprasnet não exige esse detalhamento’ (peça 334, p. 21-28).

933. Essas justificativas não explicam porque a empresa descumpriu a exigência editalícia explícita e, ainda assim, ofereceu os menores preços em diversos itens do pregão, mesmo estando claro que tal descumprimento acarretaria a sua desclassificação.

934. A ausência de justificativa plausível para o não cumprimento de requisito tão evidente no edital, aliada aos demais indícios de conluio enumerados nesta análise, levam à firme suspeição de que a empresa deliberadamente ignorou o edital, deixando de informar o código ou referência do produto cotado, consciente de que isso fatalmente levaria à desclassificação de suas propostas, com a consequente adjudicação do objeto à sua controladora, conforme o quarto indício apresentado a seguir.

4º indício – Adjudicação à controladora, em face das desclassificações da filial

935. Em 22 dos trinta itens nos quais a controladora obteve a adjudicação, a sua vitória só foi possível graças à desclassificação do defendente. Em outras palavras, 73% das adjudicações da Sigma no certame sob comento decorreram das desclassificações de sua filial, a empresa Vetec.

936. Considera-se que a convergência desses indícios de conluio entre o defendente e a sua controladora é forte e consistente o bastante para constituir prova indiciária de fraude ao Pregão 22/2011 do Lanagro-RS.

937. Além disso, observou-se que o comportamento do defendente, provocando a sua própria desclassificação, possibilitou a inexistência de efetiva competição em metade dos itens questionados, o que reforça a convicção de que restou maculada a lisura do certame nos seguintes itens:

- a) itens 20 e 86 (peça 445, p. 4 e 17, respectivamente): não havia outros participantes além das empresas sócias;
- b) itens 26 (peça 445, p. 6): além das empresas sócias, só havia mais um competidor, que teve a sua proposta recusada;
- c) itens 28, 44, 51, 52, 61, 115 e 120 (peça 445, p. 7, 8, 10, 11, 12, 21 e 22, respectivamente): além das empresas sócias, os lances dos demais competidores foram acima do valor máximo aceitável. O item 7.2 do edital (peça 446, p. 5) dispõe sobre a desclassificação da proposta vencedora que apresentar valor superior ao preço máximo fixado no termo de referência.
- d) item 106 (peça 445, p. 20): além das empresas sócias, havia mais dois competidores: um deles teve a proposta recusada porque informou o item fora da especificação (peça 216, p. 135) e o outro, beneficiado com o critério de desempate ME/EPP, não enviou lance dentro do prazo (peça 216, p. 136).

938. Verifica-se, portanto, que a empresa Sigma foi a única licitante que se apresentou em condição regular e formulou proposta passível de aceitação nos itens de pregão relacionados no parágrafo anterior.

939. Ante o exposto, e tendo em vista que a participação simultânea das empresas coligadas em uma mesma licitação contribuiu para a formação de prova indiciária de fraude ao certame, o Argumento 8 deve ser rejeitado.

Argumento 9 – Não teria havido prejuízo à competitividade e à busca da proposta mais vantajosa

940. O defendente alega que, ao contrário do exposto no Relatório de Fiscalização, a participação concomitante das empresas Sigma e Vetec em nada prejudicou a competitividade e a busca da proposta mais vantajosa pela Administração (peça 334, p. 14, § 49-50).

941. Segundo o contestante, embora o Relatório de Fiscalização fale em conluio do defendente com a Sigma, a verdade é que, ‘se fosse verdade, sugeriria que uma das duas empresas sempre se sagraria vencedora’, e, em muitos dos itens em que participaram juntas, nenhuma das duas sagrou-se vencedora.

Aduz que ‘é sintomático que o Relatório de Fiscalização tenha se preocupado em verificar apenas os itens que contaram com a participação de ambas as empresas e com a posterior classificação de uma delas a partir da desclassificação da outra’ (peça 334, p. 14, § 51-52).

942. Sugere que a fiscalização, ‘ignorando a presunção constitucional da boa-fé e demonstrando certa tendência a aplicar penalidades descabidas’, não verificou os itens em que ambas as empresas participaram juntas e que nenhuma se sagrou vencedora, ‘o que já afasta em absoluto o suposto ‘indício de conluio’’ (peça 334, p. 15, § 52).

943. Cita, como exemplo de sua argumentação, os itens 2, 7, 10, 12, 18, 35, 36, 37, 40, 41 e 42, nos quais a Vetec e Sigma ‘participaram concomitantemente do mesmo item e, após ampla competitividade, uma terceira empresa sagrou-se vencedora, garantindo que a Administração Pública encontrasse a proposta mais vantajosa’ (peça 334, p. 15, § 53-54).

944. Alega, ainda, que, mesmo nos itens questionados no Relatório de Fiscalização – nos quais houve a vitória da Sigma após a desclassificação da Vetec – ‘não há qualquer sinal de que a competitividade tenha sido afetada’, o que afastaria o suposto indício de conluio. Elege o item 49 para exemplificar. Alega que, nesse item, teria participado uma terceira empresa concorrente, e que, na fase de lances, a disputa teria sido acirrada, inclusive entre a própria Vetec e Sigma, cujos lances finais foram, respectivamente, R\$ 152,00 e R\$ 152,80, sagrando vencedora a segunda, após a desclassificação da primeira (peça 334, p. 15, § 56).

945. Questiona, em face do exposto, onde estaria o prejuízo ao interesse público, o desrespeito à competitividade e, portanto, o aludido indício de conluio (peça 334, p. 15, § 57).

Análise do argumento 9

946. Conforme demonstrado no parágrafo 937 retro, a desclassificação da Vetec criou condições para que a Sigma fosse o único licitante em situação de adjudicação em onze itens do Pregão 22/2011 do Lanagro-RS. Além disso, nos parágrafos 917 a 922 da análise do argumento anterior, evidenciou-se a inexistência de competitividade na fase de lances em sete desses onze itens, e ainda nos itens 3, 4, 25 e 95.

947. Ademais, a diferença entre os preços das propostas da Vetec, que foram desclassificadas, e os preços das propostas pelos quais os objetos foram adjudicados à Sigma, deixa claro que, se, para as sócias, a proposta vencedora foi a de maior preço dentre as duas, para a Administração, o preço dessa proposta vencedora não foi o mais vantajoso. Em alguns casos, essa diferença ultrapassa 300%, como, por exemplo, nos itens 51 (781%; peça 445, p. 10) e 52 (753%; peça 445, p. 11).

948. Dessa forma, considera-se descabida a alegação do defendente de que a participação concomitante das empresas Sigma e Vetec em nada prejudicou a competitividade e a busca da proposta mais vantajosa pela Administração.

949. Registre-se que, mesmo que não tivesse ocorrido prejuízo à obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, conforme jurisprudência deste Tribunal (parágrafo 85), a aplicação da sanção de inidoneidade pelo TCU com fulcro no art. 46 da Lei 8.443/1992 ‘não depende da ocorrência de dano ao erário ou frustração da licitação. Basta estar caracterizada a conduta legalmente reprovada de fraude a licitação. Não há que se comprovar ou explicitar o alcance pretendido pelos licitantes fraudadores’ (Acórdão 3.617/2013-TCU-Plenário).

950. Com relação ao item 49 do pregão, a respeito do qual o defendente alega que a competitividade não teria sido afetada (parágrafo 944), a dinâmica dos lances demonstra o contrário: o terceiro competidor não ofereceu lances, possivelmente desestimulado pela aparente disputa entre os sócios (peça 445, p. 9).

951. Também não merece acolhida o argumento do defendente de que a hipótese de conluio entre ele e a sua controladora implicaria em que ‘uma das duas empresas sempre se sagraria vencedora’ (parágrafo 941; grifou-se), tendo em vista que, em tese, o conluio entre duas empresas não garante a vitória de uma delas pois, na presença de outros competidores, a hipotética estratégia fraudulenta pode não alcançar o resultado desejado. Assim, a alegação de que nenhuma das empresas coligadas sagrou-se vencedora em muitos dos itens em que participaram juntas apenas evidencia que, nesses casos, havia outros competidores.

952. Ainda assim, a Sigma sagrou-se vencedora em 22 dos 41 itens nos quais participou simultaneamente com a Vetec, e essas 22 vitórias equivalem a 73% das adjudicações da Sigma no citado pregão (parágrafo 935), o que demonstra a representatividade das vitórias obtidas pela *holding* às custas da desclassificação da empresa controlada que participava simultaneamente da disputa pelo mesmo item.

953. Em face do exposto, tendo em vista a demonstração inequívoca de que a participação simultânea dos sócios prejudicou a competitividade e a consequente busca da proposta mais vantajosa para a Administração, o Argumento 9 não merece prosperar.

Argumento 10 – A afirmação sobre a presença de indícios de conluio e de fraude consignada no Relatório de Fiscalização teria violado o princípio da presunção de boa-fé

954. Em sua manifestação (peça 334, p. 16-17, § 61-66), o defendente se insurge contra a afirmação sobre as presenças de indício de conluio e de indício de fraude consignada no Relatório de Fiscalização, e contra a menção sobre a possibilidade de declaração de inidoneidade constante do ofício que promoveu a oitiva, reproduzidos, *in verbis*, a seguir:

195. Dessa forma, tendo em vista a relação societária surgida em 3/6/2011 e a efetiva obtenção de vantagem de uma empresa em decorrência do comportamento da outra, fica evidenciado indício de conluio entre as duas e, conseqüentemente, indício de fraude ao Pregão 22/2011, de 30/11/2011, do Laboratório Nacional Agropecuário no Rio Grande do Sul (código Uasg: 130103; peça 216).

(Relatório de Fiscalização, peça 252, p. 34)

4. Cientificamos de que, caso não sejam acatadas as justificativas apresentadas por Vossa Senhoria no âmbito deste processo, o Tribunal poderá concluir pela ocorrência de fraude a licitação, situação que poderá resultar na declaração da inidoneidade da empresa para participar de licitação na Administração Pública Federal, na forma do artigo 46 da Lei 8.443/1992.

(Ofício 222/2013-TCU/Sefti, peça 268, p. 2)

955. O defendente considera ‘precipitadas’ tais afirmações constantes do Relatório de Fiscalização, o que afrontaria a presunção de inocência e de boa-fé vigentes em nosso ordenamento jurídico. Questiona como poderia o Relatório de Fiscalização ‘fazer referência a ‘conluio’ e a ‘fraude’ antes mesmos da oitiva das partes interessadas’ e ‘concluir que algo ‘fica evidenciado’ sem nem antes ouvir o que as empresas envolvidas têm a dizer’ (peça 334, p. 17, § 64).

956. Argumenta que ‘jamais se poderia fazer tais afirmações antes de proporcionada a ampla defesa aos interessados’, tal como dispõe o § 3º do art. 234 do Regimento Interno deste Tribunal. Do contrário, ‘a sensação que se tem é que a oportunidade dada à Defendente de prestar os devidos esclarecimentos é medida meramente formal, fria e sem conteúdo – quando o que se deveria fazer é buscar a verdade material’ (peça 334, p. 17, § 65-66).

957. Segundo a empresa, o Relatório de Fiscalização teria dito que houve obtenção de vantagem de uma empresa – no caso, a Sigma – em decorrência do comportamento da outra – Vetec –, ‘o que alegadamente caracterizaria *conluio* entre elas e, assim, fraude ao Pregão 22/2011’ (peça 334, p. 17, § 67).

958. Relembra a sua argumentação anterior (Argumento 8, parágrafos 901-905) no sentido de que, ao participar do Pregão 22/2011 concomitantemente com a empresa Sigma, de modo algum teria praticado ato ilícito, ‘porquanto não existe, no ordenamento pátrio, qualquer vedação a tal conduta’. Por isso, a ‘vantagem’ a que se refere o Relatório decorreria do mero resultado da aplicação do procedimento descrito na Lei do Pregão e no edital, ‘o qual levou à contratação da Sigma, uma vez que se tratava do menor preço dentre os proponentes que atendiam às exigências do edital. Ou seja, uma ‘vantagem’ que ocorre com todo vencedor de uma licitação: a adjudicação do objeto!’ (peça 334, p. 17-18, § 68).

959. O defendente argumenta que não se poderia, portanto, ventilar a ocorrência de conluio – ‘assim entendida a prévia combinação de preços entre licitantes, com consequente prejuízo à Administração’ –, por inexistir qualquer indício de comunicação ou combinação entre as empresas no âmbito do Pregão. Segundo ele, o único fato que resta comprovado é que as empresas de fato participaram, concomitantemente, de um mesmo certame, ‘mas entre a mera participação simultânea e a existência de conluio há uma clara diferença’ (peça 334, p. 18, p. 69).

960. Entende, em resumo, que ‘a fiscalização do TCU, ao levantar tais aspectos, está a presumir a existência de má-fé da Vetec e da Sigma, subvertendo o mandamento constitucional segundo o qual o estado de inocência é regra’. Alega que, *in casu*, pela mera participação de duas empresas num certame, estar-se-ia indevidamente depreendendo a ocorrência de combinação de preços, em total dissonância ao disposto em nossa Carta Magna (peça 334, p. 18, § 70).

961. Por todo exposto, entende que ‘merece ser retificado o Processo TC 015.239/2012-8, notadamente o Relatório de Fiscalização, a fim de que não constem dele afirmações que carecem de prova – como é caso da presunção de existência de combinação de preços entre as empresas em tela’ (peça 334, p. 18, § 71).

Análise do argumento 10

962. Conforme consignado exaustivamente nesta instrução (parágrafos 800-801; 881; 907), o Relatório de Fiscalização apontou a existência de indício de conluio entre o defendente e a sua controladora, não somente em face da participação simultânea de ambas em diversos itens do pregão, mas também pelo fato de que, em 22 desses itens, a desclassificação da controlada beneficiou a controladora, que obteve a adjudicação.

963. A sustentação da presença desses componentes do indício de conluio consignados no Relatório de Fiscalização, com base em dados já existentes à época da imputação, conforme realizado em detalhes na análise do Argumento 8 do defendente (parágrafos 906-939), comprova que não houve violação ao princípio da presunção de boa-fé, mas sim a identificação, à época, de condutas irregulares e convergentes, possivelmente orientadas para a obtenção de resultado ilícito.

964. Ao defendente, foi dada a oportunidade de manifestar-se, em observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, sendo que as justificativas apresentadas foram minuciosamente analisadas nesta instrução, não logrando, contudo, afastar a existência dos fatos apontados no Relatório de Fiscalização.

965. Tais fatos, enumerados de forma sintética no parágrafo 910, foram comprovados na análise do Argumento 8, e constituem prova indiciária de fraude ao Pregão 22/2011 do Lanagro-RS, conforme conclusão expendida no parágrafo 936 da citada análise.

966. Ante o exposto, tendo em vista que o Relatório de Fiscalização não violou o princípio da presunção de boa-fé ao apontar a existência de indícios de conluio, que se basearam em fatos existentes à época e que as justificativas apresentadas pelo defendente não lograram afastar, o Argumento 10 não merece prosperar.

V.2. Conclusão

967. A relativização da quantidade de desclassificações do justificante em face do número de participações não tem o condão de afastar a análise da sua responsabilidade pela recusa das propostas constantes do Anexo 10 (parágrafos 806-814).

968. Embora o defendente tenha sido isentado de responsabilidade em 27% dos itens de pregão questionados na oitiva (parágrafos 833-866), não foram apresentadas justificativas plausíveis para as razões que levaram à recusa das demais 116 propostas constantes do Anexo 10 (parágrafos 867-868), as quais constituem ilícitos previstos no art. 7º da Lei 10.520/2002 (parágrafos 819-823).

969. Nessas 116 propostas desclassificadas, houve recorrência da conduta irregular ao longo do período considerado (parágrafo 868). Tal recorrência, em um número elevado de vezes sem justificativa plausível, conforme se observou no caso, caracteriza o dolo eventual na conduta do licitante (parágrafos 876-882).

970. Tendo essa conduta dolosa resultado no logro de terceiros – a Administração e licitantes concorrentes – quanto ao valor da proposta vencedora, às suas verdadeiras condições de participação nos certames e à sua real intenção de obter a adjudicação, consideram-se presentes os elementos requeridos para a caracterização de fraude às licitações, conforme fundamentação anteriormente apresentada (parágrafos 82-84).

971. Além disso, as 61 desclassificações no Pregão 22/2011 promovido pelo Lanagro-RS (Uasg 130103), das quais 22 propiciaram a adjudicação à empresa Sigma, constituíram indício de conluio

no referido certame (parágrafos 881; 906-910), tendo em vista que, à época, as empresas Sigma e Vetec possuíam relação societária (parágrafos 898-900).

972. A participação simultânea do defendente e de sua controladora, a empresa Sigma, na licitação referida no parágrafo anterior, contribuiu para a formação de prova indiciária de fraude ao certame (parágrafos 906-939), ficando demonstrado que tal fato trouxe prejuízo à competitividade e à busca da proposta mais vantajosa para Administração (parágrafos 946-953).

973. Em resumo, demonstrou-se que, dos 158 itens de pregão questionados na oitiva, os 116 itens relacionados no Anexo 10 referem-se a desclassificações do defendente que decorreram de conduta ilícita elencada no art. 7º da Lei 10.520/2002. A recorrência do comportamento irregular nas circunstâncias consignadas caracteriza o dolo eventual na conduta do licitante, resultando no logro de terceiros e consequente fraude às licitações. Além disso, dentre esses 116 casos, 61 contribuíram para a formação de prova indiciária de fraude ao Pregão 22/2011 promovido pelo Lanagro-RS.

974. Nos termos expostos nos parágrafos 884 a 886, conforme jurisprudência deste Tribunal (parágrafo 85), uma vez comprovada a fraude à licitação, a aplicação da sanção de inidoneidade pelo TCU com fulcro no art. 46 da Lei 8.443/1992 ‘não depende da ocorrência de dano ao erário ou frustração da licitação. Basta estar caracterizada a conduta legalmente reprovada de fraude a licitação. Não há que se comprovar ou explicitar o alcance pretendido pelos licitantes fraudadores’ (Acórdão 3.617/2013-TCU-Plenário).

975. Entende-se, por fim, que a tese do princípio da proporcionalidade aventada pelo defendente não se aplica à situação que levou à oitiva em análise, ou seja, a exigência de aplicação de sanção a licitantes que incorrem nas condutas irregulares tipificadas no art. 7º da Lei 10.520/2002 (parágrafos 890-893).

976. Em face do exposto, conclui-se:

976.1 pela rejeição das justificativas apresentadas pela empresa Vetec no que se refere à sua incidência nas condutas ilegais tipificadas no art. 7º da Lei 10.520/200, de forma recorrente ao longo do período considerado, em um número elevado de vezes (parágrafo 969); e

976.2 pela declaração de sua inidoneidade para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal, com fulcro no art. 46, da Lei 8.443/1992, em consequência de ter comprovadamente fraudado as licitações relacionadas no Anexo 10 desta instrução (parágrafo 973).

V.3. Proposta de encaminhamento

977. Rejeitar as justificativas apresentadas pela empresa Vetec Química Fina Ltda., CNPJ 29.976.032/0001-09, quanto à sua incidência nas condutas ilegais tipificadas no art. 7º da Lei 10.520/2002, de forma recorrente ao longo do período considerado, em um número elevado de vezes (subparágrafo 976.1).

978. Declarar a inidoneidade da empresa Vetec Química Fina Ltda., CNPJ 29.976.032/0001-09, para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal, com fulcro no art. 46, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 271 do RI/TCU, em consequência de ter comprovadamente fraudado as licitações relacionadas no Anexo 10 desta instrução (subparágrafo 976.2).

VI. Sigma-Aldrich Brasil Ltda.

(CNPJ 68.337.658/0001-27)

979. Conforme relatado no título V precedente (parágrafos 800-801), a empresa Sigma-Aldrich Brasil Ltda. (Sigma) participou, juntamente com a sua controlada, a empresa Vetec Química Fina Ltda. (Vetec), do Pregão 22/2011, de 30/11/2011, promovido pelo Laboratório Nacional Agropecuário no Rio Grande do Sul (Uasg: 130103; peça 216), tendo se beneficiado da desclassificação de sua controlada em 22 itens desse pregão. Tal fato caracterizaria indício de conluio e, consequentemente, de fraude ao referido pregão.

980. Em face disso, foi promovida a oitiva da empresa Sigma, por meio do Ofício 223/2013-TCU/Sefti (peça 269), para que justificasse a seguinte conduta:

a) no pregão 22/2011, de 30/11/2011, promovido pelo Laboratório Nacional Agropecuário no Rio Grande do Sul (código Uasg: 130103), participou, juntamente com a empresa Vetec Química Fina Ltda.,

CNPJ 29.976.032/0001-09, sua controlada, nos itens 3, 4, 19, 20, 25, 26, 28, 44, 49, 51, 52, 61, 64, 81, 84, 85, 86, 95, 103, 106, 115 e 120, tendo se beneficiado da desclassificação da empresa controlada, com a adjudicação dos objetos a preços maiores do que os ofertados nas propostas recusadas do licitante desclassificado.

b) na oportunidade, a empresa foi cientificada de que, caso não fossem acatadas as suas justificativas, o TCU poderia concluir pela ocorrência de fraude à licitação, situação que poderia resultar na declaração da inidoneidade da empresa para participar de licitação na Administração Pública Federal, na forma do art. 46 da Lei 8.443/1992.

981. Por meio de representante, a empresa apresentou sua defesa em 8/8/2013 (peça 333), cujos argumentos são expostos e analisados a seguir.

VI.1. Análise das justificativas

Argumento 1 – A conduta do justificante teria sido regular

982. O defendente alega inexistir vedação, tanto na Lei 10.520/2002, quanto na Lei 8.666/1993, para a participação simultânea de empresa controlada e controladora entre si, em uma mesma licitação, independentemente da modalidade (peça 333, p. 3).

983. Argumenta que a pretensão exarada por esta Corte de Contas no Relatório de Fiscalização e no ofício que promoveu a oitiva, no sentido de penalizar a Sigma por ter participado, juntamente com a sua controlada, de um mesmo pregão, contrariaria frontalmente entendimento do próprio Tribunal, mais precisamente aquele constante da ementa do Acórdão 266/2006-TCU-Plenário (peça 333, p. 3-4):

REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO DE EMPRESAS SEM AMPARO LEGAL. EVIDÊNCIAS DE PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS NA ELABORAÇÃO DO PROJETO BÁSICO E DO EDITAL. DETERMINAÇÃO.

1. Visto que a participação simultânea de empresas controladas e/ou coligadas em licitação não é vedada pelo ordenamento jurídico vigente e também não o foi pelo edital, a desclassificação das licitantes nessa condição é ilegal e, portanto, deve ser anulada a concorrência pública realizada.

984. Segundo o defendente, a passagem supra denota ‘a absoluta convicção desta Corte acerca da licitude da participação concomitante, em licitação, de empresas controladas e controladoras’. Aduz que, se não fosse sólido tal entendimento, jamais se teria exigido a anulação da concorrência face à inabilitação de empresas nessa condição (peça 333, p. 4).

985. Acrescenta que ‘não poderia ser outro o posicionamento’ deste órgão, vez que, à luz do princípio da legalidade, o processo licitatório deve discorrer de modo estritamente vinculado aos ditames da legislação que rege a matéria, e que, não havendo proibição expressa na norma, ‘jamais se poderá impor aos licitantes qualquer sanção em decorrência de conduta não tipificada em lei’ (peça 333, p. 4).

986. O contestante traz à luz doutrina de Marcio Pestana versando sobre a finalidade da legislação de regência das licitações (peça 333, p. 5, grifos do justificante):

Utiliza-se, para atingir tal finalidade [a de definir direitos e obrigações dos atores em um processo licitatório], dos três modais deônticos que, invariavelmente, são encontrados nas leis: obrigatório, permitido ou proibido. Se determinada conduta é obrigatória, como, v. g., publicar-se o instrumento convocatório; permitida, como franquear-se a possibilidade de indistinta participação de interessados que atendam aos requisitos previamente estabelecidos no certame; ou, proibida, como ao vedar-se a apresentação de propostas inexecutable, traduz o conjunto de enunciados e normas jurídicas que configuram o sistema licitatório, conferindo-lhe homogeneidade e harmonia. (Licitações públicas no Brasil: exame integrado das Leis 8.666/1993 e 10.520/2002. São Paulo: Atlas, 2013)

987. Em seguida, tece a seguinte argumentação a respeito da situação sob análise (peça 333, p. 5):

Na situação sob análise, a legislação de regência – Lei 10.520/2002 e Lei 8.666/1993 – em momento algum proíbe a participação de empresas controladas e controladoras simultaneamente no certame, ao passo que permite a participação de quaisquer interessados e, ainda, obriga a Administração contratante a abster-se de estipular cláusulas e condições que

restringam a universalidade de potenciais licitantes no processo de seleção. Desta forma, conjugando-se tais mandamentos inseridos pelo legislador pátrio, depreende-se que a conduta que ora se questiona, adotada pela Sigma no âmbito do Pregão 22/2011, jamais poderia ser objeto de sanção, porquanto a Administração encontra-se invariavelmente vinculada à Lei.

988. Alega, ainda, que também teria sido esse o entendimento do pregoeiro e da respectiva equipe de apoio do Pregão 22/2011 promovido pelo Lanagro-RS, uma vez que, nos itens em que houve participação simultânea das empresas Sigma e Vetec ‘seguiu-se normalmente o procedimento contido no edital (e na Lei do Pregão)’ (peça 333, p. 5-6).

989. Em outra vertente, o defendente ressalta que também o edital do Pregão 22/2011 não vedava a participação de empresas que tivessem relação de controle – exceto no caso em que se apresentassem na forma de consórcio, situação expressamente vedada pelo item 2.2.2 do edital (peça 333, p. 6).

990. Alega que, se a Administração contratante desejasse, de fato, vedar a participação isolada de empresas que tivessem relação de controle entre si – o que, diga-se, seria altamente questionável, ante a omissão dos diplomas legislativos –, deveria tê-lo especificado no instrumento convocatório. Ao não dispor nesse sentido, esgotou-se a discricionariedade da qual gozava à época da elaboração do edital, não assistindo alternativa ao pregoeiro senão a análise das propostas e posterior classificação das empresas.

991. Para corroborar tal entendimento, o contestante traz à tona julgado do STJ (peça 333, p. 8): ‘(...) o Poder Discricionário da Administração esgota-se com a elaboração do Edital de Licitação. A partir daí, nos termos do vocábulo constante da própria Lei, a Administração Pública vincula-se ‘estritamente’ a ele’ (REsp 421.946/DF, 1. T, rel. Min. Francisco Falcão, j. em 7/2/2006).

992. Por fim, o defendente sintetiza sua argumentação quanto à legalidade da conduta da empresa Sigma (peça 333, p. 8, referência ao número do acórdão corrigida, tendo em vista que, ao que tudo indica, o número 266/2011 foi grafado, equivocadamente, no original):

Destarte, a única conclusão possível é de que a participação concomitante das empresas Sigma e Vetec em alguns dos itens do Pregão 22/2011, promovido pelo Laboratório Nacional Agropecuário no Rio Grande do Sul, em nada infringe o ordenamento jurídico pátrio, tampouco as normas do edital do certame. Por isso, agiu o Pregoeiro em estrita observância à Lei, ao edital e à orientação deste Egrégio Tribunal de Contas da União (Acórdão 266/2006-TCU-Plenário).

Análise do argumento 1

993. A argumentação sobre a possível inexistência de vedação legal para a participação simultânea de empresa controlada e controladora entre si, em uma mesma licitação, foi analisada quando se examinou as justificativas apresentadas pela filial do defendente, a empresa Vetec (parágrafos 911-916).

994. Em resumo, consignou-se ali que a situação afronta os princípios básicos constantes do art. 3º da Lei 8.666/1993, aos quais se sujeitam o processamento e julgamento das licitações, havendo farta jurisprudência deste Tribunal nesse sentido, além de respaldo doutrinário (parágrafo 915).

995. Em face do exposto, o Argumento 1 deve ser rejeitado.

Argumento 2 – A afirmação sobre a presença de indícios de conluio e de fraude consignada no Relatório de Fiscalização teria violado o princípio da presunção de boa-fé, e não teria ocorrido conluio

996. Em sua manifestação (peça 333, p. 9-12), o defendente se insurge contra a afirmação sobre as presenças de indício de conluio e de indício de fraude consignada no Relatório de Fiscalização, e contra a menção sobre a possibilidade de declaração de inidoneidade constante do ofício que promoveu a oitiva, reproduzidos, *in verbis*, a seguir:

194. Como agravante, tem-se a situação de participação da empresa juntamente com a sua controladora, em diversos itens de pregão, conforme relatado na situação encontrada (parágrafo 136).

195. Dessa forma, tendo em vista a relação societária surgida em 3/6/2011 e a efetiva obtenção de vantagem de uma empresa em decorrência do comportamento da outra, fica evidenciado indício de conluio entre as duas e, conseqüentemente, indício de fraude ao Pregão 22/2011, de

30/11/2011, do Laboratório Nacional Agropecuário no Rio Grande do Sul (código Uasg: 130103; peça 216).

(Relatório de Fiscalização, peça 252, p. 34)

3. Cientificamos de que, caso não sejam acatadas as justificativas apresentadas por Vossa Senhoria no âmbito deste processo, o Tribunal poderá concluir pela ocorrência de fraude a licitação, situação que poderá resultar na declaração da inidoneidade da empresa para participar de licitação na Administração Pública Federal, na forma do artigo 46 da Lei 8.443/1992.

(Ofício 223/2013-TCU/Sefti, peça 269, p. 1)

997. O defendente questiona como poderia o Relatório de Fiscalização ‘fazer referência a ‘conluio’ e ‘fraude’ antes mesmos da oitiva das partes interessadas’ e empregar a expressão ‘fica evidenciado’, previamente a qualquer pronunciamento das empresas envolvidas. Argumenta que ‘jamais se poderia fazer tais afirmações antes de proporcionada ampla defesa aos interessados’, tal como dispõe o § 3º do art. 234 do Regimento Interno deste Tribunal (peça 333, p. 9).

998. Segundo a empresa, o Relatório de Fiscalização teria dito que houve obtenção de vantagem de uma empresa – no caso, a Sigma – em decorrência do comportamento da outra – Vetec –, ‘o que, de acordo com o Relatório, caracterizaria *conluio* entre as sociedades e, assim, fraude à licitação’ (peça 333, p. 10).

999. Resgata sua argumentação anterior (Argumento 1, parágrafos 982-992) no sentido de que, ao participar do Pregão 22/2011 concomitantemente com a empresa Vetec, de modo algum incidiu em ato ilícito, porquanto não existe, no ordenamento pátrio, qualquer vedação a tal conduta – ‘entendimento desta própria Corte de Contas, conforme já exaustivamente demonstrado’. Desta forma, a ‘vantagem’ a que se refere o Relatório foi, na verdade, mero resultado da aplicação do procedimento descrito na Lei do Pregão e no edital, ‘o qual levou à contratação da Sigma, uma vez que se tratava do menor preço dentre os proponentes que atendiam às exigências do edital. Ou seja, uma ‘vantagem’ que ocorre com todo vencedor de uma licitação: a adjudicação do objeto!’ (peça 333, p. 10).

1000. O defendente argumenta que não se poderia, de modo algum, ventilar a ocorrência de conluio – ‘assim entendida a prévia combinação de preços entre licitantes, com conseqüente prejuízo à Administração’ –, por inexistir qualquer indício de comunicação ou combinação entre as empresas no âmbito do Pregão. Segundo ele, o único fato que resta comprovado é que as empresas de fato participaram, concomitantemente, de mesmo certame, mas ‘entre a mera participação simultânea e a existência de conluio há uma evidente diferença’ (peça 334, p. 10).

1001. Invoca entendimento do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em caso supostamente semelhante (peça 333, p. 10-11):

PENAL – FRAUDE, MEDIANTE CONLUIO DOLOSO, AO CARÁTER COMPETITIVO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO, COM O INTUITO DE OBTER, PARA A COOPERATIVA QUE AMBOS OS RÉUS INTEGRAM, VANTAGEM DECORRENTE DA ADJUDICAÇÃO DO OBJETO DA LICITAÇÃO – ART. 90 DA LEI 8.666/93 – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME PARA A MODALIDADE TENTADA, EM VIRTUDE DA REVOGAÇÃO DA LICITAÇÃO – APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO DA 3ª TURMA DO TRF/1ª REGIÃO – ITER CRIMINIS NÃO CONCLUÍDO – ART. 14, II, DO CÓDIGO PENAL.

(...)

II – Autoria e materialidade comprovadas, não se limitando a comprovação do conluio doloso ao simples fato de que ambos os réus pertenciam à mesma Cooperativa, mas à demonstração inequívoca do propósito de fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para a Cooperativa que integram, a vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação.

1002. Nessas bases, conclui que ‘é sólido o entendimento’ de que a comprovação de conluio não se dá meramente com a presença, em mesma licitação, de pessoas com interesses convergentes, mas, sim, ‘pela efetiva comprovação do propósito de fraudar o certame – o que, sabe-se, não há no caso em tela’ (peça 333, p. 11).

1003. Traz, no mesmo sentido, decisão exarada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (peça 333, p. 11):

PENAL. CRIMES DE LICITAÇÕES. LEI Nº 8666/93. DOLO. ELEMENTO SUBJETIVO INDISPENSÁVEL. NÃO COMPROVAÇÃO. VANTAGEM INDEVIDA E DANO AO ERÁRIO. INEXISTÊNCIA. ABSOLVIÇÃO MANTIDA.

Os crimes tipificados pela Lei nº 8666/93 não admitem a modalidade culposa, sendo indispensável a comprovação do dolo e do resultado danoso ao Erário. (...)

(TRF 4ª Região – ACR 29546 RS 2004.71.00.029546-0. Rel. Des. NÉFI CORDEIRO, 7ª Turma, DOE 30/7/2008)

1004. Entende, em resumo, que ‘esta Secretaria Geral de Controle Externo, ao levantar tais aspectos, está a presumir a existência de má-fé, subvertendo o mandamento constitucional, segundo o qual o estado de inocência é regra’, e que ‘somente após procedimento que resguarde o contraditório e a ampla defesa – seja em âmbito administrativo, seja na seara judicial – se pode concluir pela culpa’. Alega que, *in casu*, pela mera participação de duas empresas num certame, estar-se-ia depreendendo a ocorrência de combinação de preços, em total dissonância ao disposto em nossa Carta Magna (peça 333, p. 12).

1005. Por todo exposto, entende que ‘merece ser retificado o Processo TC 015.239/2012-8, notadamente o Relatório de Fiscalização, a fim de que (...) não constem dele afirmações que carecem de prova – como é caso da presunção de existência de combinação de preços entre as empresas em tela’ (peça 333, p. 12).

Análise do argumento 2

1006. No que se refere à alegação de que o Relatório de Fiscalização teria violado o princípio da presunção de boa-fé, o assunto também foi tratado quando se examinou as justificativas apresentadas pela empresa Vetec (parágrafos 962-966).

1007. Na oportunidade, consignou-se que o Relatório de Fiscalização apontou a existência de indícios de conluio entre controladora e controlada, não somente em face da participação simultânea de ambas em diversos itens do pregão, mas também pelo fato de que em 22 desses itens a desclassificação da controlada beneficiou a controladora, que obteve a adjudicação.

1008. Os indícios apontados basearam-se em fatos pré-existentes ao citado relatório, e a sua sustentação, conforme realizado em detalhes na análise do Argumento 8 da empresa Vetec, filial do defendente (parágrafos 906-939), comprova que não houve violação ao princípio da presunção de boa-fé, mas sim a identificação, à época, de condutas irregulares e convergentes, possivelmente orientadas para a obtenção de resultado ilícito.

1009. Registre-se, por fim, que a referida análise concluiu que a participação simultânea das empresas coligadas em uma mesma licitação, juntamente com outros fatos – a dinâmica dos lances efetuados pelas mesmas, as desclassificações da filial por descumprimento de cláusula evidente no edital e as adjudicações do objeto à controladora, em face das desclassificações da filial (parágrafo 910) –, contribuiu para a formação de prova indiciária de fraude ao Pregão 22/2011 promovido pelo Lanagro-RS (parágrafo 936).

1010. Ante o exposto, o Argumento 2 não merece prosperar.

Argumento 3 – Não haveria sociedade à época

1011. O defendente alega que, à época da licitação, ainda não restava plenamente concluída a operação da qual resulta a atual relação de controle entre Sigma e Vetec (peça 333, p. 12-13). Esclarece que, em 23/5/2011, Sigma e Vetec celebraram Contrato de Compra e Venda de Quotas Sociais, por meio do qual a primeira adquiriu a totalidade das quotas da segunda, e, ato contínuo, em observância ao previsto na Lei 8.884/1994 (antiga Lei do Cade, em vigor àquela época), notadamente nos artigos 54 e seguintes, submeteu-se o ato à apreciação do Cade (Ato de Concentração 08012.006460/2011-85).

1012. Ocorre que somente em 31/5/2012 foi proferida decisão aprovando a operação (publicação no Diário Oficial da União; peça 333, p. 16), de modo que ‘somente a partir desta data o negócio tornou-se eficaz’, tal como dispunha a Lei Federal 8.884/1994, *in verbis* (peça 333, p. 13):

§ 7º A eficácia dos atos de que trata este artigo condiciona-se à sua aprovação, caso em que retroagirá à data de sua realização; não tendo sido apreciados pelo CADE no prazo estabelecido no parágrafo anterior, serão automaticamente considerados aprovados

1013. Segundo o defendente, o Pregão 22/2011 promovido pelo Lanagro-RS foi realizado em 30/11/2011 e, portanto, ‘mais de seis meses antes da efetiva aprovação da operação por meio da qual surgiu a relação de controle entre as empresas Sigma e Vetec’. Entende que, dessa forma, ‘quando da participação concomitante no certame, o ato ainda não era dotado de eficácia’ (peça 333, p. 13).

1014. Conclui argumentando que, ainda que esta Corte prossiga na ‘contraditória interpretação’ de que é ilícita a participação concomitante de empresas controladas e controladoras em mesmo certame licitatório (indo de encontro ao seu próprio entendimento, exarado no Acórdão 266/2006-Plenário), ‘tal interpretação não se aplica para o caso em tela, vez que a relação de controle somente surgiu, de fato, em 31/5/2012, com a publicação da aprovação, pelo Cade, da aquisição das quotas da Vetec pela Sigma’ (peça 333, p. 14).

Análise do argumento 3

1015. Conforme análise realizada sobre idêntico argumento apresentado pela empresa Vetec (parágrafos 898-900), o § 7º do art. 54 da Lei 8.884/1994 dispõe que, em caso de aprovação dos atos submetidos à apreciação do Cade, sua eficácia retroagirá à data de sua realização.

1016. Em face do exposto, tendo em vista que a operação de compra das Quotas Sociais da empresa Vetec, pelo defendente, é considerada eficaz desde a data de sua celebração, em 23/5/2011, o Argumento 3 deve ser rejeitado.

VI.2. Conclusão

1017. À data de realização do Pregão 22/2011 pelo Lanagro-RS as empresas Sigma e Vetec já eram controladora e controlada, respectivamente, tendo em vista que a operação de compra das Quotas Sociais da empresa Vetec, pelo defendente, é considerada eficaz desde a data de sua celebração, em 23/5/2011 (parágrafo 1016 retro).

1018. A participação simultânea do defendente e sua filial em uma mesma licitação afronta os princípios básicos constantes do art. 3º da Lei 8.666/1993, aos quais se sujeitam o processamento e julgamento das licitações (parágrafo 994).

1019. Essa participação simultânea de empresas sócias em uma mesma licitação, aliada ao fato de que a desclassificação da controlada beneficiou a sua controladora na adjudicação de alguns itens, constituíram indícios de conluio entre as duas (parágrafo 1007).

1020. As justificativas apresentadas pela empresa controlada (parágrafo 1008) não lograram afastar os fatos que sustentam tais indícios, cuja convergência forma prova indiciária de fraude ao Pregão 22/2011 promovido pelo Lanagro-RS (parágrafo 936).

1021. Ficou demonstrado que a fraude trouxe prejuízo à competitividade e à busca da proposta mais vantajosa para Administração (parágrafos 946-953), nada obstante que, conforme jurisprudência deste Tribunal (parágrafo 85), a aplicação da sanção de inidoneidade pelo TCU, com fulcro no art. 46 da Lei 8.443/1992, ‘não depende da ocorrência de dano ao erário ou frustração da licitação. Basta estar caracterizada a conduta legalmente reprovada de fraude a licitação. Não há que se comprovar ou explicitar o alcance pretendido pelos licitantes fraudadores’ (Acórdão 3.617/2013-TCU-Plenário).

1022. Em face do exposto, conclui-se:

1022.1 pela rejeição das justificativas apresentadas pela empresa Sigma no que se refere à sua participação no Pregão 22/2011 promovido pelo Lanagro-RS, juntamente com a empresa Vetec Química Fina Ltda., CNPJ 29.976.032/0001-09, sua controlada (parágrafos 1017-1018); e

1022.2 pela declaração de inidoneidade da empresa Sigma para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal, com fulcro no art. 46, da Lei 8.443/1992, em consequência de ter comprovadamente fraudado Pregão 22/2011 promovido pelo Laboratório Nacional Agropecuário no Rio Grande do Sul, código Uasg 130103 (parágrafo 1020).

VI.3. Proposta de encaminhamento

1023. Rejeitar as justificativas apresentadas pela empresa Sigma-Aldrich Brasil Ltda., CNPJ 68.337.658/0001-27, quanto à sua participação no Pregão 22/2011 promovido pelo Laboratório Nacional Agropecuário no Rio Grande do Sul, código Uasg: 130103, juntamente com a empresa Vetec Química Fina Ltda., CNPJ 29.976.032/0001-09, sua controlada (subparágrafo 1022.1).

1024. Declarar a inidoneidade da empresa Sigma-Aldrich Brasil Ltda., CNPJ 68.337.658/0001-27, para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal, com fulcro no art. 46, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 271 do RI/TCU, em consequência de ter comprovadamente fraudado o Pregão 22/2011 promovido pelo Laboratório Nacional Agropecuário no Rio Grande do Sul, código Uasg 130103 (subparágrafo 1022.2).

OUTROS FATOS

1025. Como consequência da análise das audiências e oitivas, foram identificados problemas que podem influenciar no comportamento dos atores que participam dos pregões eletrônicos, afetando potencialmente a qualidade dos certames licitatórios. Por isso, mereceram as ressalvas consignadas a seguir e as sugestões de melhorias propostas.

Implementação no sistema Comprasnet dos procedimentos previstos na legislação

1026. O Decreto 5.450/2005, que regulamenta o pregão na forma eletrônica, prevê três procedimentos relativos à avaliação das propostas, a partir da abertura da sessão pública na internet:

- a) antes do início da fase de lances: desclassificação das propostas que não estejam em conformidade com os requisitos no edital (art. 22, § 2º);
- b) após o encerramento da fase de lances: verificação da compatibilidade do preço da proposta classificada em primeiro lugar em relação ao estimado pela Administração e da habilitação do licitante conforme disposições do edital (art. 25, *caput*);
- c) após a avaliação do preço e da habilitação: aceitação da proposta ou chamamento do próximo classificado (art. 25, § 5º).

1027. Ocorre ter se verificado que o *modus operandi* do sistema Comprasnet permite que o procedimento de desclassificação das propostas previsto no art. 22, § 2º seja realizado posteriormente ao encerramento da fase de lances, o que dá margem à participação de licitantes com propostas irregulares na disputa, influenciando indevidamente a dinâmica da oferta de lances e conduzindo a resultados que se mostrarão irrealis após as suas desclassificações.

1028. Para ilustrar essa situação, incorporou-se aos autos a ata do Pregão 16/2012 promovido pelo MDIC (Uasg 280101). Constam da referida ata, os eventos de 'Recusa da proposta' das empresas Vidal e King Printer Tecnologia Ltda. – ME, CNPJ 10.629.857/0001-29, e Cimcorp Comércio Internacional e Informática S.A, CNPJ 59.773.416/0001-95, registrados posteriormente ao encerramento da fase de lances. O motivo consignado para as desclassificações foi o envio de proposta incompleta: 'Proposta de preços recusada tendo em vista que deixou de atender às alíneas 'b' e 'c' do subitem 4.1 do Edital' (peça 447, p. 4; 14). Estas cláusulas dispõem sobre as informações requeridas na proposta de preços (peça 448, p. 3), o que deixa claro que tais desclassificações decorreram de desconformidade das propostas com o edital e que, portanto, essas desclassificações deveriam ter sido realizadas antes no início da fase de lances, conforme prevê o art. 22, § 2º, do Decreto 5.450/2005.

1029. Entende-se que, para dar cumprimento à sequência de procedimentos preconizada no citado Decreto, as ações do tipo 'Recusa da proposta', conforme registrado no sistema Comprasnet, devem ocorrer previamente à abertura da sessão de lances.

1030. Em face do exposto, propõe-se recomendar à SLTI que avalie a pertinência de modificar a funcionalidade do sistema Comprasnet de forma que ele não permita, após o encerramento da fase de lances, a inclusão de registro do tipo 'Recusa da proposta' referente à desclassificação da proposta realizada com fulcro no art. 22, § 2º, do Decreto 5.450/2005.

Prazo de permanência das mensagens veiculadas no sistema Comunica

1031. As orientações, informações, solicitações e atualizações de assuntos referentes à operacionalização do Sistema Siasg e legislação pertinente, enviadas por meio do sistema Comunica para as Unidades Administrativas de Serviços Gerais (Uasg), permanecem disponíveis para consulta pelo usuário por no máximo cinco dias úteis, independentemente dele tê-las lido ou não (parágrafo 129).

1032. Essa definição implica que, até em circunstâncias que envolvam pequenas ausências previstas em lei, serviços externos, treinamentos ou alguma sobrecarga eventual de serviços, os servidores poderão ser privados da oportunidade de ter acesso às mensagens divulgadas.

1033. O sistema Comunica é um bom instrumento de que dispõe o Governo para a propagação de mensagens institucionais, em face da sua capilaridade, de forma que seria de todo desejável que dispusesse de uma maior perenidade e controle sobre as mensagens cujo teor seja considerado de conhecimento obrigatório. Foi o caso, por exemplo, da mensagem veiculada em 29/8/2011, que transmitiu orientação desta Corte sobre a aplicação de norma de licitação (parágrafos 120-123).

1034. Ante o exposto, considera-se oportuno recomendar à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI/MP), que avalie a conveniência e oportunidade de dotar o sistema Comunica de maior perenidade e controle sobre as mensagens cujo teor seja considerado de conhecimento obrigatório, individualizando o início da contagem de tempo para a sua exclusão, o qual somente se daria a partir do registro formal de ciência por parte do destinatário.

Vedação da participação simultânea, em licitação, de empresas sócias ou com sócio em comum

1035. Registrou-se, neste trabalho, a firme jurisprudência do TCU que considera a participação simultânea, em uma mesma licitação, de empresas com sócio em comum, viola os princípios da competitividade, moralidade, igualdade e probidade administrativa insculpidos no art. 3º da Lei 8.666/1993 (parágrafos 86-96).

1036. Citou-se excertos doutrinários que defendem que a situação de empresas que possuem relação de controle acionário disputando a mesma licitação é incompatível com o ordenamento jurídico vigente (parágrafos 97-99).

1037. Informou-se a sugestão da existência de funcionalidade no sistema Comprasnet visando emitir alerta aos pregoeiros sobre a apresentação de lances, para o mesmo item, por empresas que possuíssem sócios em comum. Essa funcionalidade, caso implantada, poderia auxiliar os gestores na identificação de atitudes suspeitas no decorrer do certame que pudessem sugerir a formação de conluio entre essas empresas (parágrafos 91-92).

1038. Consignou-se, ainda, que o modelo de edital para pregão eletrônico recomendado pela AGU veda a participação no certame de entidades empresariais controladoras, coligadas ou subsidiárias entre si, e que aquele órgão vem efetivamente aplicando tal orientação (parágrafos 100-105).

1039. Não há, contudo, nas Leis 8.666/1993 e 10.520/2002, nem no Decreto 5.450/2005, vedação expressa à participação simultânea, em uma mesma licitação, de empresas sócias ou com sócio em comum, exceto aquela disposta no inciso IV do art. 33 da Lei 8.666/1993, que proíbe que uma mesma empresa participe de mais de um consórcio numa mesma licitação.

1040. Compreende-se, dessa forma, que os entendimentos citados baseiam-se em princípios legais, como os enumerados no parágrafo 1035 retro, os quais não possuem menos relevância que as demais normas. Ao contrário, como princípios que são, orientam e delimitam a interpretação dos demais dispositivos, suprimindo as lacunas das inúmeras situações que a lei não detalhou.

1041. Dessa forma, considerando que as decisões deste Tribunal relativas à aplicação de normas gerais de licitação devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de acordo com o que dispõe o enunciado 222 da Súmula de Jurisprudência do TCU (parágrafos 133-134), entende-se que a jurisprudência sobre a ilicitude da participação simultânea, em uma mesma licitação, de empresas com sócio em comum, deve ser comunicada aos gestores e ao mercado de forma que, ao iniciar-se uma licitação, seja de amplo conhecimento dos participantes a vedação de tal comportamento.

1042. Em face do exposto, propõe-se recomendar aos órgãos governantes superiores (OGS) que regulamentem a vedação quanto à participação simultânea de empresas sócias ou com sócios em comum, em um mesmo item do certame, tendo em vista que essa situação afronta os princípios da competitividade, moralidade, igualdade e probidade administrativa insculpidos no art. 3º da Lei 8.666/1993.

CONCLUSÃO

1043. O art. 7º da Lei 10.520/2002 (Lei do Pregão) exerce importante papel na promoção do equilíbrio entre o maior grau de confiança, expectativa de lealdade e boa-fé depositados nos licitantes dessa modalidade de licitação. Esse dispositivo legal deixa explícita a expectativa de seriedade, dever de diligência e comportamento regular deles esperados.

1044. As facilidades de participação e a redução do autorizarismo introduzidas pela Lei do Pregão, tais como a comprovação *a posteriori* do atendimento aos requisitos do edital, buscam a celeridade, racionalidade, economicidade e competitividade do certame, além de encontrarem contrapartida no citado dispositivo, que prevê sanções mais severas para os comportamentos irregulares, a exemplo de não manter a proposta, deixar de apresentar documentação exigida para o certame e comportar-se de modo inidôneo.

1045. Por essa razão, o descumprimento do que estabelece o art. 7º da Lei do Pregão coloca em risco a eficiência e a credibilidade dessa modalidade de licitação, criando ensanchas para fraudes e prejuízos à Administração.

1046. É firme o posicionamento do TCU sobre a obrigação dos gestores e pregoeiros autuarem processos administrativos para investigar a conduta das empresas que tenham praticado atos ilegais previstos no art. 7º da Lei 10.520/2002. Assim o evidencia o recente Acórdão 6.681/2013-TCU-2ª Câmara, que emitiu determinação ao Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação nesse sentido, nos mesmos termos do Acórdão 1.793/2011, citado nesta fiscalização:

1.8.1.3. oriente formalmente seus gestores e pregoeiros sobre a obrigação de autuarem processos administrativos contra as empresas que praticarem atos ilegais previstos no art. 7º da Lei 10.520/2002, alertando-os de que a omissão do dever, sem justificativa, poderá ensejar a aplicação de sanções, conforme previsão do art. 82 da Lei 8.666/1993, bem como representação por parte do Tribunal de Contas da União, com fulcro no art. 71, inciso XI, da Constituição Federal c/c o art. 1º, inciso VIII, da Lei 8.443/1992;

1047. Em face do exposto nesta fiscalização, foram analisadas as razões de justificativa de quatro pregoeiros e quatro autoridades que homologaram pregões nos quais se identificou grande número de desclassificações causadas por condutas irregulares elencadas no referido dispositivo, sem que esses agentes houvessem adotado providências com vistas à instauração de processo administrativo para apuração do fato e possível punição dos licitantes infratores.

1048. Acolheu-se as razões de justificativa apresentadas pelo pregoeiro, Sr. Natanael Luiz Zotelli Filho, CPF 085.046.476-50.

1049. Acolheu-se parcialmente as razões de justificativa apresentadas pela pregoeira, Sra. Alvina Costa Messias, CPF 691.169.381-00, pelo pregoeiro, Sr. Abdias da Silva Oliveira, CPF 331.615.501-53, e pela autoridade que homologou os pregões conduzidos pelo Sr. Abdias, Sr. Luiz Antonio de Souza Cordeiro, CPF 097.834.401-44.

1050. Rejeitou-se as razões de justificativa apresentadas pelo pregoeiro, Sr. Francisco de Oliveira Quércia, CPF 194.053.162-49, e pelas autoridades que homologaram os pregões, Srs. Laudemar Gonçalves de Aguiar Neto, CPF 627.606.027-53, Valdelário Farias Cordeiro, CPF 342.953.302-30, e José Henrique Araujo dos Santos, CPF 905.206.707-44.

1051. Além disso, propôs-se a aplicação de multa aos responsáveis cujas razões de justificativa foram acolhidas parcialmente ou rejeitadas, com fulcro no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 268, inciso II, do RI/TCU.

1052. De outro lado, promoveu-se oitivas das empresas Rei-Labor Comércio de Produtos para Laboratórios Ltda., CNPJ 01.293.314/0001-92; Center Sponchiado Ltda., CNPJ 04.418.934/0001-07;

Kimicalbino Comércio Atacadista de Material de Laboratório, CNPJ 05.054.633/0001-04; G P Mattara Suprimentos para Informática – ME, CNPJ 05.114.599/0001-08; e Vetec Química Fina Ltda., CNPJ 29.976.032/0001-09, sobre as quais se identificou um número elevado de desclassificações, cujos indícios apontam como causas algumas das condutas irregulares tipificadas nos art. 7º da Lei do Pregão, de forma recorrente no período de três anos. Por razões de racionalização administrativa, o universo de questionamento sobre tais desclassificações se restringiu aos dois últimos anos considerados.

1053. Após a análise dos argumentos, rejeitou-se as manifestações apresentadas pelas empresas, tendo em vista que não lograram demonstrar nos autos que não houve incidência recorrente nos comportamentos ilegais elencados na norma em questão, ao longo do período considerado, em um número elevado de vezes. A empresa Vetec Química Fina Ltda., CNPJ 29.976.032/0001-09 logrou o acolhimento de suas justificativas em 27% dos itens de pregão questionados.

1054. Demonstrou-se que, em determinadas situações, houve ainda o dolo direto na conduta das empresas Rei-Labor Comércio de Produtos para Laboratórios Ltda., CNPJ 01.293.314/0001-92, Center Sponchiado Ltda., CNPJ 04.418.934/0001-07, e Vetec Química Fina Ltda., CNPJ 29.976.032/0001-09.

1055. Os elementos que caracterizaram tais condutas dolosas, tanto a eventual quanto a direta, foram apresentados nas análises empreendidas, de forma que se encontram presentes os pressupostos para a caracterização de fraude às licitações questionadas. Em face disso, propôs-se a declaração de inidoneidade das cinco empresas relacionadas no parágrafo 1052 retro, para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal, com fulcro no art. 46, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 271 do RI/TCU.

1056. Identificou-se, também, que a empresa Vetec Química Fina Ltda., CNPJ 29.976.032/0001-09, ouvida em face da situação mencionada nos parágrafos precedentes, participou, simultaneamente, com a empresa Sigma-Aldrich Brasil Ltda., CNPJ 68.337.658/0001-27, detentora de 100% do seu capital social, em diversos itens do Pregão 22/2011 promovido pelo Lanagro-RS, o que afronta os princípios da competitividade, moralidade, igualdade e probidade administrativa insculpidos no art. 3º da Lei 8.666/1993. Naquele pregão, as desclassificações da empresa controlada precipiciaram que o objeto fosse adjudicado à controladora em 22 dos 41 itens nos quais participaram juntas.

1057. Promoveu-se a oitiva da empresa Vetec Química Fina Ltda., CNPJ 29.976.032/0001-09, também por essa razão, e da sua controladora, a empresa Sigma-Aldrich Brasil Ltda., CNPJ 68.337.658/0001-27. As justificativas apresentadas por ambas não foram acatadas e, em face também da ocorrência de fraude ao Pregão 22/2011 promovido pelo Lanagro-RS, propôs-se, também, a declaração de inidoneidade da empresa Sigma-Aldrich Brasil Ltda., CNPJ 68.337.658/0001-27, para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal, com fulcro no art. 46, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 271 do RI/TCU.

1058. Paralelamente, procedeu-se ao monitoramento das deliberações constantes dos itens 9.2.1.1, 9.3.2.1, 9.3.2.2, 9.5.1.1, 9.7.1 e 9.8.1 do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário, que decorreram dos achados que deram origem a esta fiscalização (3.2 - empresas com sócios em comum que apresentam propostas para o mesmo item de determinada licitação; 3.3 - existência de licitantes reiteradamente desclassificados por não atenderem aos editais ou não honrarem suas propostas). As propostas de medidas saneadoras para as inconformidades verificadas no monitoramento foram consignadas originalmente no Relatório de Fiscalização (peça 252, p. 40-49) e agora, após revisão, trazidas para as propostas de encaminhamento desta instrução.

1059. Foram expendidas considerações adicionais sobre outras questões identificadas no curso das análises, na seção OUTROS FATOS, merecedoras das seguintes propostas de encaminhamento, em resumo:

- a) aperfeiçoamento do sistema Comunica, no sentido de conferir maior perenidade e controle sobre as mensagens divulgadas;
- b) regulamentação da vedação quanto à participação simultânea de empresas sócias ou com sócios em comum, em um mesmo item licitado.

Benefícios estimados

1060. Estima-se que as medidas propostas, destinadas a coibir as condutas irregulares previstas no art. 7º da Lei do Pregão e a estimular os agentes públicos a zelar pelo cumprimento dessa norma, propiciem a melhoria da qualidade nos processos de pregão eletrônico, garantindo a sua eficiência na busca da racionalidade, economicidade, competitividade e obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

1061. Diante do exposto, propõe-se o envio dos autos ao gabinete da Ministra Relatora Ana Arraes, com as propostas a seguir.

1062. Em relação à não adoção de providências com vistas à instauração de processo administrativo para apurar as condutas das empresas que foram desclassificadas por não honrarem suas propostas, condutas essas, em princípio, tipificadas como infrações na Lei 10.520/2002, art. 7º:

1062.1 acolher as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Natanael Luiz Zotelli Filho, CPF 085.046.476-50 (parágrafo 508);

1062.2 acolher parcialmente as razões de justificativa apresentadas pela Sra. Alvina Costa Messias, CPF 691.169.381-00 (parágrafo 199);

1062.3 aplicar multa à Sra. Alvina Costa Messias, CPF 691.169.381-00, com fulcro no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 268, inciso II, do RI/TCU, em virtude de afronta ao previsto na Lei 8.112/1990, art. 116, inciso III c/c Lei 10.520/2002, art. 9º e Lei 8.666/1993, art. 82, em face de sua omissão em dar cumprimento ao art. 7º da Lei 10.520/2002, quando da condução da licitação dos itens de pregão relacionados no Anexo 2 (parágrafo 200);

1062.4 rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Francisco de Oliveira Quércia, CPF 194.053.162-49 (parágrafo 312);

1062.5 aplicar multa ao Sr. Francisco de Oliveira Quércia, CPF 194.053.162-49, com fulcro no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 268, inciso II, do RI/TCU, em virtude de afronta ao previsto na Lei 8.112/1990, art. 116, inciso III c/c Lei 10.520/2002, art. 9º e Lei 8.666/1993, art. 82, em face de sua omissão em dar cumprimento ao art. 7º da Lei 10.520/2002, quando da condução da licitação dos itens de pregão relacionados no Anexo 3 (parágrafo 313);

1062.6 acolher parcialmente as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Abdias da Silva Oliveira, CPF 331.615.501-53 (parágrafo 414);

1062.7 aplicar multa ao Sr. Abdias da Silva Oliveira, CPF 331.615.501-53, com fulcro no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 268, inciso II, do RI/TCU, em virtude de afronta ao previsto na Lei 8.112/1990, art. 116, inciso III c/c Lei 10.520/2002, art. 9º e Lei 8.666/1993, art. 82, em face de sua omissão em dar cumprimento ao art. 7º da Lei 10.520/2002, quando da condução da licitação dos itens de pregão relacionados no Anexo 4 (parágrafo 415).

1063. Em relação à homologação de pregões sem ter adotado providências com vistas à instauração de processo administrativo para apurar as condutas das empresas que foram desclassificadas por não honrarem suas propostas, condutas essas, em princípio, tipificadas como infrações na Lei 10.520/2002, art. 7º:

1063.1 rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Laudemar Gonçalves de Aguiar Neto, CPF 627.606.027-53 (parágrafo 267);

1063.2 aplicar multa ao Sr. Laudemar Gonçalves de Aguiar Neto, CPF 627.606.027-53, com fulcro no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 268, inciso II, do RI/TCU, em virtude de afronta ao previsto na Lei 8.112/1990, art. 116, inciso III c/c Lei 10.520/2002, art. 9º e Lei 8.666/1993, art. 82, em face de sua omissão em dar cumprimento ao art. 7º da Lei 10.520/2002, quando da homologação da licitação dos itens de pregão relacionados no Anexo 2 (parágrafo 268);

1063.3 rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Valdelário Farias Cordeiro, CPF 342.953.302-30 (parágrafo 339);

1063.4 aplicar multa ao Sr. Valdelário Farias Cordeiro, CPF 342.953.302-30, com fulcro no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 268, inciso II, do RI/TCU, em virtude de afronta ao previsto na Lei 8.112/1990, art. 116, inciso III c/c Lei 10.520/2002, art. 9º e Lei 8.666/1993, art. 82, em face de sua

omissão em dar cumprimento ao art. 7º da Lei 10.520/2002, quando da homologação da licitação dos itens de pregão relacionados no Anexo 3 (parágrafo 340);

1063.5 acolher parcialmente as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Luiz Antonio de Souza Cordeiro, CPF 097.834.401-44 (parágrafo 423);

1063.6 aplicar multa ao Sr. Luiz Antonio de Souza Cordeiro, CPF 097.834.401-44, com fulcro no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 268, inciso II, do RI/TCU, em virtude de afronta ao previsto na Lei 8.112/1990, art. 116, inciso III c/c Lei 10.520/2002, art. 9º e Lei 8.666/1993, art. 82, em face de sua omissão em dar cumprimento ao art. 7º da Lei 10.520/2002, quando da homologação da licitação dos itens de pregão relacionados no Anexo 4 (parágrafo 424);

1063.7 rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. José Henrique Araujo dos Santos, CPF 905.206.707-44 (parágrafo 584);

1063.8 aplicar multa ao Sr. José Henrique Araujo dos Santos, CPF 905.206.707-44, com fulcro no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 268, inciso II, do RI/TCU, em virtude de afronta ao previsto na Lei 6.880/1980, art. 28, inciso IV c/c Lei 10.520/2002, art. 9º e Lei 8.666/1993, art. 82, em face de sua omissão em dar cumprimento ao art. 7º da Lei 10.520/2002, quando da homologação da licitação dos itens de pregão relacionados no Anexo 5 (parágrafo 585).

1064. Em relação à incidência nas condutas ilegais tipificadas no art. 7º da Lei 10.520/200, de forma recorrente no período de 1º/6/2010 a 21/6/2012, em um número elevado de vezes:

1064.1 rejeitar as justificativas apresentadas pela empresa Rei-Labor Comércio de Produtos para Laboratórios Ltda., CNPJ 01.293.314/0001-92 (parágrafo 655);

1064.2 declarar a inidoneidade da empresa Rei-Labor Comércio de Produtos para Laboratórios Ltda., CNPJ 01.293.314/0001-92, para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal, com fulcro no art. 46, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 271 do RI/TCU, em consequência de ter comprovadamente fraudado as licitações relacionadas no Anexo 6 desta instrução (parágrafo 656);

1064.3 rejeitar as justificativas apresentadas pela empresa Center Sponchiado Ltda., CNPJ 04.418.934/0001-07 (parágrafo 721);

1064.4 declarar a inidoneidade da empresa Center Sponchiado Ltda., CNPJ 04.418.934/0001-07, para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal, com fulcro no art. 46, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 271 do RI/TCU, em consequência de ter comprovadamente fraudado as licitações relacionadas no Anexo 7 desta instrução (parágrafo 722);

1064.5 rejeitar as justificativas apresentadas pela empresa Kimicalbino Comércio Atacadista de Material de Laboratório, CNPJ 05.054.633/0001-04 (parágrafo 750);

1064.6 declarar a inidoneidade da empresa Kimicalbino Comércio Atacadista de Material de Laboratório, CNPJ 05.054.633/0001-04, para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal, com fulcro no art. 46, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 271 do RI/TCU, em consequência de ter comprovadamente fraudado as licitações relacionadas no Anexo 8 desta instrução (parágrafo 751);

1064.7 rejeitar as justificativas apresentadas pela empresa G P Mattara Suprimentos para Informática – ME, CNPJ 05.114.599/0001-08 (parágrafo 794);

1064.8 declarar a inidoneidade da empresa G P Mattara Suprimentos para Informática – ME, CNPJ 05.114.599/0001-08, para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal, com fulcro no art. 46, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 271 do RI/TCU, em consequência de ter comprovadamente fraudado as licitações relacionadas no Anexo 9 desta instrução (parágrafo 795).

1065. Em relação à incidência nas condutas ilegais tipificadas no art. 7º da Lei 10.520/200, de forma recorrente no período de 1º/6/2010 a 21/6/2012, em um número elevado de vezes, e à participação simultânea com a sua empresa controladora em diversos itens do Pregão 22/2011 promovido pelo Laboratório Nacional Agropecuário no Rio Grande do Sul (Uasg 130103), sendo que, em 22 itens desse pregão, a desclassificação da empresa propiciou a adjudicação do objeto à sua controladora:

1065.1 rejeitar as justificativas apresentadas pela empresa Vetec Química Fina Ltda., CNPJ 29.976.032/0001-09 (parágrafo 977);

1065.2 declarar a inidoneidade da empresa Vetec Química Fina Ltda., CNPJ 29.976.032/0001-09, para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal, com fulcro no art. 46,

da Lei 8.443/1992, c/c o art. 271 do RI/TCU, em consequência de ter comprovadamente fraudado as licitações relacionadas no Anexo 10 desta instrução (parágrafo 978).

1066. Em relação à participação simultânea com a sua empresa controlada em diversos itens do Pregão 22/2011 promovido pelo Laboratório Nacional Agropecuário no Rio Grande do Sul (Uasg 130103), sendo que, em 22 itens desse pregão, a desclassificação da empresa controlada propiciou-lhe a adjudicação do objeto:

1066.1 rejeitar as justificativas apresentadas pela empresa Sigma-Aldrich Brasil Ltda., CNPJ 68.337.658/0001-27 (parágrafo 1023);

1066.2 declarar a inidoneidade da empresa Sigma-Aldrich Brasil Ltda., CNPJ 68.337.658/0001-27, para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal, com fulcro no art. 46, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 271 do RI/TCU, em consequência de ter comprovadamente fraudado o Pregão 22/2011 promovido pelo Laboratório Nacional Agropecuário no Rio Grande do Sul, Uasg 130103 (parágrafo 1024).

1067. Determinar, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, ao Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) que, em atenção ao art. 37, *caput*, da Constituição Federal (princípio da eficiência), e ao art. 6º, inciso II, do Decreto-Lei 200/1967 (princípio da coordenação), e em consonância com o disposto no art. 130-A, § 2º da Constituição Federal:

1067.1 oriente os gestores das áreas responsáveis por conduzir licitações, inclusive os dos órgãos sob seu controle de atuação administrativa e financeira, elencados no art. 128, incisos I e II da Constituição Federal, para que autuem processo administrativo visando aferir a responsabilização das empresas que praticarem ato ilegal tipificado no art. 7º da Lei 10.520/2002 (peça 252, p. 57, § 295.3), considerando, também, como tal, o pedido de desistência, que equivale à não manutenção da proposta, e a declaração falsa relativa ao cumprimento dos requisitos de habilitação e proposta, a qual considera-se comportamento inidôneo;

1067.2 alerte os gestores das áreas responsáveis por conduzir licitações, inclusive os dos órgãos sob seu controle de atuação administrativa e financeira, elencados no art. 128, incisos I e II da Constituição Federal, que a não atuação sem justificativa do processo administrativo referido no subparágrafo 1067.1 poderá ensejar a aplicação de sanções a seus gestores, conforme previsão da Lei 8.112/1990, art. 116, inciso III c/c Lei 10.520/2002, art. 9º e Lei 8.666/1993, art. 82 (peça 252, p. 57, § 295.2 e 295.3);

1067.3 no prazo de trinta dias a contar da ciência do acórdão que vier a ser proferido, informe a este Tribunal as providências adotadas para cumprimento das determinações contidas nos subparágrafos 1067.1 e 1067.2, contendo o prazo e os responsáveis (nome, cargo e CPF) pela execução das atividades (peça 252, p. 57, § 295.4).

1068. Determinar, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, ao Ministério da Defesa (MD) que, em atenção ao art. 37, *caput*, da Constituição Federal (princípio da eficiência), e ao art. 6º, inciso II, do Decreto-Lei 200/1967 (princípio da coordenação):

1068.1 oriente os gestores dos órgãos, entidades e unidades que compõem sua estrutura organizacional, bem como os Comandos das três Forças Armadas, para que autuem processo administrativo visando aferir a responsabilização das empresas que praticarem ato ilegal tipificado no art. 7º da Lei 10.520/2002 (peça 252, p. 58, § 296.3), considerando, também, como tal, o pedido de desistência, que equivale à não manutenção da proposta, e a declaração falsa relativa ao cumprimento dos requisitos de habilitação e proposta, a qual considera-se comportamento inidôneo;

1068.2 alerte os gestores dos órgãos, entidades e unidades que compõem sua estrutura organizacional, bem como os Comandos das três Forças Armadas, que a não atuação sem justificativa do processo administrativo referido no subparágrafo 1068.1 poderá ensejar a aplicação de sanções a seus gestores, conforme previsão da Lei 6.880/1980, art. 28, inciso IV c/c Lei 10.520/2002, art. 9º e Lei 8.666/1993, art. 82 (peça 252, p. 58, § 296.2 e 296.3);

1068.3 no prazo de trinta dias, a contar da ciência do acórdão que vier a ser proferido, informe a este Tribunal as providências adotadas para cumprimento das determinações contidas nos subparágrafos

1068.1 e 1068.2, contendo o prazo e os responsáveis (nome, cargo e CPF) pela execução das atividades (peça 252, p. 58, § 296.4).

1069. Determinar, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, ao Ministério das Relações Exteriores (MRE), ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC) e à Fundação Universidade do Amazonas (Ufam) que, em atenção ao art. 37, *caput*, da Constituição Federal (princípio da eficiência), e ao art. 6º, inciso II, do Decreto-Lei 200/1967 (princípio da coordenação):

1069.1 orientem os gestores dos órgãos, entidades, unidades e setores que compõem sua estrutura organizacional para que autuem processo administrativo visando aferir a responsabilização das empresas que praticarem ato ilegal tipificado no art. 7º da Lei 10.520/2002 (peça 252, p. 59, § 298.1), considerando, também, como tal, o pedido de desistência, que equivale à não manutenção da proposta, e a declaração falsa relativa ao cumprimento dos requisitos de habilitação e proposta, a qual considera-se comportamento inidôneo;

1069.2 alertem os gestores dos órgãos, entidades, unidades e setores que compõem sua estrutura organizacional que a não autuação sem justificativa do processo administrativo referido no subparágrafo 1069.1 poderá ensejar a aplicação de sanções a seus gestores, conforme previsão da Lei 8.112/1990, art. 116, inciso III c/c Lei 10.520/2002, art. 9º e Lei 8.666/1993, art. 82 (peça 252, p. 59, § 298.1);

1069.3 criem controles internos destinados a minimizar a probabilidade de que não sejam abertos processos administrativos destinados a apenar os comportamentos irregulares tipificados no art. 7º da Lei 10.520/2002, em observância ao art. 6º, inciso V, do Decreto-Lei 200/1967 (princípio do controle; peça 252, p. 59, § 298.2);

1069.4 determinem aos órgãos e entidades que compõem sua estrutura organizacional que criem, em seus âmbitos, os controles aludidos no subparágrafo 1069.3 (peça 252, p. 59, § 298.3);

1069.5 no prazo de trinta dias, a contar da ciência do acórdão que vier a ser proferido, informem a este Tribunal as providências adotadas para cumprimento das determinações contidas nos subparágrafos 1069.1, 1069.2 e 1069.4, contendo o prazo e os responsáveis (nome, cargo e CPF) pela execução das atividades (peça 252, p. 59, § 298.4);

1069.6 no prazo de sessenta dias, a contar da ciência do acórdão que vier a ser proferido, encaminhem a este Tribunal plano de ação para cumprimento da determinação contida no subparágrafo 1069.3, contendo o prazo e os responsáveis (nome, cargo e CPF) pelo desenvolvimento das ações (peça 252, p. 59, § 298.4).

1070. Determinar, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, ao 9º Batalhão de Engenharia de Combate (9º BEcmb) que, em atenção ao art. 37, *caput*, da Constituição Federal (princípio da eficiência):

1070.1 oriente os gestores das áreas responsáveis por conduzir licitações para que autuem processo administrativo visando aferir a responsabilização das empresas que praticarem ato ilegal tipificado no art. 7º da Lei 10.520/2002 (peça 252, p. 59, § 298.1), considerando, também, como tal, o pedido de desistência, que equivale à não manutenção da proposta, e a declaração falsa relativa ao cumprimento dos requisitos de habilitação e proposta, a qual considera-se comportamento inidôneo;

1070.2 alerte os gestores das áreas responsáveis por conduzir licitações que a não autuação sem justificativa dos processos administrativos referidos no subparágrafo 1070.1 poderá ensejar a aplicação de sanções a seus gestores, conforme previsão da Lei 6.880/1980, art. 28, inciso IV c/c Lei 10.520/2002, art. 9º e Lei 8.666/1993, art. 82 (peça 252, p. 59, § 298.1);

1070.3 crie controles internos destinados a minimizar a probabilidade de que não sejam abertos processos administrativos destinados a apenar os comportamentos irregulares tipificados no art. 7º da Lei 10.520/2002, em observância ao art. 6º, inciso V, do Decreto-Lei 200/1967 (princípio do controle; peça 252, p. 59, § 298.2);

1070.4 no prazo de trinta dias, a contar da ciência do acórdão que vier a ser proferido, informe a este Tribunal as providências adotadas para cumprimento das determinações contidas nos subparágrafos 1070.1 e 1070.2, contendo o prazo e os responsáveis (nome, cargo e CPF) pela execução das atividades (peça 252, p. 59, § 298.4);

1070.5 no prazo de sessenta dias, a contar da ciência do acórdão que vier a ser proferido, encaminhe a este Tribunal plano de ação para cumprimento da determinação contida no subparágrafo 1070.3, contendo o prazo e os responsáveis (nome, cargo e CPF) pelo desenvolvimento das ações (peça 252, p. 59, § 298.4).

1071. Recomendar à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (SLTI/MP) que:

1071.1 em atenção ao art. 34, inciso II, alínea 'a', do Decreto 8.189/2014:

1071.1.1 crie controles internos e no sistema Comprasnet destinados a minimizar a probabilidade de que não sejam abertos processos administrativos destinados a apenar os comportamentos irregulares tipificados no art. 7º da Lei 10.520/2002 (peça 252, p. 59, § 300.3);

1071.1.2 efetue o tabelamento dos motivos mais frequentes de não adjudicação, recusa, desclassificação e inabilitação de propostas no sistema Comprasnet, com vistas a padronizar a entrada desse tipo de informação (peça 252, p. 60, § 300.6);

1071.1.3 crie, no sistema Comprasnet, *flag* e campos destinados a controlar a abertura de processos administrativos contra empresas que incorrem nos comportamentos tipificados no art. 7º da Lei 10.520/2002, como, por exemplo, o número do processo, o resultado do processo e, eventualmente, a razão da não abertura de processo (peça 252, p. 60, § 300.7);

1071.1.4 avalie a pertinência de intervir na funcionalidade do sistema Comprasnet, de forma que ele não permita, após o encerramento da fase de lances, a inclusão de registro do tipo 'Recusa da proposta' referente a desclassificação da proposta realizada com fulcro no art. 22, § 2º, do Decreto 5.450/2005 (parágrafo 1030);

1071.1.5 avalie a conveniência e oportunidade de dotar o sistema Comunica de maior perenidade e controle sobre as mensagens cujo teor seja considerado de conhecimento obrigatório, individualizando o início da contagem de tempo para a sua exclusão, o qual somente se daria a partir do registro formal de ciência por parte do destinatário (parágrafo 1034);

1071.2 em atenção ao art. 34, inciso I, alínea 'a', do Decreto 8.189/2014:

1071.2.1 recomende aos órgãos integrantes do Sisg que criem, em seus âmbitos, os controles aludidos no subparágrafo 1071.1.1 (peça 252, p. 59, § 300.4);

1071.2.2 reitere, para os órgãos integrantes do Sisg, o teor da orientação emitida por meio do item 9.2.1.1 do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário (peça 252, p. 60, § 300.5);

1071.2.3 regulamente a vedação quanto à participação simultânea de empresas sócias ou com sócios em comum, em um mesmo item do certame, tendo em vista que essa situação afronta os princípios da competitividade, moralidade, igualdade e probidade administrativa insculpidos no art. 3º da Lei 8.666/1993 (parágrafo 1042).

1072. Recomendar ao Ministério da Defesa (MD) que, em atenção ao art. 6º, incisos II (princípio da coordenação) e V (princípio do controle), do Decreto-Lei 200/1967:

1072.1 crie controles internos destinados a minimizar a probabilidade de que não sejam abertos processos administrativos destinados a apenar os comportamentos irregulares tipificados no art. 7º da Lei 10.520/2002 (peça 252, p. 60, § 301.2);

1072.2 recomende aos órgãos, entidades e unidades que compõem sua estrutura organizacional, bem como os Comandos das três Forças Armadas sob sua coordenação, que criem, em seus âmbitos, os controles aludidos no subparágrafo 1072.1 (peça 252, p. 60, § 301.3).

1073. Recomendar ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que, em atenção ao art. 6º, incisos II (princípio da coordenação) e V (princípio do controle), do Decreto-Lei 200/1967:

1073.1 crie controles internos destinados a minimizar a probabilidade de que não sejam abertos processos administrativos destinados a apenar os comportamentos irregulares tipificados no art. 7º da Lei 10.520/2002 (peça 252, p. 60, § 302.3);

1073.2 recomende aos seus jurisdicionados que criem, em seus âmbitos, os controles aludidos no subparágrafo 1073.1 (peça 252, p. 60, § 302.4);

1073.3 reitere, para os seus jurisdicionados, o teor da orientação emitida por meio do item 9.5.1.1 do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário (peça 252, p. 60, § 302.5);

1073.4 regulamente a vedação quanto à participação simultânea de empresas sócias ou com sócios em comum, em um mesmo item do certame, tendo em vista que essa situação afronta os princípios da competitividade, moralidade, igualdade e probidade administrativa insculpidos no art. 3º da Lei 8.666/1993 (parágrafo 1042).

1074. Recomendar ao Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (Dest/MP) que, em atenção ao art. 6º, incisos II (princípio da coordenação) e V (princípio do controle), do Decreto-Lei 200/1967:

1074.1 criem controles internos destinados a minimizar a probabilidade de que não sejam abertos processos administrativos destinados a apenar os comportamentos irregulares tipificados no art. 7º da Lei 10.520/2002 (peça 252, p. 60, § 302.3);

1074.2 recomendem aos seus jurisdicionados que criem, em seus âmbitos, os controles aludidos no subparágrafo 1074.1 (peça 252, p. 60, § 302.4);

1074.3 reiterem, para os seus jurisdicionados, o teor da orientação emitida por meio do item 9.5.1.1 do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário (peça 252, p. 60, § 302.5);

1074.4 regulamente a vedação quanto à participação simultânea de empresas sócias ou com sócios em comum, em um mesmo item do certame, tendo em vista que essa situação afronta os princípios da competitividade, moralidade, igualdade e probidade administrativa insculpidos no art. 3º da Lei 8.666/1993 (parágrafo 1042).

1075. Recomendar ao Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) que, em atenção ao art. 6º, incisos II (princípio da coordenação) e V (princípio do controle), do Decreto-Lei 200/1967:

1075.1 crie controles internos destinados a minimizar a probabilidade de que não sejam abertos processos administrativos destinados a apenar os comportamentos irregulares tipificados no art. 7º da Lei 10.520/2002 (peça 252, p. 61, § 303.3);

1075.2 recomende aos órgãos sob o seu controle de atuação administrativa e financeira, elencados no art. 128, incisos I e II da Constituição Federal, que criem, em seus âmbitos, os controles aludidos no subparágrafo 1075.1 (peça 252, p. 61, § 303.4);

1075.3 regulamente a vedação quanto à participação simultânea de empresas sócias ou com sócios em comum, em um mesmo item do certame, tendo em vista que essa situação afronta os princípios da competitividade, moralidade, igualdade e probidade administrativa insculpidos no art. 3º da Lei 8.666/1993 (parágrafo 1042).

1076. Recomendar ao Senado Federal (SF), à Câmara dos Deputados (CD) e ao Tribunal de Contas da União (TCU) que, em atenção ao art. 6º, inciso V, do Decreto-Lei 200/1967 (princípio do controle):

1076.1 criem controles internos destinados a minimizar a probabilidade de que não sejam abertos processos administrativos destinados a apenar os comportamentos irregulares tipificados no art. 7º da Lei 10.520/2002 (peça 252, p. 61, § 304.2);

1076.2 reiterem, para os setores responsáveis pela condução de licitações, o teor da orientação emitida por meio do item 9.8.1 do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário (peça 252, p. 61, § 304.3).

1077. Dar ciência da decisão que vier a ser proferida, acompanhada de cópia do acórdão e do relatório e voto que o fundamentaram:

1077.1 à Sra. Alvinia Costa Messias (CPF 691.169.381-00) e aos Srs. Laudemar Gonçalves de Aguiar Neto (CPF 627.606.027-53), Francisco de Oliveira Quércia (CPF 194.053.162-49), Valdelário Farias Cordeiro (CPF 342.953.302-30), Abdias da Silva Oliveira (CPF 331.615.501-53), Luiz Antonio de Souza Cordeiro (CPF 097.834.401-44), Natanael Luiz Zotelli Filho (CPF 085.046.476-50) e José Henrique Araujo dos Santos (CPF 905.206.707-44);

1077.2 às empresas Rei-Labor Comércio de Produtos para Laboratórios Ltda. (CNPJ 01.293.314/0001-92), Center Sponchiado Ltda. (CNPJ 04.418.934/0001-07), Kimicalbino

Comércio Atacadista de Material de Laboratório (CNPJ 05.054.633/0001-04), G P Mattara Suprimentos para Informática – ME (CNPJ 05.114.599/0001-08), Vetec Química Fina Ltda. (CNPJ 29.976.032/0001-09) e Sigma-Aldrich Brasil Ltda. (CNPJ 68.337.658/0001-27).

1078. Encaminhe à Controladoria-Geral da União (CGU), cópia acórdão e do relatório e voto que o fundamentaram, acompanhados da relação das cem empresas que mais tiveram propostas recusadas nos pregões (Anexo 1), a fim de que aquele órgão possa adotar as providências que julgar pertinentes (peça 252, p. 59, § 299.2).

1079. Encaminhar cópia do acórdão e do relatório e voto que o fundamentaram aos seguintes órgãos/entidades: Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI/MP), Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (Dest/MP), Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), Ministério da Defesa (MD), Senado Federal (SF), Câmara dos Deputados (CD), Tribunal de Contas da União (TCU), Advocacia-Geral da União (AGU), Ministério das Relações Exteriores (MRE), Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC), Fundação Universidade do Amazonas (Ufam) e 9º Batalhão de Engenharia de Combate (9º BEcmb).

1080. Após o trânsito em julgado do acórdão que vier a ser proferido, encaminhar cópia do acórdão e do relatório e voto que o fundamentaram ao Ministério Público Federal (MPF) e à Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), a título de representação, com fulcro no art. 71, inciso XI, da Constituição Federal, para as ações que julgar cabíveis dentro de suas esferas de competência.

1081. Apensar cópia deste relatório e do acórdão decorrente desta fiscalização, bem como do relatório e do voto que o fundamentem, ao Processo TC 11.643/2010-2, em face do monitoramento realizado nesta fiscalização, do cumprimento das deliberações constantes dos itens 9.2.1.1, 9.3.2.1, 9.3.2.2, 9.5.1.1, 9.7.1 e 9.8.1 do Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário, conforme consta da seção 4 do Relatório de Fiscalização (peça 252, p. 40-49).

1082. Arquivar os presentes autos.”

É o relatório.

VOTO

Trata-se de relatório de auditoria realizada pela Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação – Sefti na Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – SLTI/MP com o objetivo de aprofundar a investigação dos fatos relatados nos achados 3.2 e 3.3 do TC 011.643/2010-2, que originou o acórdão 1.793/2011 – Plenário. A auditoria foi autorizada pelo acórdão 1.273/2012 – Plenário.

2. O achado 3.2 apontou a ocorrência de “empresas com sócios em comum que apresentam propostas para o mesmo item de determinada licitação”, enquanto o 3.3 constatou a “existência de licitantes reiteradamente desclassificados por não atenderem aos editais ou não honrarem suas propostas”. Ambos os achados sinalizavam o descumprimento do art. 7º da Lei 10.520/2002:

“Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.”

3. O trabalho da unidade técnica envolveu o levantamento de propostas recusadas, desclassificadas, inabilitadas ou não adjudicadas, por meio do sistema Comprasnet, nos registros de mais de 500 mil pregões eletrônicos realizados entre 2009 e 2012.

4. A partir desse conjunto de dados, foram identificados os certames nos quais mais ocorreram casos em que o objeto não foi adjudicado à empresa detentora do menor lance, com vistas a averiguar se foram adotadas as medidas necessárias à aplicação das sanções legais previstas. Foram também identificadas as empresas com maior frequência na apresentação do menor lance, em pregões homologados, sem que os correspondentes objetos lhes tenham sido adjudicados, a fim de investigar os motivos dessa provável impropriedade.

5. Como resultado, foram apontados dois achados de auditoria: “não aplicação de penalidade a empresa que prejudica o processo licitatório” e “empresa que recorrentemente prejudica o processo licitatório”.

6. Após a realização de diligências aos órgãos e entidades onde se realizaram os certames selecionados, a unidade técnica propôs promover a audiência dos responsáveis por esses certames e a oitiva das empresas que poderiam estar comprometendo a normalidade dos procedimentos licitatórios, além de diversas determinações e recomendações à SLTI/MP e outras unidades com vistas a mitigar a ocorrência das irregularidades observadas.

7. Considerando que não havia, em relação às determinações sugeridas, cenário que indicasse necessidade de atuação imediata desta Corte de Contas, determinei à Sefti, por meio de despacho, que realizasse, preliminarmente, as audiências e oitivas propostas.

8. Foram ouvidos em audiência oito agentes públicos (pregoeiros e responsáveis pela homologação dos certames) envolvidos em pregões em que se observou elevado número de ocorrências tipificadas no art. 7º da Lei 10.520/2002 sem que tivesse havido a atuação de procedimento administrativo com vistas à aplicação das sanções previstas no aludido dispositivo legal.

9. Dentre os diversos argumentos trazidos aos autos para a omissão apontada, destaca-se a afirmação de que, na grande maioria das ocorrências verificadas, o que ocorreu foi desistência do licitante, não apresentação de documentos ou inabilitação, e aquelas sanções só seriam aplicáveis ao adjudicatário após homologação do certame.

10. A Sefti, em sua análise, contestou esse entendimento, por entender que cabe punição a todo licitante, em qualquer fase do certame, que incidir numa das condutas enumeradas no mencionado art. 7º. Ademais, não seria necessária a comprovação de dolo ou má-fé do concorrente, à exceção das hipóteses de fraude fiscal ou à execução do contrato. Bastaria ter havido conduta culposa.

11. Amparou sua conclusão na doutrina e no voto condutor do acórdão 1.280/2007 – Plenário, que assim dispôs:

“10. Consoante se verifica, o art. 7º da Lei do Pregão relaciona diferentes condutas que podem configurar infração por parte dos licitantes nas contratações realizadas nessa modalidade. Na realidade, o elenco refere-se não apenas a condutas praticadas na contratação, mas também no curso do certame e, até mesmo, durante a execução do contrato.

11. Entre essas condutas, a lei prevê a possibilidade de aplicação de sanção ao licitante que, convocado dentro do prazo de validade da proposta, deixar de celebrar o contrato respectivo. O substrato material dessa infração consiste na recusa do licitante em honrar sua proposta, que pode se configurar por meio de diferentes condutas do vencedor do certame que criem obstáculos à contratação. Assim, por exemplo, poderá ser apenado com fulcro nesse dispositivo legal tanto o adjudicatário que não comparece para formalizar a contratação no prazo devido quanto aquele que se vale de subterfúgios para impedir a celebração da avença dentro do prazo de validade de sua proposta.

(...)

17. Por outro lado, não me afigura que a melhor interpretação a ser conferida à norma contida no art. 7º da Lei do Pregão é aquela que vincula a referência à convocação do particular a todas as hipóteses ali descritas para a configuração da infração, conforme faz crer a representante. Consoante exposto anteriormente, o dispositivo em comento tem caráter abrangente, abarcando condutas relacionadas não apenas à contratação em si, mas também ao procedimento licitatório e à execução da avença. Além disso, é inquestionável que a prática de diversos atos ali consignados, a exemplo de ‘apresentar documentação falsa no certame’ ou ‘cometer fraude fiscal’, independem de convocação, dentro do prazo de vigência da proposta do particular, para a validade de sua reprovação.

18. Na realidade, a necessidade de convocação do adjudicatário dentro do prazo de validade da proposta prevista na norma deve ser restrita, a meu ver, exclusivamente, à primeira conduta ali tipificada, consubstanciada na recusa do licitante vencedor em assinar o contrato respectivo. Interpretação mais abrangente, como visto, poderia dificultar ou até mesmo inviabilizar a aplicação do disposto no art. 7º da Lei 10.520/2002 em sua inteireza, o que se revela contrário aos princípios de hermenêutica.” (grifos acrescidos)

12. A unidade técnica aduziu, ainda, estar seu entendimento já disseminado na Administração Pública e ilustrou essa conclusão por meio da transcrição de trecho do modelo de edital disponível no sítio eletrônico da Advocacia-Geral da União – AGU, que assim dispõe:

“17. - DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS.

17.1. Comete infração administrativa, nos termos da Lei nº 10.520, de 2002, o licitante/adjudicatário que:

17.1.1. não aceitar/retirar a nota de empenho, ou não assinar o termo de contrato, quando convocado dentro do prazo de validade da proposta;

17.1.2. apresentar documentação falsa;

17.1.3. deixar de entregar os documentos exigidos no certame;

17.1.4. ensejar o retardamento da execução do objeto;

17.1.5. não manter a proposta;

17.1.6. cometer fraude fiscal;

17.1.7. comportar-se de modo inidôneo;”

13. Conforme se pode aferir, a orientação da AGU está em consonância com a interpretação desta Corte de Contas.

14. Apontou ainda a Sefti o agravante de que a obrigação da instauração de processos administrativos com vistas à punição estabelecida no art. 7º foi amplamente divulgada por meio de

ofício aos subsecretários de Planejamento, Orçamento e Administração e por "Comunica", de 29/8/2011, a todas as unidades do Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais – Siasg, composto por órgãos da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional. O conteúdo da mensagem foi:

“Emissora: 200999 – DLSG/SIASG/DF

Assunto: Acórdão 1.793/2011-TCU-Plenário

Texto: Informamos que o Tribunal de Contas da União – TCU, por meio do acórdão acima mencionado, encaminhou relatório a esta Secretaria no qual determinou e recomendou várias iniciativas relacionadas a orientações de usuários e melhoria nos sistemas Siasg e Comprasnet, resultantes de auditoria realizada nesses sistemas.

2. No tocante a orientações a usuários dos sistemas, consta do Acórdão (subitens 9.2.1, 9.2.2, 9.2.8 e 9.3.5), determinação à SLTI/MP para orientar os gestores dos órgãos integrantes do Siasg:

a) a autuarem processos administrativos contra as empresas que praticarem atos ilegais previstos no art. 7º da Lei 10.520/2002, alertando-os de que a não autuação sem justificativa dos referidos processos poderá ensejar a aplicação de sanções, conforme previsão do art. 82 da Lei 8.666/1993, bem como representação por parte do Tribunal de Contas da União, com fulcro no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal c/c o art. 1º, inciso VIII, da Lei 8.443/1992;” (grifos acrescidos)

15. Não há dúvida de que assiste razão à unidade técnica. A interpretação de que as sanções previstas no art. 7º aplicam-se em qualquer fase do certame é a que melhor se coaduna com a jurisprudência deste Tribunal. Ademais, a leitura mais restritiva desse dispositivo não coibiria práticas perniciosas frequentemente observadas nos pregões eletrônicos, tais como a denominada “coelho”, assim descrita no relatório precedente:

“A ação dessas empresas consiste em apresentar proposta excessivamente baixa em um processo licitatório para que outras empresas desistam de competir, por acreditarem que o outro concorrente teria um preço que não lhes permitiriam prosseguir na disputa. Na sequência, uma empresa que esteja em conluio com o ‘coelho’ oferece o segundo melhor lance e, com a desclassificação intencional da primeira, acaba sendo contratada por um valor que possivelmente poderia ser superior àquele que seria obtido sem a influência do ‘coelho’”.

16. Mesmo a mera negligência da licitante, ao desistir da proposta oferecida ou não apresentar documentação a tempo, por exemplo, gera transtornos e atrasos à Administração Pública. Não há dano direto ao erário nesse comportamento, mas há prejuízo indireto do contratante por dispor de tempo e recursos humanos para novas convocações de licitantes.

17. Creio, no entanto, que existem atenuantes que recomendam a não aplicação de multa aos responsáveis, contrariamente ao que propôs a Sefti.

18. O primeiro ponto que deve ser considerado é a razoabilidade da interpretação da norma na forma defendida pelos pregoeiros: aplicação do dispositivo em comento apenas aos adjudicatários, após homologada a licitação.

19. Um dos agentes ouvidos em audiência, pregoeiro do 9º Batalhão de Engenharia de Combate, trouxe aos autos resposta a consulta sobre o tema feita pelo comandante daquela unidade militar à Consultoria Jurídica da União no Estado do Mato Grosso do Sul:

“Pelo exposto, a Advocacia-Geral da União, por intermédio de seu membro (Constituição Federal, art. 131 e Lei Complementar 73/1993, art. 11, VI), opina no sentido de que a norma do art. 7º da Lei 10.520/2002 tem como sujeito passivo ‘o adjudicatário, o licitante vencedor do certame’ (Mestre em Direito Administrativo Fabrício Motta, na obra Pregão Presencial e Eletrônico – Ed. Fórum, 1ª edição, 2007, p. 157, coordenada pelo festejado Mestre e Doutor Diogenes Gasparini) e no sentido de que não há previsão legal para instauração de processo objetivando a apuração de infrações, contra todos os licitantes inabilitados/desclassificados, em todos os pregões.”

20. Ficou evidenciada, portanto, a existência de interpretações destoantes quanto ao enquadramento das condutas de licitantes no art. 7º da Lei 10.520/2002. Ora, se persistem dúvidas até

mesmo no âmbito de uma unidade de consultoria jurídica da União, não se mostra razoável punir agentes públicos que se nortearem por leitura equivocada da lei.

21. Não por outro motivo, o volumoso levantamento de informações realizado neste processo mostrou que a omissão ora contestada não é postura rara na Administração Pública.

22. Ademais, observo que a orientação divulgada em decorrência do acórdão 1.793/2011 – Plenário é firme quanto à necessidade da instauração de processos administrativos quando detectada infringência ao dispositivo em comento, mas não esclarece que estão ali abarcadas condutas em todas as fases da licitação.

23. Em razão disso, considero que o cenário recomenda atuação desta Corte em sua vertente pedagógica, e não na punitiva, conforme propôs a unidade técnica. Deve o Tribunal, portanto, determinar à SLTI/MP e às unidades congêneres das demais esferas de governo que expeçam orientação às suas unidades vinculadas quanto à abrangência do art. 7º da Lei 10.520/2002.

24. Quanto à atuação das empresas, quatro delas foram ouvidas por terem reincidido em condutas tipificadas no aludido dispositivo legal, principalmente por:

- a) desistência do certame após apresentar a melhor proposta;
- b) não envio da documentação exigida;
- c) descumprimento das exigências de habilitação;
- d) não atendimento às especificações do edital; e
- e) proposta em desacordo com exigências do edital.

25. Em linhas gerais, argumentaram em sua defesa que não agiram com dolo ou má-fé; que o art. 7º da Lei 10.520/2002 só seria aplicável ao vencedor do certame; que não houve dano ao erário; que dificuldades operacionais às vezes impedem o envio tempestivo de documentos; e que o não atendimento a especificações se deve a interpretações equivocadas dos órgãos que licitam.

26. A Sefti enfrentou todos os argumentos aduzidos e concluiu ser adequada a declaração de inidoneidade de que trata o art. 46 da Lei 8.443/1992, em decorrência da repetitiva situação em que essas empresas apresentaram menores lances mas não firmaram o contrato.

27. A distinção entre a fundamentação legal para declaração de inidoneidade do art. 7º da Lei 10.520/2002 e a prevista no art. 46 da Lei 8.443/1992 foi tratada pela unidade técnica de forma assaz esclarecedora, conforme se observa nos seguintes trechos de sua instrução:

“56. Ressalte-se que a atuação deste Tribunal, com fulcro no art. 46 da Lei 8.443/1992, tem natureza distinta daquela decorrente do art. 7º da Lei 10.520/2002, de competência das unidades promotoras dos pregões (parágrafo 29).

57. Decorre daí que, enquanto a aplicação da sanção de impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, pela unidade gestora responsável pelo pregão, em face de irregularidade elencada no art. 7º da Lei 10.520/2002, requer tão somente a conduta culposa do licitante (parágrafos 28-36). Por sua vez, a declaração de inidoneidade do licitante para participar de licitação na Administração Pública Federal pelo TCU, com fulcro na sua Lei Orgânica, depende de comprovação de fraude à licitação.

...

64. Nos casos concretos tratados nesta fiscalização, o comportamento dos licitantes que tiveram as suas propostas rejeitadas em um número elevado de vezes, devido a condutas em princípio tipificadas como irregulares pelo art. 7º da Lei 10.520/2002, tiveram o fulcro de imprimir o primeiro dos elementos caracterizadores de fraude às licitações em que tais fatos ocorrerem, ou seja, o engano, o logro, a ilusão de terceiros.

...

83. Ante o exposto, deve ser considerado fraude à licitação o comportamento de licitante que, sem motivos escusáveis, incide repetidamente, ao longo do tempo, nos mesmos tipos de irregularidades tipificadas no art. 7º da Lei 10.520/2002. No caso, o elemento doloso configura-se pela repetição deliberada e consciente da conduta prejudicial aos certames e, portanto, ilícita, segundo preconiza a Lei do Pregão.”
28. A abordagem feita pela Sefti com relação a esse tópico não merece reparos. Não há dúvidas de que a aplicação da sanção de inidoneidade de que trata o art. 7º da Lei 10.520/2002 independe da comprovação de dolo ou má-fé por parte do licitante. Basta que se incorra, sem justificativa, numa das condutas ali consignadas para que seja aplicada a pena.
29. O mesmo não se dá quando da aplicação do art. 46 da Lei 8.443/1992:
“Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal”.
30. Neste, a comprovação da fraude é essencial, para o que se faz necessária a constatação de dolo ou má-fé.
31. No caso em exame, em razão da reincidência das empresas em não fazer valer suas propostas após apresentarem o menor preço, a unidade técnica entendeu estar caracterizada a fraude e propôs, por conseguinte, a declaração de inidoneidade de todas elas.
32. Observo que as justificativas trazidas contêm, sistematicamente, a alegação de que não houve dolo ou má-fé na atuação das empresas (itens 611, 665 e 780 da instrução transcrita no relatório que antecedeu este voto). Em todos os casos, argumentou a Sefti que essa não é uma condição necessária para o enquadramento da conduta nas hipóteses do art. 7º da Lei 10.520/2002. Em conclusão, rejeitou as justificativas e propôs a declaração de inidoneidade em função da reincidência das empresas nas irregularidades previstas naquele dispositivo.
33. Nesse ponto, creio que a unidade técnica está equivocada. Se há indícios de irregularidade em um conjunto de ocorrências e se não resta demonstrada a presença de dolo ou má-fé em nenhuma dessas ocorrências, não se pode concluir pela existência do dolo pela simples repetição do fato, ao menos num caso como o aqui tratado.
34. Diversas das ocorrências mencionadas no relatório precedente são, em uma análise preliminar, justificáveis. Cito o exemplo da G P Mattara Suprimentos de Informática – ME, que foi desclassificada por seu produto não atender exigência do edital. Alegou a empresa que o edital exigiu cartucho original para determinada marca de impressora, e o pregoeiro não aceitou cartucho que não fosse daquela marca. No seu entender, cartucho original é o que será usado pela primeira vez, não foi recarregado, remanufaturado ou reciclado, e seu produto atendia tal condição. Independentemente de ter ou não razão o interessado, é impossível negar que seu argumento é razoável e que não há evidência de má-fé em sua atitude.
35. Considero, portanto, que para a declaração de inidoneidade por parte deste Tribunal, com arrimo no art. 46 da Lei 8.443/1992, seria necessária a comprovação de fraude em pelo menos alguma das ocorrências de cada empresa.
36. Ressalto, ademais, que o levantamento da Sefti mostrou que a desistência da proposta feita por licitante é muitas vezes tolerada pelos pregoeiros, que não sinalizam com nenhuma apenação às empresas. Isso reforça o sentimento dos licitantes de que se trata de comportamento não condenável.
37. Há ainda outro aspecto que merece ser mencionado. A existência de fraude pressupõe a intenção de obter vantagens ilícitas para si ou para outrem. Na quase totalidade dos casos transcritos pela unidade técnica em sua instrução (itens 640 e 678 do relatório precedente), percebe-se que a

menor proposta, desclassificada, era inferior à que se sagrou vencedora por diferenças irrisórias. Assim foi descrito esse comportamento:

“c) nos casos em que a empresa formulou mais de um lance (casos 1, 2, 3, 4, 5, 9, 10, 14 e 15), os valores por ela ofertados foram se reduzindo de forma gradativa e compatível com os ofertados pelos concorrentes. Nesta situação, o último lance por ela ofertado não apresentou discrepância em relação à dinâmica dos valores apresentados anteriormente;

d) frequentemente, o último lance da empresa, que a colocou na condição de vencedora daquela sessão, foi menor do que o do concorrente que estava vencendo o item, por questão de centavos (casos 1, 3, 7, 8, 9, 10, 11, 13, 14 e 15).”

38. Ora, não se vislumbra, nesse procedimento, que o licitante tenha almejado algum ganho ilícito. Não resta configurada, portanto, a fraude.

39. Veja-se que não se está a afirmar aqui que a atuação dos licitantes questionada pela Sefti seja escusável. A simples incidência injustificada numa das condutas previstas no art. 7º da Lei 10.520/2002 permitiria ao órgão licitante, após o trâmite do devido processo administrativo, declarar a inidoneidade da empresa infratora, independentemente da comprovação da fraude. O mesmo não se dá, porém, para que a declaração por iniciativa do TCU.

40. Diferente é a situação das empresas Vetec Química Fina Ltda. e Sigma-Aldrich Brasil Ltda. A Sigma é proprietária de 100% do capital da Vetec, e a participação de ambas em algumas licitações mostra evidências inequívocas de que obtiveram vantagens ilícitas.

41. Além de um rol de pregões em que a menor proposta de ambas não foi mantida por diversos motivos – situação semelhante à das demais empresas ouvidas –, a Vetec foi instada a se manifestar sobre a seguinte constatação:

“b) no Pregão 22/2011, de 30/11/2011, promovido pelo Laboratório Nacional Agropecuário no Rio Grande do Sul (Uasg 130103; peça 216), no qual participou juntamente com a empresa Sigma-Aldrich Brasil Ltda., CNPJ 68.337.658/0001-27, sua controladora, nos itens 3, 4, 19, 20, 25, 26, 28, 44, 49, 51, 52, 61, 64, 81, 84, 85, 86, 95, 103, 106, 115 e 120, a qual teria se beneficiado das suas desclassificações, com a adjudicação dos objetos a preços maiores do que os ofertados nas suas propostas desclassificadas.”

42. De modo análogo, a oitiva da Sigma foi realizada nos seguintes termos:

“a) no pregão 22/2011, de 30/11/2011, promovido pelo Laboratório Nacional Agropecuário no Rio Grande do Sul (código Uasg: 130103), participou, juntamente com a empresa Vetec Química Fina Ltda., CNPJ 29.976.032/0001-09, sua controlada, nos itens 3, 4, 19, 20, 25, 26, 28, 44, 49, 51, 52, 61, 64, 81, 84, 85, 86, 95, 103, 106, 115 e 120, tendo se beneficiado da desclassificação da empresa controlada, com a adjudicação dos objetos a preços maiores do que os ofertados nas propostas recusadas do licitante desclassificado.”

43. A Vetec argumentou em sua defesa, em essência, que não havia sociedade à época da licitação, pois a operação em que a Sigma adquiriu 100% de suas cotas societárias só foi aprovada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade após o certame questionado. Acrescentou que a participação simultânea de sócios em licitações não evidenciaria conluio, pois nem a lei nem o edital o proibiam, e que não teria havido prejuízo à competitividade.

44. A Sigma também apresentou seus esclarecimentos, mas sem nenhum argumento relevante além dos já consignados pela Vetec.

45. Todas as alegações foram adequadamente refutadas na análise realizada pela Sefti e transcrita no relatório precedente e, nesse ponto, associo-me integralmente às ponderações e conclusões da unidade especializada, as quais incorporo às minhas razões de decidir.

46. A Sefti demonstrou que o Contrato de Compra e Venda de Quotas Sociais, por meio do qual a Sigma adquiriu a totalidade das quotas da Vetec, é considerado eficaz, nos termos do § 7º do art.

54 da Lei 8.884/1994, desde a data de sua celebração, o que se deu antes da licitação do Laboratório Nacional Agropecuário no Rio Grande do Sul – Lanagro/RS.

47. Restou demonstrado, ainda, que em diversos itens do pregão as empresas vinculadas obtiveram vantagem com a sistemática de lances adotada, assim descrita pela unidade técnica:

“917. Observando-se a representação gráfica da dinâmica das propostas e formulação de lances em 22 dos 41 itens em que controladora e controlada participaram juntas (peça 445), de acordo com os dados da ata do pregão sob comento (peça 216), nota-se a presença de um comportamento similar das sócias: enquanto a filial oferece um preço bem abaixo dos demais competidores, buscando sempre a primeira classificação, em um comportamento típico do ‘coelho’ nos moldes explicados anteriormente (parágrafos 67-69), os lances da *holding*, na maior parte das vezes, levam a crer que está satisfeita com a manutenção do segundo lugar.

918. Em onze itens (itens 3, 4, 25, 28, 44, 51, 52, 61, 86, 95 e 115), tal comportamento evidencia-se de forma cristalina. A controladora – Sigma – não manifestou intenção de ofertar lance mais baixo que o da sua filial – Vetec –, de modo que, ao encerramento da sessão de lances, a controladora terminou na segunda colocação e o defendente na primeira.

...

925. A suposta estratégia de lances só traria benefício à controladora se, ao final da disputa, a sua filial fosse desclassificada e ela (a controladora) fosse alçada à primeira posição, sagrando-se, assim, vencedora do certame. De fato, foi o que aconteceu, conforme se observa no terceiro indício, exposto a seguir.”

48. A fraude torna-se mais evidente quando se constata que as empresas sócias obtiveram vantagem com o artifício, em detrimento dos interesses da Administração Pública, eis que as diferenças de preços eram significativas, conforme exposto no relatório precedente:

“947. Ademais, a diferença entre os preços das propostas da Vetec, que foram desclassificadas, e os preços das propostas pelos quais os objetos foram adjudicados à Sigma, deixa claro que, se, para as sócias, a proposta vencedora foi a de maior preço dentre as duas, para a Administração, o preço dessa proposta vencedora não foi o mais vantajoso. Em alguns casos, essa diferença ultrapassa 300%, como, por exemplo, nos itens 51 (781%; peça 445, p. 10) e 52 (753%; peça 445, p. 11).”

49. Aquiesço, portanto, à proposta da Sefti de declarar a inidoneidade das empresas Vetec Química Fina Ltda. e Sigma-Aldrich Brasil Ltda.

50. Por fim, no que concerne às diversas medidas preventivas sugeridas pela unidade técnica para que sejam objeto de determinações e recomendações, com o fito de coibir as ocorrências aqui tratadas ou promover aprimoramentos no Comprasnet, acolho-as no essencial.

51. Destaco apenas que a instauração de procedimento administrativo para aplicação das sanções previstas no art. 7º da Lei 10.520/2002 não se deve dar automaticamente, ou seja, todas as vezes em que ocorrer uma das condutas ali previstas. Tal prática poderia comprometer seriamente a atuação administrativa das unidades jurisdicionadas, em razão do provável grande volume de processos a gerir.

52. Considero apropriado, portanto, orientar as unidades para que instaurem tais procedimentos sempre que as licitantes incorrerem injustificadamente nas práticas previstas na aludida norma. Será evitada, assim, a autuação de processos nos casos em que, desde o início, já é conhecida pela Administração justificativa plausível para o suposto comportamento condenável.

53. Além disso, deixo de acolher, por falta de fundamento legal, a proposta de recomendação aos órgãos governantes superiores – OGS para que regulamentem a vedação quanto à participação simultânea de empresas sócias, ou com sócios em comum, em um mesmo item do certame. As eventuais constatações nesse sentido devem ser analisadas à luz dos princípios da moralidade, da competitividade e da isonomia.



Ante o exposto, acolho em parte a proposta formulada pela unidade técnica e VOTO por que o Tribunal adote o acórdão que submeto à deliberação do colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 8 de abril de 2015.

ANA ARRAES
Relatora

ACÓRDÃO Nº 754/2015 – TCU – Plenário

1. Processo TC 015.239/2012-8.
2. Grupo II – Classe V – Relatório de Auditoria.
3. Interessado: Tribunal de Contas da União.
 - 3.1. Responsáveis: Abdias da Silva Oliveira (CPF 331.615.501-53), Alvina Costa Messias (CPF 691.169.381-00), Center Sponchiado Ltda. (CNPJ 04.418.934/0001-07), Francisco de Oliveira Quércia (CPF 194.053.162-49), G P Mattara Suprimentos Para Informática - ME (CNPJ 05.114.599/0001-08), José Henrique Araujo dos Santos (CPF 905.206.707-44), Kimicalbino Comércio Atacadista de Material de Laboratório Ltda. (CNPJ 05.054.633/0001-04), Laudemar Gonçalves de Aguiar Neto (CPF 627.606.027-53), Luiz Antonio de Souza Cordeiro (CPF 097.834.401-44), Natanael Luiz Zotelli Filho (CPF 085.046.476-50), Rei-Labor Comércio de Produtos para Laboratórios Ltda. (CNPJ 01.293.314/0001-92), Sigma-Aldrich Brasil Ltda. (CNPJ 68.337.658/0001-27), Valdelário Farias Cordeiro (CPF 342.953.302-30) e Vetec Química Fina Ltda. (CNPJ 29.976.032/0001-09).
4. Unidade: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.
5. Relatora: ministra Ana Arraes.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação – Sefti.
8. Advogados: Tiago Adão Ticoulat Parassú Borges (OAB/SP 305.391), Glauco Lubacheski de Aguiar (OAB/MS 9.129), Diogo Dias (OAB/SP 167.335), Cloris De Fatima Campestrini (OAB/PR 28.734), Carlos Alberto de Assis Santos (OAB/SP 85.811) e outros.

9. Acórdão:

VISTA, relatada e discutida esta auditoria realizada na Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – SLTI/MP com o objetivo de aprofundar a investigação dos fatos relatados nos achados 3.2 e 3.3 do TC 011.643/2010-2, que originou o acórdão 1.793/2011 – Plenário.

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pela relatora e com fundamento nos arts. 43 e 46 da Lei 8.443/1992, c/c os arts. 250, inciso II, e 271 do Regimento Interno, em:

9.1. acolher as justificativas de Natanael Luiz Zotelli Filho, Alvina Costa Messias, Francisco de Oliveira Quércia, Abdias da Silva Oliveira, Laudemar Gonçalves de Aguiar Neto, Valdelário Farias Cordeiro, Luiz Antonio de Souza Cordeiro e José Henrique Araujo dos Santos;

9.2. acatar as justificativas apresentadas pelas empresas Rei-Labor Comércio de Produtos para Laboratórios Ltda., Center Sponchiado Ltda., Kimicalbino Comércio Atacadista de Material de Laboratório e G P Mattara Suprimentos para Informática – ME;

9.3. acatar parcialmente as justificativas apresentadas pelas empresas Vetec Química Fina Ltda. e Sigma-Aldrich Brasil Ltda.;

9.4. rejeitar as justificativas apresentadas pelas empresas Vetec Química Fina Ltda. (CNPJ 29.976.032/0001-09) e Sigma-Aldrich Brasil Ltda. (CNPJ 68.337.658/0001-27) quanto à fraude cometida no pregão 22/2011, promovido pelo Laboratório Nacional Agropecuário no Rio Grande do Sul, e declarar a inidoneidade de ambas para participar, por dois anos, de licitação da Administração Pública Federal;

9.5. determinar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, ao Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais, ao Conselho Nacional de Justiça, ao Conselho Nacional do Ministério Público, ao Senado Federal, à Câmara dos Deputados e ao Tribunal de Contas da União que:

9.5.1. orientem os gestores das áreas responsáveis por conduzir licitações, inclusive os dos órgãos sob seu controle de atuação administrativa e financeira, para que autuem processo

administrativo com vistas à apenação das empresas que praticarem, injustificadamente, ato ilegal tipificado no art. 7º da Lei 10.520/2002 e alertem-nos de que tal dispositivo tem caráter abrangente e abarca condutas relacionadas não apenas à contratação em si, mas também ao procedimento licitatório e à execução da avença;

9.5.2. divulguem que estão sujeitos a sanções os responsáveis por licitações que não observarem a orientação do item 9.5.1 deste acórdão;

9.5.3. informem a este Tribunal, no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência deste acórdão, as providências adotadas para cumprimento das determinações contidas nos itens 9.5.1 e 9.5.2;

9.6. recomendar à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (SLTI/MP) que:

9.6.1. crie, no sistema Comprasnet, **flag** e campos destinados a controlar a abertura de processos administrativos contra empresas que incorrem nos comportamentos tipificados no art. 7º da Lei 10.520/2002, como, por exemplo, o número do processo, seu resultado e, eventualmente, a razão da não abertura de processo;

9.6.2. efetue o tabelamento, no sistema Comprasnet, dos motivos mais frequentes de não adjudicação, como recusa, desistência, desclassificação e inabilitação, com vistas a padronizar a entrada desse tipo de informação;

9.6.3. avalie a pertinência de intervir na funcionalidade do sistema Comprasnet, de forma a não permitir, após o encerramento da fase de lances, inclusão de registro do tipo “recusa da proposta”, referente a desclassificação de proposta realizada com fulcro no art. 22, § 2º, do Decreto 5.450/2005;

9.6.4. avalie a viabilidade de dotar o sistema Comunica de maior perenidade para as mensagens cujo teor seja considerado de conhecimento obrigatório e vincular sua exclusão ao registro formal de ciência por parte do destinatário;

9.7. dar ciência deste acórdão, acompanhado de cópia do relatório e do voto que o fundamentaram, a Alvina Costa Messias, Laudemar Gonçalves de Aguiar Neto, Francisco de Oliveira Quércia, Valdelário Farias Cordeiro, Abdias da Silva Oliveira, Luiz Antonio de Souza Cordeiro, Natanael Luiz Zotelli Filho, José Henrique Araujo dos Santos e às empresas Rei-Labor Comércio de Produtos para Laboratórios Ltda., Center Sponchiado Ltda., Kimicalbino Comércio Atacadista de Material de Laboratório, G P Mattara Suprimentos para Informática – ME, Vetec Química Fina Ltda. e Sigma-Aldrich Brasil Ltda.;

9.8. encaminhar cópia deste acórdão, acompanhado de cópia do relatório e do voto que o fundamentaram, à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, ao Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais, ao Conselho Nacional de Justiça, ao Conselho Nacional do Ministério Público, ao Senado Federal, à Câmara dos Deputados, ao Tribunal de Contas da União, à Advocacia-Geral da União, ao Ministério das Relações Exteriores, ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, à Fundação Universidade do Amazonas e ao 9º Batalhão de Engenharia de Combate do Exército;

9.9. apensar cópia deste acórdão, bem como do relatório e do voto que o fundamentaram, ao TC 011.643/2010-2, em face do monitoramento realizado nestes autos do cumprimento das deliberações constantes dos itens 9.2.1.1, 9.3.2.1, 9.3.2.2, 9.5.1.1, 9.7.1 e 9.8.1 do acórdão 1.793/2011 – Plenário;

9.10. arquivar os autos.

10. Ata nº 12/2015 – Plenário.

11. Data da Sessão: 8/4/2015 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-0754-12/15-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (na Presidência), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, José Múcio Monteiro, Ana Arraes (Relatora) e Bruno Dantas.

13.2. Ministros-Substitutos presentes: Augusto Sherman Cavalcanti, Marcos Bemquerer Costa e Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)

RAIMUNDO CARREIRO

Vice-Presidente, no exercício da Presidência

(Assinado Eletronicamente)

ANA ARRAES

Relatora

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)

PAULO SOARES BUGARIN

Procurador-Geral