



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO À CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO
COORDENAÇÃO-GERAL DE CONTROLE, OUVIDORIA E INTEGRIDADE PRIVADA

PARECER n. 00027/2024/CONJUR-CGU/CGU/AGU

NUP: 00190.106915/2021-71

INTERESSADOS: INCA TECNOLOGIA DE PRODUTOS E SERVIÇOS LTDA.

ASSUNTOS: PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO EM PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO DE EMPRESA (PAR)

EMENTA: 1. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO EM PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO – PAR JULGADO.

2. PRÁTICA DE FRAUDES EM PROCEDIMENTO DE DISPENSA DE LICITAÇÃO REALIZADO PELO MINISTÉRIO DA SAÚDE PARA AQUISIÇÃO DE INSUMOS HOSPITALARES (AVENTAIS) EM VIRTUDE DA PANDEMIA DA COVID-19. DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO COM INFORMAÇÕES FALSAS. CONDUTAS TIPIFICADAS NO ART. 5º, IV, ALÍNEA “D”, DA LEI Nº 12.846, DE 2013 E NO ART. 88, III, DA LEI Nº 8.666, DE 1993.

3. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO Nº 264 QUE APLICOU, À EMPRESA INDICIADA, AS PENALIDADES DE DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR OU CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, NOS TERMOS DO ART. 87, INC. IV C/C ART. 88, INCISO III, DA LEI Nº 8.666, DE 1993, DE MULTA E DE PUBLICAÇÃO EXTRAORDINÁRIA DA DECISÃO ADMINISTRATIVA SANCIONADORA.

4. PETIÇÃO INTERVENIENTE DA RECORRENTE ALEGANDO FATOS NOVOS. ACÓRDÃO Nº 315/2024-TCU- PLENÁRIO QUE PROVEU O PEDIDO DE REEXAME DA RECORRENTE PARA AFASTAR A INIDONEIDADE APLICADA OUTRORA PELO TCU. RELATÓRIO DA POLÍCIA FEDERAL SUGERINDO O ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL POR IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DA PERÍCIA TÉCNICA SOBRE OS DOCUMENTOS OBJETOS DA APURAÇÃO.

5. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS. DECISÃO DO TCU NÃO VINCULA A APECIAÇÃO PELA CGU. AUSÊNCIA DE FATO NOVO OU QUESTÃO JURÍDICA, PRELIMINAR E DE MÉRITO QUE JUSTIFIQUE A RECONSIDERAÇÃO.

6. PELO CONHECIMENTO E NÃO PROVIMENTO DO PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO.

Senhor Consultor Jurídico,

I - RELATÓRIO

1. Trata-se de **pedido de reconsideração** interposto pela pessoa jurídica INCA TECNOLOGIA DE PRODUTOS E SERVIÇOS LTDA. (anteriormente EIRELI), doravante INCA ou recorrente, de CNPJ nº 14.239.192/0001-06, em face da **Decisão 264** (SUPER [2900723](#) - sequencial 32), por meio da qual o Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União decidiu aplicar as penalidades abaixo descritas em virtude da prática dos ilícitos apurados no âmbito do Processo Administrativo de Responsabilização nº **00190.106915/2021-71**, instaurado pela Controladoria-Geral da União, por intermédio da Portaria CRG/CGU nº 1901, de 10/08/2021, publicada no DOU nº 153, de 13/08/2021 (SUPER nº [2063232](#); sequencial 21 - pg. 4 do pdf):

a) pena de multa no valor de R\$ 1.367.572,95 (um milhão, trezentos e sessenta e sete mil, quinhentos e setenta e dois reais e noventa e cinco centavos), com fulcro no artigo 6º, inciso I, da Lei nº. 12.846, de 2013 e nos artigos 20, 22 e 23 do Decreto nº. 11.129, de 2023;

b) pena de publicação extraordinária da Decisão Administrativa Sancionadora, com fulcro no artigo 6º, inciso II, da Lei nº. 12.846, de 2013, no artigo 19, inciso II e no artigo 28 do Decreto nº. 11.129, de 2023, do seguinte modo:

b.1) em meio de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional;

b.2) em edital afixado no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, em localidade que permita a visibilidade pelo público, pelo prazo de 75 dias; e

b.3) em seu sítio eletrônico, pelo prazo de 75 dias e em destaque na página principal do referido sítio;

c) pena de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, nos termos do art. 87, inc. IV c/c art. 88, inciso III, da Lei nº. 8.666, de 1993, devendo a empresa ficar impossibilitada de licitar ou contratar até que passe por processo de reabilitação, no qual deve comprovar cumulativamente o escoamento do prazo mínimo de 2 anos sem licitar e contratar com a administração pública contados da data da aplicação da pena, o ressarcimento dos prejuízos causados ao erário (caso exista) e a superação dos motivos determinantes da punição;

2. A processada apresentou Pedido de Reconsideração (SUPER [2885347](#); sequencial 35 - pgs. 1 a 14 do pdf), pedindo, em síntese, o seguinte:

a) o provimento deste pedido de reconsideração para reformar a decisão recorrida e afastar qualquer

condenação;

c) Subsidiariamente, pugna a exclusão do

(i) o fator agravante “Valor dos contratos mantidos ou pretendidos” (art. 22, VI, do Decreto nº 11.129/2022) para fins de cálculo da multa e/ou

(iii) a pena de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública.

3. Os autos foram remetidos a Secretaria de Integridade Privada (SIPRI) para manifestação prévia, a fim de subsidiar a decisão do Ministro de Estado da CGU.

4. Por meio da NOTA TÉCNICA Nº 3911/2023/CGIPAV-ACESSO RESTRITO/DIREP/SIPRI (SUPER [3055864](#); sequencial 35 - pgs. 18 a 27 do pdf), aprovada pelo Despacho CGIPAV (SUPER [3069786](#); sequencial 35 - pg. 28 do pdf), pelo DESPACHO DIREP (SUPER [3081693](#); sequencial 35 - pg. 29 do pdf) e pelo DESPACHO SIPRI (SUPER 3081699; sequencial 35 - pg. 30 do pdf), a Secretaria de Integridade Privada - SIPRI (órgão técnico desta CGU), em síntese, recomendou o conhecimento do pedido de reconsideração pleiteado por INCA TECNOLOGIA DE PRODUTOS E SERVIÇOS EIRELI, CNPJ nº 14.239.192/0001-06 e, no mérito, sugeriu seu indeferimento.

5. Vieram os autos a esta CONJUR, para manifestação prévia à decisão do Sr. Ministro de Estado da CGU, nos termos dos normativos vigentes.

6. É o relatório.

II - DA FUNDAMENTAÇÃO

II.a) DOS ASPECTOS FORMAIS

II.a.1) Tempestividade

7. Quanto ao aspecto temporal, o artigo 15 do Decreto nº 11.129/2022 dispõe que o prazo para oposição de pedido de reconsideração é de 10 (dez) dias, contados da data de publicação de decisão sancionadora.

8. A Decisão nº 264 foi publicada no DOU de 11/08/2023, sexta-feira (SUPER [2900723](#) ; sequencial 32 - pg. 2 do pdf). O início da contagem, por conseguinte, inicia-se na segunda-feira (que seja dia com expediente administrativo), para as publicações ocorridas às sextas-feiras, conforme aplicação do art. 66 da Lei nº 9.784/99.

9. Portanto, o prazo recursal teve sua contagem iniciada em 14/08/2023, conforme atestado em e-mail da COPAR (SUPER [2915524](#) ; sequencial 34 - pg. 9 do pdf).

10. Considerando que o pedido de reconsideração foi protocolado em 23/08/2023 (SUPER [2928303](#) ; sequencial 30 - pg. 30 do pdf), conclui-se pela sua **tempestividade**.

II.a.2) Legitimidade

11. Quanto ao aspecto subjetivo, embora o Decreto nº 11.129/2022 não arrole os legitimados, é evidente que o pedido de reconsideração pode ser interposto por aquele a quem a decisão foi prejudicial, consoante o previsto no art. 9º, II da Lei 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal).

12. Legítima, portanto, a sociedade condenada para o recurso.

II.a.3) Representação

13. No caso, o pedido de reconsideração foi oposto pela pessoa jurídica condenada, por meio de petição subscrita pelo advogado WALTER JOSÉ FAIAD DE MOURA, inscrito na OAB/DF sob o nº 17.390, com poderes concedidos por Procuração (SUPER [2768298](#) ; sequencial 28 - pg. 28 do pdf). Portanto, não há vício de legitimidade.

II.a.4) Prescrição

15. A matéria foi tratada na item "c" da Fundamentação constante do Parecer n. 00239/2023/CONJUR-CGU/CGU/AGU (SEI [2900720](#) ; sequencial 29), aprovado pelo DESPACHO n. 00280/2023/CONJUR-CGU/CGU/AGU e pelo DESPACHO DE APROVAÇÃO n. 00208/2023/CONJUR-CGU/CGU/AGU, desta Consultoria Jurídica, onde ficou demonstrado que considerando que **o PAR foi instaurado em 13/08/2021** (e os ilícitos foram praticados em em 26/03/2020 e 07/05/2020, portanto, também dentro do limite do prazo prescricional), **a data limite para a aplicação da sanção recomendada é 13/08/2026**.

16. Portanto, o presente PAR foi instaurado dentro do prazo para a aplicação das penalidades propostas, e encontra-se dentro do prazo para julgamento.

17. Superadas as preliminares, passamos ao exame do mérito.

II.b) DO MÉRITO

18. Em suma a tese defensiva alega supostos vícios da motivação adotados pela autoridade julgadora para justificar as sanções aplicadas ao Recorrente, tornando nulo o ato. Vejamos cada um dos argumentos apresentados no pedido de reconsideração.

II.b.1) Da alegada impossibilidade de considerar a apresentação de catálogo como um fundamento idôneo para fins de condenação.

19. A empresa INCA lançou em sua proposta de venda de aventais por novecentos milhões de reais ao Ministério da Saúde, em tempos de pandemia, que os aventais seriam fabricados por uma fabricante inverídica, pois a própria INCA revelou que a real fabricante seria a empresa chinesa Shandong Digital Human Technology. E que "RUAH" seria o nome escolhido pela nova fabricante para o lançamento daqueles aventais que ora estavam sendo licitados. Ou seja, revelou que RUAH foi um nome escolhido para designar a fabricante que seria criada a partir da parceria com a empresa chinesa. Em outras palavras, até então a fabricante RUAH não existia no mundo dos fatos, tampouco no mundo jurídico, à época da apresentação da proposta comercial, o que por si, caracteriza o ilícito de fraude à licitação, em especial considerando que o próprio instrumento convocatório da dispensa exigia que a atividade econômica exercida pela participante fosse compatível com o objeto que estava sendo contratado. Além de não ser compatível com a fabricação de EPIs, a recorrente iria passar a "fabricar" EPIs hospitalares a partir daquela contratação com o Ministério da Saúde, mediante a "parceria" firmada com a chinesa DIGIHUMAN, que igualmente nunca produziu EPIs na sua vida comercial, sendo uma empresa cujo objeto é voltado para tecnologia.

20. Assim, a **materialidade** e **autoria delitiva** restaram evidenciados, na medida em que não há dúvidas de que a recorrente, por meio de seu representante, realizou proposta comercial fraudulenta, contendo informações falsas com intuito de enganar a Administração acerca da sua *expertise* e com isso habilitar-se na contratação; e ainda complementou as informações falsas com novos documentos inverídicos.

21. A despeito disso, sustenta a empresa que a apresentação de um "*catálogo de produtos*" que seriam supostamente produzidos por outra pessoa jurídica não é fundamento hábil para condená-la em penas *tão severas*. Isto porque o Termo de Dispensa de Licitação nº 56/2020-MS (SUPER 2059334; sequencial 1 - pgs. 63 a 74 do pdf) não exigia a apresentação de catálogo, mas só a proposta comercial, conforme art. 4º-E, § 1º, I a VI, da Lei nº 13.979/2020. As imagens do catálogo foram, segundo a recorrente, só ilustrativas e incluídas para fins referenciais.

22. Assim, a posição da CPAR de fundamentar que "*o fato de o catálogo de produtos não ter sido exigido no Termo de Referência não retira a importância do documento para a análise da Administração*", seria teratológico, na medida em que não sendo exigido no certame – e, portanto, não podendo ser utilizado pelo Ministério da Saúde para declarar a vitória do Recorrente – não poderia influenciar na decisão da compra pela Administração Pública. Afirma ainda que a apresentação de foto ilustrativa de produto seria um ato de boa-fé da empresa.

23. O argumento supra já foi levantado em sede de defesa escrita, sendo devidamente analisado e rechaçado pela Comissão Processante no Relatório Final (SUPER [2613727](#); Sequencial 27 - pgs. 36 a 54) no tópico "*Argumento 4 - Quanto ao apontamento de o catálogo de produtos da INCA ter sido elaborado a partir de imagens de empresa HENAN MECARE TRADING CO., LTD, a defesa argumenta (2408551, p. 23-24, e 2408561, p.23 -24)*", parágrafos 65 a 82 do referido Relatório Final.

24. Verifica-se, portanto, que não há nenhum fato ou circunstância nova capaz de desconstituir a apreciação da autoridade julgadora que culminou com a aplicação das sanções à recorrente. Tampouco foram trazidos argumentos novos aptos a desconstituir a fundamentação contida no Relatório Final (SUPER [2613727](#); sequencial 27 - pgs. 36 a 54) que embasaram a decisão da autoridade julgadora.

25. **Na realidade, o que se percebe é que a recorrente tenta convencer a autoridade julgadora de que a decisão sancionadora é inválida ao procurar simplificar a condenação que lhe foi imputada à insuficiência de um ou outro elemento de prova isolado constante dos autos ou, ainda, desconectando-os de uns dos outros, abstraindo, inclusive, o contexto no qual o ato ilícito foi praticado e a soma dos fatos, esta sim, que levou à condenação.**

26. Apesar de a matéria já ter sido exaustivamente debatida, em prestígio ao princípio da ampla defesa e do contraditório, reexamina-se o mérito a seguir.

27. Vejamos o que o instrumento convocatório do procedimento licitatório (Termo de Dispensa de Licitação - SUPER 2059334; sequencial 1 - pgs. 63 a 74 do pdf) exigiu:

3. DA PROPOSTA

3. A proposta comercial deverá ser enviada em papel timbrado, com as folhas numeradas sequencialmente, assinada pelo representante da empresa, via endereço eletrônico [REDACTED] e [REDACTED], até as 23:59 do dia 26/03/2020.

3. A proposta comercial deverá conter as seguintes informações:

1. Razão Social e CNPJ;

2. Quando se tratar de empresa estrangeira, deverá ser indicado a Razão da representante nacional e Razão Social da empresa estrangeira;

3. Especificação do produto constando: fabricante, número do registro junto a ANVISA; unidade de fornecimento e fator de embalagem;

4. Quantitativo em conformidade com quadro acima, podendo, caso necessário, haver adequação ao fator de embalagem para maior.

5. Prazo de validade do produto informado no registro junto a ANVISA;

6. Preço unitário, conforme unidade de fornecimento, com até duas casas decimais após a vírgula, em moeda nacional;

7. Preço Total, com até duas casas decimais após a vírgula, em moeda nacional;

8. Dados bancários para pagamento;

9. Pagamento postecipado;

10. O preço ofertado, quando se tratar de entrega centralizada no Centro de Distribuição do Ministério da Saúde, no município de Guarulhos, deverá incluir fretes, seguro e demais despesas, diretas ou indiretas, necessárias ao cumprimento integral do objeto (fornecimento dos produtos).

11. O preço ofertado poderá contemplar a retirada do insumo diretamente no local de fabricação, situação na qual não incidirão custos logísticos sobre o valor ofertado.

12. Serão aceitas cotações parciais.

13. Em caso de empate, as empresas serão notificadas por meio eletrônico para apresentação de nova proposta em um prazo de até 2 horas. Na ausência de resposta ou permanecendo o empate, a empresa que tiver apresentado proposta de forma mais célere, será considerada a vencedora

(...)

6. DAS DOCUMENTAÇÕES

6. Poderão participar deste processo de aquisição interessados cujo ramo de atividade seja compatível com os objetos desta compra, e que estejam com Credenciamento regular no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF, conforme disposto no art. 9º da IN SEGES/MP nº 3, de 2018.

6. Como condição prévia ao exame da documentação de habilitação da empresa detentora da proposta classificada em primeiro lugar, será verificado a existência de sanção que impeça a participação, mediante a consulta aos seguintes cadastros:

a. SICAF;

b. Consulta Consolidada de Pessoa Jurídica do Tribunal de Contas da União (<https://certidoesapf.apps.tcu.gov.br/>)

6. Não será aceita documentação vencida e nem protocolos, salvo os protocolos de pedido de revalidação dos documentos constantes da documentação técnica;

6. As documentações deverão estar legíveis e identificadas, com as informações realçadas, sombreadas (principalmente as publicadas no diário oficial) e separadas respeitando, necessariamente, a ordem da relação abaixo;

6. Não será necessária a apresentação da documentação por meio físico.

(...)

9. DAS OBRIGAÇÕES DA CONTRATADA

9. A Contratada deve cumprir todas as obrigações constantes no Termo de Referência, seus anexos e sua proposta, assumindo como exclusivamente seus os riscos e as despesas decorrentes da boa e perfeita execução do objeto e, ainda;

9. Efetuar a entrega do objeto em perfeitas condições, conforme especificações, prazo e local constantes na Proposta, no Termo de Referência e seus anexos, acompanhado da respectiva nota fiscal, na qual constarão as indicações referentes: à marca, ao fabricante, ao modelo, à procedência e ao prazo de garantia ou validade :

(grifos acrescidos)

28. Do acima transcrito, percebe-se que a indicação do fabricante era **informação OBRIGATÓRIA da proposta comercial a ser apresentada!!!!** Razão pela qual a informação sobre o fabricante na proposta comercial apresentada NUNCA poderia ser objeto de uma "criação" da licitante/recorrente.

29. Preliminarmente, esclareça-se que o ilícito praticado foi a declaração falsa do nome do fabricante ("RUAH") na proposta comercial, mesmo estando o instrumento convocatório exigindo a indicação do fabricante do objeto licitado. A recorrente intencionalmente emitiu uma proposta comercial indicando como fabricante a "RUAH", que não existia concretamente, sob o pretexto de que caracteriza exercício de seu direito constitucionalmente garantido pelo princípio da livre-iniciativa (art. 170, IV, da Constituição Federal).

30. Cumpre destacar que na proposta comercial da INCA o nome "RUAH" constou não apenas como marca, mas também como fabricante dos aventais cirúrgicos. Quanto à marca, a própria recorrente afirmou que **o nome RUAH não havia sido registrado, tratando-se de intenção de o fabricante chinês incluir o nome nos produtos a serem fornecidos**. Quanto ao fabricante, ainda mais evidente está a incorreção da informação, pois **a própria recorrente afirmou que o fabricante seria a SHANDONG DIGITAL HUMAN TECHNOLOGY CO INC - DIGIHUMAN**.

31. O fato de ter indicado, em proposta de tamanha seriedade e vulto (o contrato tinha um valor estimado de R\$ 912.000.000,00), marca e fabricante inexistentes, **milita como mais um fator** a demonstrar a intenção da indiciada em persuadir a Administração de sua capacidade de honrar o contrato a partir da construção de uma imagem que não correspondia à realidade.

32. É relevante ainda esclarecer que a alegação de que a recorrente teria condições de fornecer os produtos independentemente do objeto comercial explorado, amparada no seu direito constitucional à livre iniciativa, não encontra guarida nos autos.

33. Dois são os principais motivos. De um lado, essa constatação não seria suficiente para descaracterizar os ilícitos **já que a simples declaração falsa é suficiente para concretização da conduta infracional, nos termos da LAC**.

34. Com efeito, a recorrente conhecia o instrumento convocatório. E de livre e espontânea vontade emitiu uma proposta comercial com uma declaração falsa de que o produto que ela estava oferecendo era fabricado pela "RUAH". **A própria recorrente assume como informação falsa quando afirma que "o Departamento de Logística do Ministério da Saúde tinha ciência de que o fabricante de aventais do Recorrente era a Shandong Digital Human Technology Co. Inc. – Digihuman, tendo sido esta quem**

sugeriu o uso do termo "RUAH" para a designação do seu produto."

35. De outro lado, o Tribunal de Contas da União (TCU) já sedimentou que nas dispensas de licitação fundadas no art. 4º da Lei nº 13.979/2020 é **irregular a contratação de empresa para realização de fornecimento estranho e incompatível com o seu objeto social**, por afronta aos arts. 26, parágrafo único, inciso II, 28, inciso III, e 29, inciso II, todos da Lei 8.666/1993 (boletim de jurisprudência 367/2021, extraído do Acórdão nº 1760 1760/2021-TCU-Plenário).

36. Restou demonstrado nos autos que o objeto social da empresa não suportaria o objeto contratual já que a pessoa jurídica ré foi constituída para a **execução de serviços educacionais e assemelhados**:

Cnpj Formatado: 14.239.192/0001-06 (Matriz)
Razao Social: INCA TECNOLOGIA DE PRODUTOS E SERVICOS
LTDA 
Nome Fantasia: INCA TECNOLOGIA 
Natureza Juridica: 2062-Sociedade Empresária Limitada
CNAE Principal: 4647802-Comércio atacadista de livros, jornais e outras publicações
CNAE Secundaria: 4756300 - Comércio varejista especializado de instrumentos musicais e acessórios; 4761003 - Comércio varejista de artigos de papelaria; 5811500 - Edição de livros; 8550302 - Atividades de apoio à educação, exceto caixas escolares; 6319400 - Portais, provedores de conteúdo e outros serviços de informação na internet; 8230001 - Serviços de organização de feiras, congressos, exposições e festas; 4763601 - Comércio varejista de brinquedos e artigos recreativos; 4757100 - Comércio varejista especializado de peças e acessórios para aparelhos eletroeletrônicos para uso doméstico, exceto informática e comunicação; 8541400 - Educação profissional de nível técnico; 8542200 - Educação profissional de nível tecnológico; 4761001 - Comércio varejista de livros; 4763602 - Comércio varejista de artigos esportivos; 5819100 - Edição de cadastros, listas e outros produtos gráficos; 8599604 - Treinamento em desenvolvimento profissional e gerencial
Abertura: 24/08/2011
Situação: ATIVA (24/08/2011)
Porte: Demais
Capital Social: R\$ 5.200.000,00

37. Neste ponto específico, vale transcrever que a exigência de que a atividade empresarial da proponente fosse compatível com o objeto do certame estava expressamente prevista no instrumento convocatório. Vejamos: "**6. Poderão participar deste processo de aquisição interessados cujo ramo de atividade seja compatível com os objetos desta compra, e que estejam com Credenciamento regular no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF, conforme disposto no art. 9º da IN SEGES/MP nº 3, de 2018.(...)**"

38. Ademais, especialmente no que diz respeito às exigências relativas ao fabricante, cumpre salientar que **a contratação pública guarda peculiaridades em relação a forma de contratação privada.**

39. Com efeito, em uma contratação pública, normalmente, se exige uma série de condições, informações, documentos e comprovações que as contratações da esfera privada em geral não exigem, como indicação de fabricante, atestados de capacidade técnica, registro nos órgãos competentes, atividade empresarial compatível com o objeto licitado, certidões negativas variadas, amostras do produto, entre outras especificidades de acordo com o objeto do certame.

40. E todas essas exigências visam dar o máximo de segurança possível à contratação, sob pena de que empresas "aventureiras" ousem contratar com a Administração Pública sem ter o mínimo de "expertise técnica" acerca do objeto licitado, suas especificações e exigências legais para circularem no mercado, sujeitando a Administração Pública, dessa maneira, a uma contratação temerária.

41. Algumas vezes, a verificação da Administração pode ir além do que está no Edital, porém com intuito vinculado de certificar-se de que o objeto licitado e as regras do certame estão regularmente sendo cumpridas pelas participantes que ofertam propostas comerciais.

42. A lógica disso é que, na utilização de recursos públicos, em geral, todo cuidado e diligência de forma a minimizar os riscos de prejuízos ao Erário e à própria atividade da Administração, DEVEM SER A REGRA.

43. **E isso não seria diferente em um contexto pandêmico (muito pelo contrário!)**, ainda que tenha sido criado um regime de contratação especial que flexibilizava regras de licitação em virtude do estado de calamidade pública da covid-19 (Medida Provisória nº 961, de 2020, posteriormente convertida na Lei nº 14.065, de 2020).

44. Nesse contexto, vale lembrar que por meio da Medida Provisória nº 961, de 2020, foi autorizado à administração pública de todos os entes federativos, de todos os Poderes e órgãos constitucionalmente autônomos "*a aplicação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, de que trata a [Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011](#), para licitações e contratações de quaisquer obras, serviços, compras, alienações e locações*" durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020 (Pandemia da COVID-19). Eis o que estabelece o RDC à época dos fatos:

Seção II

Das Regras Aplicáveis às Licitações no Âmbito do RDC

Subseção I

Do Objeto da Licitação

Art. 5º O objeto da licitação deverá ser definido de forma clara e precisa no instrumento convocatório, vedadas especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias. [\(Revogado pela Lei nº 14.133, de 2021\)](#) [Vigência](#)

(...)

Art. 7º No caso de licitação para aquisição de bens, a administração pública poderá: [\(Revogado pela Lei nº 14.133, de 2021\)](#) [Vigência](#)

I - indicar marca ou modelo, desde que formalmente justificado, nas seguintes hipóteses:

(...)

II - exigir amostra do bem no procedimento de pré-qualificação, na fase de julgamento das propostas ou de lances, desde que justificada a necessidade da sua apresentação;

III - solicitar a certificação da qualidade do produto ou do processo de fabricação, inclusive sob o aspecto ambiental, por qualquer instituição oficial competente ou por entidade credenciada; e

IV - solicitar, motivadamente, carta de solidariedade emitida pelo fabricante, que assegure a execução do contrato, no caso de licitante revendedor ou distribuidor.

(...)

Seção III

Das Regras Específicas Aplicáveis aos Contratos Celebrados no Âmbito do RDC

Art. 39. Os contratos administrativos celebrados com base no RDC reger-se-ão pelas normas da [Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993](#), com exceção das regras específicas previstas nesta Lei
(grifos acrescidos)

45. Dos dispositivos acima transcritos, verifica-se que embora o RDC flexibilize as regras de licitação (a lei passou a permitir o pagamento antecipado em determinados casos, aumentou o limite financeiro de contratação direta, entre outras medidas excepcionais), o RDC continuou a permitir que a Administração exigisse o atendimento de requisitos que entendesse necessários para uma contratação não temerária, especialmente, no tocante a habilitação da licitante (art. 7º, do RDC).

46. Portanto, a indicação do "fabricante" como exigência do instrumento convocatório no caso ora em apreço não poderia, de forma alguma, ser considerado pela recorrente como uma informação **insignificante**, a ponto dela "inventar" o nome "RUAH" para um produto que ela estaria ofertando em sua proposta comercial, sob o pretexto de que a recorrente se responsabilizaria pela fabricação independentemente da cadeia de produção e/ou contratos comerciais subjacentes que resultaria nos itens pretendidos.

47. Não!!! A Administração Pública não contrata dessa forma... Ela estabelece requisitos próprios do Edital do certame, exatamente para criar mecanismos de controle que possam ir além da "responsabilidade primária" do próprio licitante. Trata-se de uma forma de gerir e administrar melhor os riscos inerentes a contratação, em especial, uma contratação de grande porte como a que ora se discute e, dentro de um contexto pandêmico, onde o tempo não era aliado da vida.

48. Sendo assim, em geral, a Administração ao exigir das licitantes a indicação do fabricante de determinado produto, a demonstração da capacidade técnica da licitante e do fabricante, a expertise técnica quanto ao objeto licitado (compatibilidade com o objeto social), o registro de sua atuação e produção nos órgãos competentes, entre outras questões, necessariamente está minimizando o risco de uma contratação temerária.

49. Por óbvio que a Administração não pode confiar apenas na *garantia* dada pelo CNPJ da empresa proponente.

50. **E essa questão das exigências quanto ao fabricante e procedência do produto tiveram um peso ainda maior nas contratações realizadas para atender a emergência de saúde pública da COVID-19. Vejamos:**

51. Em razão da pandemia de Coronavírus, a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, entre outras medidas, previa a possibilidade de dispensa de licitação para aquisição de bens, serviços e insumos de saúde destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública do coronavírus, bem como, **sob certas condições, a autorização excepcional e temporária para importação de produtos sujeitos à vigilância sanitária sem registro na ANVISA.**

52. A flexibilização quanto à exigência de registro junto à ANVISA foi reforçada pela Resolução RDC nº 356, de 23/03/2020 – posteriormente alterada pela Resolução - RDC nº 379, de 30 de abril de 2020 - **que previa a dispensa de Autorização de Funcionamento de Empresa, da notificação à Anvisa, bem como de outras autorizações sanitárias, em relação a equipamentos de proteção individual, dentre eles as vestimentas hospitalares descartáveis.**

53. Em 25/03/2020 foi assinado o Termo de Referência que serviu de base para a proposta comercial da INCA, o qual, apesar de se basear expressamente na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020 no que tange à dispensa da licitação, **continua a exigir que as propostas comerciais especificassem o número de registro junto à ANVISA:**

3. A proposta comercial deverá conter as seguintes informações:

(...)

3. Especificação do produto constando: fabricante, **número do registro junto a ANVISA**; unidade de fornecimento e fator de embalagem; (destaque no original)

54. A partir das propostas enviadas pelas concorrentes em 26/03/2020 verificou-se que a maior parte das empresas não informou o número de registro junto à ANVISA, não tendo o ponto sido objeto de análise da Ministério da Saúde (todas as propostas - SUPER 2059367- Sequencial 2 /fls. 10 a 47 do pdf, Sequencial 3 e Sequencial 4/fls. 1 a 27 do pdf).

55. Presume-se que, **diante do quadro dramático de emergência e tendo em vista as resoluções da ANVISA, os gestores tenham optado por desconsiderar a exigência editalícia em benefício da agilidade de aquisição.** Essa opção não foi questionada à época e tampouco agora.

56. De toda a forma, não se poderia olvidar o risco da contratação sob exame (de grande vulto), bem como a necessidade de **averiguação cuidadosa a respeito da estrutura e da confiabilidade das futuras contratadas, especialmente diante da flexibilização promovida pela Resolução RDC nº 356, de 23/03/2020, da ANVISA.**

57. Não para menos, já que uma vez dispensado o registro na ANVISA e dispensada a comprovação da certificação por qualquer autoridade sanitária estrangeira, a Administração não possuiria, em tese, nenhuma segurança da expertise técnica e do controle de qualidade dos equipamentos a serem fornecidos.

58. Afinal, assinar um contrato "arriscado" não implicaria apenas em um prejuízo ao Erário mensurável a título de garantia ou qualquer outra forma de indenização monetária à Administração pelo eventual inadimplemento. A celebração de um contrato temerário implicaria na possibilidade real de não se ter os insumos hospitalares em tempo hábil e na urgência que se almeja, em face da possibilidade de desabastecimento mundial e, ainda, em face da propagação do vírus no auge de uma pandemia.

59. Contratar errado para a Administração, nesse contexto, implicava um prejuízo social muito maior, ou melhor dizendo, que nem se pode mensurar.

60. Tanto o é que a própria ANVISA, ao flexibilizar as normas sanitárias, orientou que as contratações, apesar da flexibilização, buscassem contratar pessoas jurídicas com expertise técnica na fabricação, importação e fornecimento dos EPIs hospitalares, atentando-se por verificar que os EPIs que fossem adquiridos atendessem aos critérios técnicos apontados na sua resolução e normas técnicas pertinentes, de forma a garantir a qualidade, segurança e eficácia dos produtos.

61. A esse respeito, confira-se o documento perguntas e respostas divulgado pela ANVISA para sanar dúvidas referentes à **RDC nº 356**:

3.2. A partir da resolução é permitida a fabricação, importação e aquisição de Produtos para Saúde e Equipamentos de Proteção Individual (EPI) para uso de profissionais de saúde por empresas sem regularização na Anvisa?

Esta RDC trata-se de uma medida excepcional, extraordinária e temporária, com validade de 180 dias (conforme art. 12) para mitigar o risco de desabastecimento de EPI e outros produtos estratégicos no mercado em virtude da emergência de saúde pública internacional relacionada ao SARS-CoV-2.

Portanto, excepcionalmente, durante este período é permitida a fabricação, importação e aquisição dos EPI citados na RDC 356/20, alterada pela RDC 379/2020, sem que a empresa esteja regularizada perante a autoridade sanitária, ou seja, sem que possua Autorização de Funcionamento, Licença ou outras autorizações necessárias.

Também não é necessário, excepcionalmente, a notificação de fabricação destes produtos na Anvisa. Entretanto, devem ser atendidos os critérios técnicos apontados na resolução e normas técnicas pertinentes de forma a garantir a qualidade, segurança e eficácia dos produtos. Independente da necessidade de licença sanitária, os estabelecimentos estão sujeitos às ações de inspeção e fiscalização da autoridade sanitária competente com vistas à verificação das condições técnicas e operacionais, bem como às sanções administrativas no caso de descumprimento. Apesar da situação excepcional, os processos de compra e importação devem dar preferência aos EPIs e produtos para saúde notificados, cadastrados ou registrados na Anvisa, que podem ser consultados em <https://consultas.anvisa.gov.br/#/genericos/>.

O produto registrado na Anvisa permite a identificação dos dados de seu importador, distribuidor e fabricante, bem

como dados relevantes para a segurança e desempenho dos equipamentos de proteção individual, uma vez que o detentor da notificação/cadastro/registro apresentou os documentos técnicos à Anvisa mediante comprovação do fabricante de que o produto é efetivamente fabricado de forma a garantir que se mantenham suas características de qualidade, segurança e eficácia.

(...)

3.4. A partir desta resolução qualquer empresa pode fabricar Equipamentos de Proteção Individual para profissionais da saúde, então? Como garantir que estes EPI são de fato seguros?

Do ponto de vista legal e administrativo, qualquer empresa poderá fabricar, excepcionalmente, os produtos listados no art. 2º, sem a necessidade de solicitar autorizações, alvarás e licenças sanitárias. Entretanto, nem toda empresa tem expertise técnica para fazê-lo. Assim, a RDC estabeleceu uma série de parâmetros técnicos para garantir a proteção e segurança dos usuários dos EPI, como o tipo de matéria prima, dimensões e parâmetros técnicos relevantes. Dessa forma, a empresa fabricante deve avaliar a sua real capacidade técnica, uma vez que a resolução não exime o fabricante e importador de cumprirem as demais exigências aplicáveis ao controle sanitário de dispositivos médicos, bem como normas técnicas e controles pós-mercado aplicáveis.

(grifos acrescidos)

62. **É nesse contexto de orientação normativa e sanitária que deve ser analisada toda a documentação e informações apresentadas pela INCA, tanto a própria proposta comercial indicando um fabricante falso (a "RUAH"), como o "catálogo de produtos" que foi anexado à citada proposta.**

63. Primeiramente, a INCA descumpriu as orientações do Termo de Dispensa de Licitação (SUPER 2059334; sequencial 1 - pgs. 63 a 74 do pdf), ao indicar fabricante e marca inexistentes (a "RUAH"), omitindo da Administração informação de suma relevância acerca da procedência do produto.

64. Cabe ressaltar que o art. 4º-E, § 1º, incisos I a VI, da Lei nº 13.979/2020 (alterada pela Lei nº 14.035/2020) não dispensava, por óbvio, que as propostas comerciais contivessem a expressa identificação de fabricante.

65. A apuração acerca da referida aquisição teve início com trabalho da SFC/CGU, consubstanciado no GUIA ANÁLISE DE RISCOS NAS CONTRATAÇÕES EMERGENCIAIS COVID-19 (SUPER 2058332; sequencial 1 - pgs. 1 a 16 do pdf).

66. Em relação à INCA, que foi a empresa que apresentou a melhor oferta para a referida contratação, apontou-se que, por estar enquadrada como empresa de pequeno porte (EPP), seu faturamento, nos termos da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, não poderia ultrapassar a monta de R\$ 4.800.000,00 – o que equivaleria a pouco mais de 0,5% do valor total da aquisição, prevista em R\$ 912.000.000,00.

67. Já no que tange à proposta comercial entregue, a auditoria da CGU verificou que a empresa apresentou as especificações exigidas pelo termo de dispensa de licitação, **indicando, porém, apenas a palavra “RUAH” para identificar tanto a marca quanto o fabricante dos aventais** (SUPER 2059424; sequencial 5 - pg. 8).

68. De posse dessa informação, a CGU/SFC diligenciou a pessoa jurídica RUAH EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL - EIRELI, CNPJ 27.287.959/0001-06, sendo informada por aquela fabricante que ela não tinha conhecimento da contratação, que não fabricava aventais hospitalares com a especificação informada e que não possuía capacidade de produção do quantitativo de 80 (oitenta) milhões de aventais (SUPER 2058770; sequencial 1 - pg. 45 do pdf). A informação foi levada ao conhecimento do Ministério da Saúde por e-mail (SUPER 2058334 - sequencial 1 - pgs. 19 a 21 do pdf).

69. Ato seguinte, o Ministério da Saúde/DLOG, em reunião realizada em 07/05/2020 – sem a participação da CGU –, fez esclarecimentos sobre a condução do processo e **questionou a empresa INCA TECNOLOGIA sobre os apontamentos do órgão de auditoria.**

70. Os esclarecimentos apresentados pela INCA na reunião com o Ministério da Saúde **não** eram coerentes com as informações objetivamente dispostas na proposta comercial apresentada pela INCA.

71. De fato, a INCA, por meio do Sr. Sergio Araujo, informou que os aventais seriam fabricados pela empresa chinesa SHANDONG DIGITAL HUMAN TECHNOLOGY CO., INC (doravante, DIGIHUMAN) e que a empresa INCA poderia indicar "qualquer marca" para ser inserida no produto. Contudo, na proposta comercial havia constado expressamente o fabricante “RUAH”.

72. Ressalte-se que, até aquele momento, sequer constava do processo de compra qualquer informação por meio da qual se pudesse supor que o fornecimento dos aventais seria feito por empresa da China ou por meio de uma operação de comércio exterior.

73. Inclusive, com base em dados da Receita Federal, a INCA TECNOLOGIA só obteve habilitação para operar no comércio exterior em 09/05/2020 – ou, seja, após a publicação do Chamamento Público (2058336), o que denotava **risco de incapacidade de cumprimento de contrato, inexperience para esse tipo de atividade e fragilidade da contratação. Todos estes fatores que a INCA tentou ocultar da Administração contratante.**

74. Além disso, verificou-se que o **ramo de atuação da DIGIHUMAN**, conforme apresentação em seu sítio eletrônico, era o de empresa “de alta tecnologia”, comprometida com o desenvolvimento e aplicação de sistemas digitais do corpo humano – campo aparentemente **incompatível com a fabricação de aventais hospitalares descartáveis para terceiros.**

75. Um dos **documentos apresentados pela empresa INCA** por ocasião da reunião com o DLOG/MS foi uma “**Carta de Distribuidor Autorizado**” na qual a fabricante chinesa autorizava a INCA TECNOLOGIA a distribuir seus insumos médicos

no Brasil.

76. Verificou-se então que a referida carta não possuía autenticação oficial de autoridades brasileiras ou chinesas, e que, no final da carta, onde constava a identificação da empresa, seu endereço e dados de contato, foi sobreposta uma imagem, na qual foram identificadas algumas partes com cores e texturas incompatíveis com o aspecto natural da imagem como um todo (SUPER 2058336; sequencial 1 - pg. 24 e 25 do pdf).

77. Após questionamento expresso da CGU, **a INCA corrigiu a informação quanto ao fabricante, apresentando, todavia, um catálogo de produto manipulado, com imagens extraídas de fonte não citada.**

78. O catálogo de produtos continha fotos de aventais que não eram seus, que nunca tinha fornecido, e fotos de instalações industriais de **um parque industrial chinês como se fossem da DIGIHUMAN, quando, na verdade, eram de uma outra empresa chinesa, totalmente alheia à transação (empresa HENAN MECARE TRADING CO., LTD).**

79. **Foi dentro desse contexto de fatos que toda documentação e informações prestadas pela INCA (a exemplo da proposta comercial em si, da carta de distribuidor autorizado e do catálogo de produtos) foram analisadas, seja pela auditoria da CGU, seja pelo Ministério da Saúde, pela CPAR, pela SIPRI e, finalmente, pela autoridade julgadora na apreciação do mérito do presente PAR.**

80. E não poderia ser diferente, diante de um cenário de flexibilização de normas sanitárias no país, era prudente que a Administração ficasse ainda mais exigente em relação à qualidade e procedência dos insumos que seriam adquiridos para atender a emergência pública da COVID-19.

81. A indicação do fabricante era uma exigência minimamente lógica para que a Administração pudesse fazer a verificação quanto à procedência do insumo. Era a partir do fabricante, do objeto social da empresa licitante, da capacidade técnica de ambos que se poderia aferir minimamente se o produto ofertado na proposta comercial atenderia à demanda do Ministério da Saúde e se a futura contratada também honraria com o contratado.

82. Logicamente, se a auditoria da CGU identificou "sinais de risco" para a contratação, era prudente, para não dizer necessário, que isso fosse verificado e questionado pelo Ministério da Saúde à empresa INCA. E assim foi feito, afinal, o mais importante era garantir que o objeto contratado estaria dali a poucos dias sendo distribuído aos hospitais em todos os países. Verificar a capacidade e expertise técnica da contratada em cumprir o contrato tinha importância que ia muito além de, em caso de não cumprir, ela ter condições de "indenizar" a Administração pública ou ser penalizada por um eventual descumprimento do contrato.

83. O prejuízo maior e imensurável seria o SOCIAL, haja vista que todo país dependia de insumos médicos para combater a pandemia da COVID-19. E isso se agrava quando se considera que existia um risco real de desabastecimento, previsto inclusive pela ANVISA que, por essa razão, flexibilizou as normas e condições sanitárias de fabricação, importação e fornecimento de EPIs.

84. A recorrente afirmou que o Departamento de Logística do Ministério da Saúde tinha ciência de que o fabricante de aventais do Recorrente era a Shandong Digital Human Technology Co. Inc. – Digihuman, tendo sido a própria empresa chinesa quem sugeriu o uso do termo "RUAH" para a designação do seu produto (SUPER nº 2061964 e nº 2061968; sequencial 17 - pgs. 44 a 49).

85. Ora, se havia um fabricante real, no caso a Shandong Digital Human Technology Co. Inc. – Digihuman, **por que não indicá-lo na proposta comercial ofertada ao Ministério da Saúde?**

86. A respeito da possibilidade de fabricação e importação de insumos para atender a pandemia, o documento perguntas e respostas divulgado pela ANVISA para sanar dúvidas referentes à RDC nº 356, orientava que **qualquer empresa poderia fabricar**, excepcionalmente, esses insumos sem a necessidade de solicitar autorizações, alvarás e licenças sanitárias.

87. Nesse contexto, **não faz sentido que a indicação da fabricante Shandong Digital Human Technology Co. Inc. – Digihuman tenha sido omitida pela recorrente em sua proposta comercial.**

88. Ora, se ao tempo do certame, excepcionalmente, era permitida a fabricação, importação e aquisição dos EPI citados na RDC 356/20, alterada pela RDC 379/2020, sem que a empresa estivesse regularizada perante a autoridade sanitária, ou seja, sem que possuísse Autorização de Funcionamento, Licença ou outras autorizações necessárias, **qual a razão da recorrente não indicar o real fabricante do produto, a Shandong Digital Human Technology Co. Inc. – Digihuman?**

89. **A resposta para esta pergunta está exatamente no fato de que a flexibilização para que, excepcionalmente, esses insumos fossem fabricados, vendidos ou importados sem a necessidade de solicitar autorizações, alvarás e licenças sanitárias não implicava dizer que a Administração "abriria mão" de que a empresa licitante tivesse "expertise técnica" e "capacidade técnica" para fazê-lo. Essa é a exegese das orientações da ANVISA no seu "perguntas e respostas" para sanar dúvidas referentes à RDC nº 356".**

90. A expertise/capacidade técnica da licitante, em condições normais, já é requisito necessário e exigido, imagine em um contexto social de PANDEMIA, onde um equívoco ou falta de diligência da Administração levaria a um prejuízo não só de milhões ao Erário, mas um prejuízo social que não se consegue mensurar, qual seja, das vidas que dependiam de insumos hospitalares para continuar prestando e recebendo atendimento de saúde em todo o país.

91. **E a recorrente sabia disso!** Sabia que embora não precisasse demonstrar que tinha autorização de funcionamento e/ou fabricação dos EPIs, mediante a autoridade sanitária, ela deveria necessariamente provar que tinha expertise e capacidade técnica para a contratação. Porque essa sempre foi a lógica de todo e qualquer certame licitatório. Em se tratando de contratações

vultuosas para atender a emergência pública causada pela pandemia, não seria diferente. Pelo contrário, a Administração estaria ainda mais preocupada de garantir que as contratações fossem realizadas e efetivamente concretizadas, o que implicaria uma vigilância e exigência ainda maior no que diz respeito a capacidade técnica/expertise técnica das empresas licitantes.

92. E diante desse contexto, a ora recorrente esbarrou no próprio objeto social de seu CNPJ e na mais completa ausência de *know-how* em aquisições do tipo, haja vista que os contratos que ela mantinha com a Administração eram todos voltados ao fornecimento de insumos educacionais e similares (*vide* pesquisa no Portal da Transparência: todos os vinte contratos celebrados com a Administração Federal foram com o Ministério da Educação e para fornecimento de insumos e materiais relacionados à educação).

93. Obviamente, se torna conveniente **não indicar a Shandong Digital Human Technology Co. Inc. – Digihuman como fabricante do produto**, que conforme apresentação em seu sítio eletrônico, era empresa “de alta tecnologia”, comprometida com o desenvolvimento e aplicação de sistemas digitais do corpo humano – **campo aparentemente incompatível com a fabricação de aventais hospitalares descartáveis para terceiros. "Aparentemente" porque em momento nenhum da instrução do presente PAR buscou-se demonstrar que a empresa chinesa teria a citada capacidade/expertise técnica na fabricação e/ou fornecimento de EPIs hospitalares.**

94. E por uma questão de lógica isso explica a necessidade de indicação de **um Fabricante e Marca fictícia**, a "RUAH", no momento da apresentação da proposta, segundo a recorrente "*nome sugerido pela própria Shandong Digital Human Technology Co. Inc. – Digihuman*".

95. A respeito da questão, a INCA alega que o artigo 45, inciso IV, da Lei nº 4.502/1964 proíbe ao importador vender ou expor à venda produto rotulado, etiquetado ou embalado que se presta a indicar, como estrangeiro, produto nacional, ou vice-versa.

96. Pois bem, o dispositivo em questão apenas veda a identificação de produtos estrangeiros como nacionais ou vice-versa. A norma exige que os itens importados **sejam identificados como tais**, para que os consumidores e autoridades fiscais não sejam conduzidos a percepções equivocadas da realidade. Assim, é absolutamente descabida a pretensão de atribuir à conduta fraudulenta ares de legalidade.

97. Ora, ao indicar que a fabricante seria uma empresa chinesa (Digihuman) na proposta comercial, automaticamente a INCA estaria informando que o produto não era de fabricação própria e que seria importado.

98. Portanto, não é possível extrair a inusitada conclusão de que seria possível fazer declarações falsas em propostas comerciais, informando incorretamente o nome da fabricante do produto sob a alegação de que estaria indicando produto estrangeiro como nacional.

99. Tampouco, se pode admitir que esse tipo de comportamento está dentro da liberdade de iniciativa garantida constitucionalmente. A INCA poderia sim enveredar por um novo ramo de atividade, de forma livre, a partir daquele momento. Mas obviamente uma empresa sem expertise técnica e/ou *know-how* no objeto licitado **não** seria habilitada em um certame da Administração para o fornecimento de 80 milhões de aventais hospitalares descartáveis a o valor de R\$ 912.000.000,00 no meio de uma PANDEMIA!!!!

100. A INCA é livre ainda hoje, inclusive, para modificar o seu objeto contratual e mudar de atividade econômica, muito embora, conforme breve consulta na rede mundial de computadores, **até agora o seu objeto social continua voltado basicamente para venda de itens de papelaria, livros, insumos educacionais e de execução de serviços voltados à educação e assemelhados.** (Disponível em: <http://cnpj.info/Inca-Tecnologia-de-Produtos-e-Servicos-Eireli-Inca-Tecnologia>; <https://cnpj.linkana.com/cnpj/inca-tecnologia-de-produtos-e-servicos-ltda/14239192000106>; <https://www.situacaocadastral.info/cnpj/inca-tecnologia-de-produtos-e-servicos-ltda-14239192000106>; <https://cnpj.biz/14239192000106>).

101. Porém, essa "intenção" de modificar o ramo de sua atividade não lhe autoriza ludibriar ou induzir a erro a Administração no que diz respeito à sua atividade econômica naquele momento (a qual não abrangia fornecimento de insumos hospitalares) e sua capacidade técnica no momento do oferecimento de uma proposta comercial no valor de R\$ 912.000.000,00.

102. **Tudo isso reforça a existência do dolo na prática do ilícito. Porém, é necessário deixar claro que o dolo existiu no momento que a recorrente indicou uma fabricante e uma marca INEXISTENTE no bojo da proposta comercial com o intuito de ser habilitada e, lógico, lograr êxito no certame. E todos os artifícios utilizados pela INCA (a exemplo da carta de distribuidor autorizado e do catálogo de produtos) só serviram para reforçar o dolo que já estava suficientemente evidenciado pelo simples fato de que a fabricante indicada não existia e isso foi admitido pela própria recorrente no curso da instrução processual, quando afirmou que a fabricante seria a chinesa Digihuman.**

103. A propósito, a recorrente insiste no argumento de que esta CGU está "*presumindo o dolo*" também vinculando a decisão da autoridade julgadora ao fato dela ter indicado o termo "RUAH" como fabricante na proposta. Isso porque a auditoria da CGU apontou que existia a pessoa jurídica RUAH EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL - EIRELLI, a qual fabricava produtos similares, e que, consultada pela CGU, informou que não poderia fornecer o objeto da contratação seja porque não fabricava o insumo licitado naquela especificação, seja porque não tinha capacidade técnica para o volume demandado pelo Ministério da Saúde.

104. **Pois bem, conforme já exposto, o dolo não foi auferido por isso. O dolo existiu no momento em que a proposta comercial foi apresentada com uma declaração falsa para satisfazer uma exigência do instrumento convocador, qual seja a indicação do fabricante.**

105. **Se na proposta comercial a recorrente utilizasse qualquer outro termo para indicar a marca e o fabricante,**

mas que fosse igualmente inexistente, o dolo do ato ainda assim estaria demonstrado, posto que intencionalmente a recorrente teria lançado uma marca e fabricante inexistente, para fins de ser habilitada no certame.

106. Não obstante, é claro que o termo utilizado e a coincidência com o nome de outra pessoa jurídica chama atenção nos autos, especialmente, pelo fato de que a RUAH EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL - EIRELLI fabrica produtos similares ao objeto licitado. Porém, isso não foi o que evidenciou o dolo, apenas contribuiu para reforçar que ele realmente existiu.

107. O edital exigia que a proposta indicasse o fabricante. Portanto, a recorrente NÃO poderia em hipótese nenhuma "inventar" ou "lançar" uma informação de fabricante que não existisse na data da apresentação da proposta, sob o pretexto de que ela teria condições de fornecer os produtos independentemente do objeto comercial explorado ou sob o amparo do direito constitucional à livre iniciativa. **A recorrente admitiu que lançou uma informação inverídica na proposta comercial.**

108. A INCA tinha um objeto social completamente alheio ao produto licitado. E nesse sentido, utilizar um nome "fictício" de fabricante do produto em proposta comercial está longe de se caracterizar um direito à livre iniciativa da recorrente, como quer induzir a defesa da recorrente.

109. Ora, é claro que a recorrente tem direito a enveredar-se por qualquer atividade econômica que julgue interessante. Porém, ela deve seguir um rito para tal. Ela pode até decidir fazer isso a qualquer momento. O que ela não pode é decidir fazê-lo no momento de sua participação em um certame público que exige que a sua atividade econômica seja compatível com o objeto licitado e pensar que poderia ser legítima participante do certame, apresentando proposta comercial com informações falsas naquele momento.

110. A propósito, as informações daquela proposta comercial permanecem inverídicas até hoje, haja vista que o ramo de atividade comercial da recorrente nunca mudou desde então e a parceria com a chinesa Digihuman não se concluiu e, muito menos, foi criada uma nova fabricante de EPIs hospitalares denominada "RUAH", o que causa estranheza uma vez que a recorrente se defende utilizando o argumento de que estava a mudar ou alterar sua atividade comercial naquele momento, o que lhe seria garantido pelo princípio da livre iniciativa.

111. Isso sugere alguns questionamentos minimamente inquietantes: a recorrente só mudaria de atividade comercial caso concretizasse a contratação com a Administração pra fornecimento de 80 milhões de aventais ao valor de R\$ 912.000.000,00? Por que atualmente a recorrente não desempenha tal atividade econômica se era seu desejo enveredar-se em tal ramo? E se esse desejo surgiu apenas quando da publicação da Dispensa pelo Ministério da Saúde, como a recorrente achava que comprovaria a compatibilidade do seu objeto social com o licitado? Como a recorrente achava que demonstraria a sua expertise/capacidade técnica em fornecimento de EPIs se estava iniciando-se nesse ramo no momento de sua participação do certame?

112. São perguntas minimamente lógicas e que sob o manto da "livre iniciativa", a recorrente não ousou esclarecer no curso da instrução processual.

113. A livre iniciativa não lhe autoriza lançar "um fabricante fictício" no momento da apresentação de uma proposta comercial. Esse subterfúgio, logicamente, tinha o intuito de lograr êxito na licitação, a pretexto de que a partir dali ela estaria desenvolvendo nova atividade econômica (no caso, a venda de insumos hospitalares). **E isso não é livre exercício de atividade econômica. Isso é fraude, uma vez que no momento de apresentação da sua proposta a INCA não era uma empresa do ramo e tentou ocultar da Administração que seria uma iniciante nessa atividade.**

114. O pretexto de que ela teria condições de fornecer os produtos independentemente do objeto comercial, além de ir em sentido contrário ao que orienta a jurisprudência atual do TCU (**boletim de jurisprudência 367/2021, extraído do Acórdão 1760/2021-TCU-Plenário**), também destoa de toda lógica administrativa do regime de contratação pública que, conforme já exaustivamente demonstrado, zela por assegurar a execução de um futuro contrato administrativo a partir de informações colhidas ainda na fase de habilitação do certame licitatório, tais quais as relativas a fabricante, expertise técnica, atestado de capacidade técnica, fornecimento de amostras, etc.

115. A contratação pública não pertence ao regime de direito privado onde o particular pode decidir enveredar-se por uma contratação temerária sob sua conta e risco. Pelo contrário, a contratação pública envolve procedimentos, exigências e a prudência dos gestores públicos de forma a minimizar ao máximo o risco de prejuízo ao Erário e à Administração Pública. É um regime vinculado ao que dispõe a lei e, em especial, aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e **eficiência administrativa** impostos constitucionalmente.

116. E como já aqui comentado, a recorrente sabe disso! Pelo menos é o que se espera de uma pessoa jurídica que já obteve diversos contratos com a Administração Pública. Conforme pode se extrair do Portal da Transparência do Governo Federal, a INCA já celebrou 20 (vinte) contratos com a União, todos eles celebrados no âmbito do Ministério da Educação (Disponível em: <https://portaldatransparencia.gov.br/contratos/consulta?fornecedor=11908037&ordenarPor=dataFimVigencia&direcao=desc>).

117. A recorrente sabe bem que apresentar uma proposta comercial com indicação de "fabricante" inexistente é sim uma fraude em licitação. Porque a indicação do fabricante é um mecanismo de verificação da procedência do produto pela Administração.

118. E conhece tão bem o rito e os procedimentos licitatórios que utilizou de artifícios como o "catálogo de produtos" para reforçar a sua "expertise técnica" na contratação em questão, **mesmo nunca tendo fornecido insumos hospitalares em sua existência empresarial.**

119. Relativamente a apresentação do "catálogo de produtos", o qual a recorrente defende não poder ser elemento de

prova nos autos, haja vista que o instrumento convocatório não o exigia, também é necessário se tecer considerações.

120. Como vimos anteriormente, excepcionalmente, durante a pandemia era permitida a fabricação, importação e aquisição dos EPI citados na RDC 356/20, alterada pela RDC 379/2020, sem que a empresa estivesse regularizada perante a autoridade sanitária, ou seja, sem que possuísse Autorização de Funcionamento, Licença ou outras autorizações necessárias.

121. Em contrapartida, a RDC estabeleceu uma série de parâmetros técnicos para garantir a proteção e segurança dos usuários dos EPIs, como o tipo de matéria prima, dimensões e parâmetros técnicos relevantes. Dessa forma, a empresa fabricante deveria **avaliar a sua real capacidade técnica, uma vez que a resolução não exime o fabricante e importador de cumprirem as demais exigências aplicáveis ao controle sanitário de dispositivos médicos, bem como normas técnicas e controles pós-mercado aplicáveis.**

122. Veja bem, se fosse uma situação normal, a exigência de registro na ANVISA seria naturalmente exigida, conforme constante no próprio Termo de Dispensa de Licitação e, mesmo assim, não tiraria dos órgãos públicos a liberdade de fazerem as verificações necessárias a demonstrar a capacidade técnica das suas licitantes.

123. Por outro lado, a inexistência do registro (por força do RDC 356/20, alterada pela RDC 379/2020), **aumentava o risco e trazia a necessidade de outras verificações, o que demandava da Administração, e dos gestores, uma atenção ainda mais especial em relação à capacidade técnica, à expertise técnica e ao cumprimento dos requisitos técnicos pelos EPIs a serem fornecidos (conforme orientado pela própria ANVISA).**

124. Não é por outro motivo que o documento “perguntas e respostas” produzido pela ANVISA **recomenda que seja dada preferência aos EPIS e produtos para saúde notificados, cadastrados ou registrados na Anvisa.**

125. **Inclusive o registro do produto na Anvisa constituía um dos requisitos do certame em questão, embora no decorrer do certame o Ministério da Saúde tenha optado por desconsiderar a exigência editalícia em benefício da agilidade da aquisição e considerando a liberação de aquisições de insumos sem registro pela própria ANVISA .** Vejamos:

6. DAS DOCUMENTAÇÕES

6. Poderão participar deste processo de aquisição interessados **cujo ramo de atividade seja compatível com os objetos desta compra**, e que estejam com Credenciamento regular no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF, conforme disposto no art. 9º da IN SEGES/MP nº 3, de 2018.

(...)

6. EMPRESA NACIONAL

1. DOCUMENTAÇÃO TÉCNICA:

- 1. Licença ou Alvará Sanitário Estadual ou Municipal emitido pela Vigilância Sanitária local;**
- 2. Autorização de Funcionamento (AFE) emitida pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária ANVISA.** Quando se tratar de medicamentos submetidos à Portaria SVS/MS nº 344/198, deverá ser apresentada Autorização Especial (AE) do estabelecimento;
- 3. Certificado de registro do produto emitido pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, ou cópia da publicação do registro no Diário Oficial da União. Será permitida a apresentação de cópia do protocolo de pedido de revalidação do registro junto à ANVISA, desde que tenha sido requerida nos termos do §6º do artigo 12 da Lei nº 6.360/76.**

6. EMPRESA ESTRANGEIRA

1. DOCUMENTAÇÃO TÉCNICA DA REPRESENTANTE LEGAL:

- Licença ou Alvará Sanitário Estadual ou Municipal emitido pela Vigilância Sanitária local;
- Autorização de Funcionamento (AFE) emitido pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária ANVISA. Quando se tratar de medicamentos submetidos à Portaria SVS/MS nº 344/198, deverá ser apresentada Autorização Especial (AE) do estabelecimento;
- 3. Certificado de registro do produto emitido pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, ou cópia da publicação do registro no Diário Oficial da União, com exceção dos produtos dispensados de registro. Será permitida a apresentação de cópia do protocolo de pedido de revalidação do registro junto à ANVISA, desde que tenha sido requerida nos termos do §6º do artigo 12 da Lei nº 6.360/76;**

2. DOCUMENTAÇÃO TÉCNICA DA EMPRESA ESTRANGEIRA

- 1. Certificado de registro do produto emitido pela autoridade sanitária competente do país de origem, onde é fabricado o insumo, devendo ser autenticado pelo consulado e traduzido por tradutor juramentado.**

(grifos acrescentados)

126. É também nesse contexto de aumento da necessidade de se fazer verificações quanto a expertise técnica das licitantes, das quais não mais se exigia o registro junto à ANVISA, que o "*catálogo de produtos*" ganhou importância como reforçador do dolo na prática do ilícito no bojo da instrução processual.

127. Reforça-se novamente que o art. 4º-E, § 1º, incisos I a VI, da Lei nº 13.979/2020 (alterada pela Lei nº 14.035/2020) não dispensava, **por óbvio, que as propostas comerciais contivessem a expressa identificação de fabricante.**

128. E diante da situação excepcional de aquisição de 80 milhões de aventais **sem registro na ANVISA e sem certificado de qualquer autoridade sanitária estrangeira**, é evidente a relevância de se perquirir sobre a solidez e a expertise do(s) fabricante(s) e de seu representante comercial. O catálogo de produtos, nesse sentido, seria *"um indicativo mínimo desses fatores"*, conforme salientador pela CPAR.

129. O referido catálogo utilizou imagens de outro fabricante para simular, justamente, o porte e expertise acima do que o efetivamente detido pela INCA. Não somente o avental da foto não era o da INCA, mas também todas as ilustrações do parque industrial chinês, que também não era da chinesa DIGIHUMAN (em tese a fabricante apontada pela INCA, após os questionamentos da auditoria). As imagens eram de uma outra empresa chinesa totalmente alheia ao apurado (empresa HENAN MECARE TRADING CO., LTD).

130. A recorrente afirma que as imagens do catálogo foram **só ilustrativas e incluídas para fins referenciais**, porém, no referido catálogo não constou a observação *"imagens meramente ilustrativas"* ou algo do gênero, de forma que deixasse claro para a Administração que aquelas imagens não representavam a realidade da empresa recorrente.

131. Logo, considerado todo o contexto relatado, as imagens do catálogo, associadas **ao logotipo da recorrente** em um "encarte" ou "anexo" da proposta comercial, ainda que dispensável (posto que não exigido pelo instrumento convocatório), **reforça o dolo e se passar por uma empresa com know how que ele não tinha que já estava suficientemente caracterizado pela declaração inverídica do nome do fabricante na proposta comercial**.

132. A informação inverídica acerca do fabricante na proposta comercial apresentada pela recorrente é o que constituiu, de fato, o ato ilícito (fraude à licitação), uma vez que enquanto exigido pelo instrumento convocatório, a recorrente obrigatoriamente deveria informar o fabricante e não "inventar" um fabricante naquela oportunidade, ainda que nos planos da recorrente, ela mesma seria a "fabricante" porque estaria inaugurando uma nova atividade econômica em seu objeto social (qual seja, a fabricação e/ou importação de insumos hospitalares).

133. **O catálogo não evidenciou o dolo, apenas REFORÇOU a sua já clara caracterização. O dolo já estava configurado pela simples apresentação intencional de uma proposta comercial com uma fabricante inexistente, posto que a indicação do fabricante era exigência do instrumento convocador para habilitação da proposta comercial.**

134. **Esse catálogo REFORÇA a existência do dolo na medida em que induz a Administração a acreditar que as imagens daquela "ilustração" eram um atestado de capacidade e expertise técnica da recorrente.**

135. O catálogo de produtos se não existisse não descaracterizaria o ilícito e, tampouco, o dolo, posto que o ilícito foi praticado no momento que a recorrente apresentou a proposta no formato solicitado pela Administração e, **espontaneamente, indicou um fabricante que ela "criou" naquele momento, mesmo sabendo que o seu objeto social não era sequer compatível com o objeto licitado, o que também era exigido pelo instrumento convocatório.**

136. **Assim, é importante deixar claro que não se instaurou PAR em face da recorrente porque ela se omitiu acerca dos detalhes da cadeia de produção e dos contratos comerciais subjacentes que resultariam nos itens pretendidos, mas sim porque houve sucessivas declarações falsas a respeito do suposto fabricante, realizadas com escopo de induzir à Administração Pública a participar de contratação temerária.**

137. Até porque como foi visto as normas sanitárias durante a pandemia foram flexibilizadas de tal forma que permitiam que licitantes pudessem recorrer à importação por exemplo, pra fins execução do contrato. Apesar disso, a Administração **nunca abriu mão da expertise técnica dos licitantes nos objetos em que licitava**, exatamente, para não correr o risco de celebrar contratos temerários.

138. E sabedora disso, a recorrente obviamente lançou mão de subterfúgios pra tentar convencer a Administração de uma *expertise técnica* que não possuía para a contratação.

139. De todo o exposto, é forçoso reconhecer que a recorrente **se comportou inidoneamente a partir do momento que lançou uma fabricante INEXISTENTE na proposta comercial com o intuito de habilitar-se no certame, independentemente da existência do catálogo de produtos**, da utilização do termo "RUAH" (coincidentemente a denominação de pessoa jurídica que produz insumos similares ao licitado), da autorização para importação só ter sido providenciada após os questionamentos da CGU e do Ministério da Saúde, entre outras questões que só reforçaram o dolo do ato.

140. O ato ilícito que lhe foi imputado só se pratica mediante DOLO, a menos que a recorrente demonstrasse que foi coagida a apresentar a proposta comercial com a indicação da fabricante "RUAH", o que em nenhum momento da instrução foi argumento de defesa.

141. Sendo assim, a **materialidade e autoria delitiva** restaram evidenciados, na medida em que não há dúvidas de que a recorrente, por meio de seu representante, realizou proposta comercial fraudulenta, contendo informações falsas com intuito de habilitar-se na contratação e complementou as informações falsas com novos documentos inverídicos.

142. A **s condutas ilícitas** estão consubstanciadas na apresentação de proposta comercial e reforçadas pela apresentação de catálogo com informações falsas, que embora não exigido pelo instrumento convocatório, foi um documento formal apresentado à Administração no intuito de demonstrar a "expertise técnica" da recorrente.

143. O **resultado** decorre da ofensa aos bens jurídicos tutelados - probidade administrativa e lisura das contratações públicas - e se externaliza na interrupção de procedimento emergencial destinado à aquisição de insumos essenciais ao enfrentamento da calamidade pública provocada pela pandemia.

144. O **nexo causal** deriva justamente da relação causa e efeito entre as condutas ilícitas e o comprometimento da contratação.

II.b.2) Da alegada violação aos princípios da presunção de inocência e da motivação do ato administrativo.

145. O ente privado aponta que a Comissão Processante subverteu o ônus probatório, ao afirmar, como se transcreve a seguir, que o Recorrente seria responsável por provar sua inocência:

Em síntese, ainda que se considere verdadeira a narrativa de que o nome RUAH não se referia à RUAH EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL – EIRELI, os argumentos apresentados pela Defesa são insuficientes para desconstituir a imputação de que a INCA apresentou, conscientemente, informações falsas quando da apresentação de sua proposta comercial ao Ministério da Saúde (Relatório final, 2613727)

146. Com relação ao mérito, afirma a defesa que o Departamento de Logística do Ministério da Saúde tinha ciência de que **o fabricante de aventais do Recorrente era a Shandong Digital Human Technology Co. Inc. – Digihuman**, tendo sido esta quem sugeriu o uso do termo “RUAH” para a designação do seu produto (SUPER nº 2061964 e nº 2061968; sequencial 17 - pgs. 44 a 49).

147. Sustenta que a escolha feita pelo Recorrente caracteriza exercício de seu direito constitucionalmente garantido pelo princípio da livre-iniciativa (art. 170, IV, da Constituição Federal).

148. É fato incontestável que na proposta comercial havia constado expressamente **o fabricante “RUAH”**, conforme se verifica da imagem retirada do processo de dispensa de licitação (SUPER 2059424; sequencial 5 - pg. 8) e apresentada no Relatório Final (SUPER [2613727](#); sequencial 27 - pgs. 36 a 54).

149. **Ora, a própria empresa, em seus argumentos, identifica que a verdadeira fabricante seria a empresa chinesa Digihuman, pelo que já resta demonstrado não ser verdadeira a informação apresentada na proposta comercial.**

150. Nesse contexto, nem a Lei de Patentes, nem o princípio da livre iniciativa **permitem a apresentação de informação falsa com intuito de beneficiar-se em negócios**. Pelo contrário, a boa-fé é princípio estruturante das relações negociais.

151. Sustenta a recorrente que sequer haveria nexo causal direto, porque a Lei de Patentes (nº 9.279/96) libera o uso do nome pelo fabricante. E que na eventualidade de se cogitar uma coincidência entre o nome de pessoa jurídica com a marca, este conflito seria resolvido via INPI (Instituto Nacional da Propriedade Industrial), e não pela CGU.

152. **Ora, o eventual conflito de patentes ou utilização de marca a ser dirimido pelo INPI não impede a apuração pela CGU em relação ao ilícito de que foi apresentada uma proposta comercial contendo informação falsa de que o fabricante do produto licitado seria "RUAH", sendo a real fabricante uma empresa chinesa, da qual a recorrente importaria os produtos.**

153. O INPI apuraria a utilização do termo/marca "RUAH", e a CGU, por sua vez, apuraria a fraude a licitação por meio do lançamento de informação inverídica de fabricante em proposta comercial no âmbito de certame licitatório que objetivava à aquisição de aventais hospitalares para o enfrentamento da COVID-19.

154. Sendo assim, o argumento de que a comissão inverteu o ônus probatório não se sustenta. Com efeito, a informação falsa quanto ao fabricante na proposta comercial ofertada pela recorrente *per se* demonstra o ato ilícito praticado e o dolo da recorrente em fazê-lo, uma vez que ela não foi coagida a fazê-lo. Ela apresentou a proposta comercial espontaneamente contendo informação falsa, qual seja, a da fabricante "RUAH" que, na prática, não existia (e que até hoje não existe, diga-se de passagem).

155. O conjunto indiciário (catálogo, objeto social incompatível, termo RUAH utilizado e ausência de autorização de importação) trazido à instrução processual **só reforçou o dolo que é intrínseco ao ato ilícito que fora praticado.**

156. Por fim, a recorrente admitiu que "criou" o termo "RUAH" no ato de elaboração da proposta e que a empresa fabricante seria a Shandong Digital Human Technology Co. Inc. – Digihuman, **razão pela qual não há que se falar em presunção de inocência no caso, haja vista que a própria recorrente admitiu a prática do ilícito.**

II.b.3) Da alegada nulidade da aplicação do art. 22, VI, do Decreto nº 11.129/2022.

157. A recorrente alega ainda que ao realizar o cálculo do valor da multa, a Comissão Processante aplicou uma agravante de 5% (cinco por cento) por conta do valor do contrato, aplicando o art. no art. 22, VI, do Decreto nº 11.129/2022, mas que não houve (i) a formalização de contrato entre o Ministério da Saúde e a ora Recorrente (parágrafo 117, SUPER [2613727](#); sequencial 27 - pgs. 36 a 54) e, consequentemente, (ii) a prestação de serviços e/ou recebimento de valores.

158. Segundo a recorrente, a aplicabilidade do dispositivo depende da existência de um contrato com a Administração Pública para fins de aplicação da agravante.

159. Por fim, registra que o valor de R\$ 912.000.000,00 (novecentos e doze milhões de reais) se refere à soma de sua

proposta, e não ao *quantum* descrito no instrumento contratual que seria oriundo do certame em análise.

160. O art. 22, VI, do Decreto nº 11.129/2022 é do seguinte teor:

Art. 22. O cálculo da multa se inicia com a soma dos valores correspondentes aos seguintes percentuais da base de cálculo:

(...)

VI – no caso de contratos, convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres **mantidos ou pretendidos com o órgão ou com as entidades lesadas**, nos anos da prática do ato lesivo, serão considerados os seguintes percentuais:

(...)

e) cinco por cento, no caso de o somatório dos instrumentos totalizar valor superior a R\$ 250.000.000,00 (duzentos e cinquenta milhões de reais).

Parágrafo único. No caso de acordo de leniência, o prazo constante do inciso V do caput será contado a partir da data de celebração até cinco anos após a declaração de seu cumprimento.”

161. A propósito, o Decreto nº 8.420/2015, já revogado pelo diploma supra, previa a mesma redação no Inciso VI do art. 17 (“VI - no caso de os contratos **mantidos ou pretendidos com o órgão ou entidade lesado**, serão considerados, na data da prática do ato lesivo, os seguintes percentuais: (...)”).

162. Verifica-se que o diploma legal impõe como base não apenas os instrumentos vigentes ou realizados, o que abarcaria o termo “*mantidos*”, mas também aqueles casos em que a licitação foi anulada, revogada, ou, ainda, não foi formalizada a contratação, pois a norma utiliza o termo “*pretendidos*”.

163. No que se refere ao valor de R\$ 912.000.000,00 (novecentos e doze milhões de reais), também restou demonstrado que se refere à proposta apresentada, e, por óbvio, à contratação **pretendida** pela empresa, muito embora o contrato não tenha sido celebrado.

164. Portanto, a previsão contida na alínea “e” do inciso VI do art. 22, do Decreto nº 11.129/2022, **vincula a base de cálculo, não havendo espaço para a discricionariedade da autoridade julgadora, razão pela qual não há base legal para modificar a multa aplicada.**

II.b.4) Da alegada necessidade de aplicação da LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)

165. Afirma a empresa que a decisão recorrida deveria ter observado o disposto no art. 22, §2º, da LINDB, que prevê: “*Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente*”.

166. Segundo a recorrente, a justificativa adotada pela CPAR para aplicar a pena de inidoneidade pelo período de dois anos adotou embasamento genérico. Aponta que a contratação do Recorrente sequer foi efetivada, e que sua proposta foi a menor no certame. Assim, afirma que as punições sugeridas são muito elevadas para as circunstâncias do caso.

167. Sem razão a recorrente.

168. A natureza e a gravidade da infração cometida foram devidamente demonstradas e fundamentadas no Relatório Final da CPAR, em especial em seu item V (“CONSIDERAÇÕES FINAIS”), pelo que desde já verifica-se que não há elementos novos que justifiquem a reconsideração das sanções outrora aplicadas.

169. Como bem salientado pela SIPRI por meio da NOTA TÉCNICA Nº 3911/2023/CGIPAV-ACESSO RESTRITO/DIREP/SIPRI (SUPER [3055864](#); sequencial 35 - pgs. 18 a 27 do pdf), “*a ofensa aos bens jurídicos tutelados — probidade administrativa e lisura das contratações públicas — ocorreu independente da contratação, pois, num ambiente de risco e gravidade na contratação, a empresa apresentou documento falso com intuito de beneficiar-se, importando na interrupção de procedimento emergencial destinado à aquisição de insumos essenciais ao enfrentamento da calamidade pública provocada pela pandemia de COVID 19.*”

170. Em relação à Lei nº 12.846/2013, ficou evidenciada a **existência de interesse ou benefício, exclusivo ou não, em favor da pessoa jurídica**, considerando que ela pretendia lucrar com o contrato público por meio da fraude empregada em sua proposta comercial.

171. Já no que tange à exigência de *culpa em sentido lato* exigida para responsabilização nos termos da Lei nº 8.666/93, **há suficiente prova de que a ação foi tomada de maneira consciente e voluntária com o fim de fraudar o procedimento de contratação, tendo em vista a apresentação de informações inverídicas na proposta, posteriormente reforçadas por mais informações e documentos contraditórios e falsos sobre a expertise/capacidade técnica da recorrente e da fabricante chinesa DIGIHUMAN.** Em outras palavras, ficou caracterizado o dolo na conduta em si.

172. Portanto, a decisão não adotou critério desproporcional no tocante à “declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública”. A conduta do ente privado é de gravidade considerável, **uma vez que a fraude ocorreu em contrato com materialidade elevadíssima, em contexto PANDÊMICO, e em reação a apontamentos realizados pelo órgão de controle interno.**

173. Sobre a questão, a título de informação, a recorrente é parte interessada no âmbito da Representação

nº [041.993/2020-9](#), cujo relator é o Ministro Benjamim Zymler, efetuada por equipe de auditoria desta Corte em razão de irregularidades verificadas no curso de fiscalização efetuada com o objetivo de avaliar a estrutura de governança montada pelo Ministério da Saúde (MS) no combate à crise gerada pelo coronavírus e aos atos referentes à execução de despesas públicas (TC [Processo 014.575/2020-5](#)) .

174. A representação também referia-se ao objeto do presente PAR, dando conta de irregularidades referentes à dispensa de licitação 56/2020 (revogada) , cujo extrato foi publicado em 27/4/2020 e tinha por objeto o fornecimento pela empresa Inca Tecnologia e Serviços Empresa Individual de Responsabilidade Limitada - Eireli de oitenta milhões de aventais (tamanhos G e GG) ao custo total de R\$ 912 milhões - R\$ 11,40 por unidade.

175. A representação foi apreciada mediante o [Acórdão 1748/2020-TCU-Plenário](#), sendo que mediante o seu subitem 9.2. foi determinada a:

"autuação de processo apartado para, nos termos do art. 46 da Lei 8.443/1992, realizar a oitiva da empresa Inca Tecnologia de Produtos e Serviços - EIRELI (CNPJ 14.239.192/0001-06) para que se manifeste em relação aos indícios de fraude consistentes na apresentação de documentos inidôneos com o objetivo de demonstrar a capacidade da empresa para o fornecimento de 80 milhões de aventais no âmbito de ações de enfrentamento ao Covid-19 (dispensa de licitação 56/2020, de 27/4/2020, a cargo do Ministério da Saúde);" (grifos acrescidos)

176. Após a oitiva da recorrente, em sessão ocorrida em 13/09/2023, o TCU proferiu o [ACÓRDÃO 1914/2023 - PLENÁRIO](#), deliberando o seguinte:

ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação efetuada por unidade técnica,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator em:

9.1. rejeitar as razões de justificativa apresentadas pela Inca Tecnologia de Produtos e Serviços Eireli;

9.2. com fundamento no art. 46 da Lei 8.443/1992, declarar a inidoneidade da empresa Inca Tecnologia de Produtos e Serviços Eireli, pelo prazo de 5 (cinco) anos, para participar de licitações na administração pública federal, bem como em certames promovidos na esfera estadual e municipal cujos objetos sejam custeados com recursos federais repassados por força de convênios ou instrumentos congêneres;

9.3. encaminhar cópia deste acórdão, acompanhado do relatório e voto que o fundamentam, à empresa Inca Tecnologia de Produtos e Serviços Eireli, à Secretaria-Executiva do Ministério da Saúde e à Procuradoria da República no Distrito Federal.

(grifos acrescidos)

177. Destaca-se alguns trechos do Voto do Ministro Relator:

(...)

IV

22. Passo a tratar dos pontos da oitiva, para os quais, destaco, a empresa não apresentou alegações específicas.

23. Em reunião realizada entre os representantes da empresa e do Ministério da Saúde, em 7/5/2020, a primeira afirmou que "não terá dificuldades de levantar capital de giro ...[e] esclareceu que há um grupo econômico que dará suporte a operação de investidores que dará suporte econômico para realizar a obra" para executar o contrato. Depois de instado a se manifestar sobre quem seriam os participantes desse grupo, o representante da empresa afirmou "que o faria se solicitado pelo Ministério" (peça 6, do TC [Processo 018.706/2020-7](#)) .

24. Além da não demonstração de sua capacidade econômico-financeira, a sociedade empresária apresentou documentos com diversas inconsistências, de acordo com apontamentos da Controladoria-Geral da União - CGU.

25. Ao apresentar o produto ofertado, a Inca Tecnologia indicou que seriam produzidos pela empresa chinesa Ruah. Entretanto, segundo apurado pela CGU, a partir de contato direto com a empresa Ruah Equipamentos de Proteção Individual Eireli, essa fabricante não teria capacidade de produção desses produtos, o que inviabilizaria a execução contratual. Ou seja, pode-se concluir que houve a inclusão de informação falsa nesse documento (peça 34, p. 3-4, do TC [Processo 018.706/2020-7](#)) .

26. Dessa feita, a Inca apresentou outro pretendo fornecedor, a empresa chinesa Shandong Digital Human Technology Co., Inc., a qual estaria vinculada ao seu catálogo de produtos. Para tanto, foi apresentada carta de autorização de distribuição dessa empresa chinesa para a Inca Tecnologia.

27. Contudo, verificou-se que esse fornecedor chinês tem ramo de atividade não compatível com a produção em massa de aventais ou outros equipamentos de proteção individual. Consoante indicou a CGU (peça 34, p. 6, do TC [Processo 018.706/2020-7](#)) :

"Em seu site, [www.digihuman.com](#), a empresa se apresenta, em tradução livre, como "de alta tecnologia", comprometida com o desenvolvimento e aplicação de sistemas digitais do corpo humano. Já em seu relatório comercial mais recente, a empresa apresenta portfólio contendo os seguintes produtos: educação em medicina chinesa e ciências da vida humana, bem como produtos médicos digitais."

28. Consoante a CGU, "além da incompatibilidade do ramo da empresa (tecnologia) , a carta apresentada pela INCA não possui qualquer tipo de autenticação oficial por autoridades brasileiras ou chinesas, e contém indicativos de manipulação digital, com partes da imagem apresentando cores e texturas incompatíveis com o aspecto natural da imagem." (grifou-se) .

29. Esses indícios de manipulação digital (cores e texturas incompatíveis com o aspecto natural da imagem) sequer foram enfrentados pela Inca Tecnologia, o que permite a conclusão de que efetivamente ocorreram.

30. Em um segundo momento, a empresa Inca Tecnologia apresenta seu catálogo de produtos hospitalares que teriam como origem a empresa Shandong Digital Human Technology Co., Inc.. Entretanto, consoante apontado pela CGU, a maioria das imagens ali mostradas, tanto dos aventais, das instalações fabris e até a utilizada na capa do mencionado catálogo, pertencem, na verdade, à empresa Henan Mecare Trading Co., Ltd., em nenhum

momento citada pela Inca.

31. Na verdade, a CGU constatou que a Inca utilizou em seu catálogo imagens de acesso livre na internet vinculadas à Henan Mecare Trading Co; Ltd., a qual não tem vinculação com a primeira. (peça 34, p. 8, do TC Processo 018.706/2020-7) .

32. Tem-se, portanto, mais uma evidência da fraude documental.

33. Concluo, pois, haver nos autos elementos suficientes para se concluir que a empresa Inca Tecnologia de Produtos e Serviços Eireli utilizou de meios fraudulentos com o intuito de ser contratada para o fornecimento de que trata a dispensa de licitação 56/2020, a cargo do Ministério da Saúde.

34. Rememoro ser cabível a aplicação da sanção de declaração de inidoneidade quando verificada fraude em procedimentos de contratação direta, uma vez que o termo "licitação" a que se refere o art. 46 da Lei 8.443/1992 não se restringe aos procedimentos licitatórios em sentido estrito, abarcando também as contratações diretas.

35. Verificado o elemento doloso consistente na falsificação de documentos e na prestação de informações falsas com o intuito de viabilizar uma contratação pública de grande envergadura e com alto interesse social, considerando ainda a ausência de qualquer atenuante, entendo que a empresa Inca Tecnologia de Produtos e Serviços Eireli deve sofrer a sanção prevista no art. 46 da 8.443/1992 pelo prazo máximo permitido na lei, qual seja cinco anos.

Diante do exposto, acolho o parecer da unidade técnica e a manifestação do Ministério Público junto ao TCU, os quais incorporo como razões de decidir, e voto por que o Tribunal adote o acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 13 de setembro de 2023.

BENJAMIN ZYMLER

178. Verifica-se que o entendimento da Corte de Contas, naquele momento, **se alinhou ao entendimento outrora esposado pelo Sr. Ministro de Estado da CGU**, no sentido de que nos fatos ora sob análise restou suficientemente demonstrado o dolo da recorrente **na fraude documental ocorrida no procedimento licitatório** (dispensa de licitação 56/2020, de 27/4/2020) conduzido pelo Ministério da Saúde.

179. O TCU inclusive **aplicou o máximo da pena de inidoneidade prevista no art. 46 da Lei nº 8443/1992:**

Art. 46. 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.

180. O entendimento consignado pela Corte de Contas por meio do [ACÓRDÃO 1914/2023 - PLENÁRIO](#) demonstra que a aplicação da penalidade de inidoneidade está adequada e proporcional ao ilícito. E reforça o juízo de valor outrora realizado pela autoridade julgadora desta CGU quando da Decisão nº 264, publicada no DOU nº 153, de 11 de agosto de 2023, e constante dos autos do presente Processo de Responsabilização.

181. A despeito disso, a recorrente peticionou novamente nos autos apresentando como FATO NOVO o julgamento realizado pelo Tribunal de Contas da União em 28/02/2024, por meio do qual o Plenário do TCU proferiu o **Acórdão nº 315/2024-TCU-Plenário**, dando provimento ao pedido de reexame da empresa ora recorrente para afastar a sanção de inidoneidade aplicada anteriormente pelo Acórdão nº 1.914/2023-TCU-Plenário.

182. É o que será apreciado a seguir.

III) DA PETIÇÃO QUE NOTICIA "FATOS NOVOS" (SEI nº 3138121 - SAPIENS Seq. 36)

183. A recorrente protocolou em 11/03/2024 nova petição requerendo a apresentação de fatos e documentos novos, rogando pelo prestígio ao princípio da verdade material que rege os processos administrativos, ao disposto no inciso III do art. 3º e no caput do art. 65, todos da Lei nº 9.784/99, e no manual interno da CGU(SUPER 3138121 - Sequencial 36).

184. Em suma a recorrente apresenta como FATO NOVO o julgamento realizado pelo Tribunal de Contas da União em 28/02/2024, por meio do qual o Plenário do TCU proferiu o **Acórdão nº 315/2024-TCU-Plenário** e, segundo a recorrente, "julgou a questão em definitivo". Na linha do voto do Relator do recurso, Min. Jhonatan de Jesus, o TCU proveu, à unanimidade, o pedido de reexame para afastar a sanção de inidoneidade aplicada anteriormente pelo Acórdão nº 1.914/2023-TCU-Plenário naquela sede.

185. Juntou-se o inteiro teor do **Acórdão nº 315/2024-TCU-Plenário** (SE nº 3135122, 3138123 e 3138124 - SAPIENS Seq. 36 - fls. 14 a 29 do pdf).

186. Apresenta ainda como segundo FATO NOVO, a sugestão de arquivamento do Inquérito Policial nº Nº 20200.0097130-SR/PF/DF, nos termos do Relatório nº 5116261/2023 expedido pela DELEGACIA DE REPRESSÃO A CRIMES FAZENDÁRIOS - DELEFAZ/DRPJ/SR/PF/DF (SUPER 3138125 - Sequencial 36 - fls. 30 a 38 do pdf).

187. Juntou ainda o LAUDO DE PERÍCIA CRIMINAL FEDERAL por meio do qual a recorrente sustenta que " *A conclusão da perícia técnica, elaborada pelo perito policial Sr. Davi Silva dos Santos, foi pela impossibilidade de cogitar fraude da Recorrente a partir de avaliação da carta digitalizada*" (SEI nº 3138126 -- SAPIENS Seq. 36 - fls. 39 a 49 do pdf).

188. E, por fim, a recorrente aproveita o peticionamento para novamente reforçar argumentos já trazidos quando da instrução probatória e no pedido de reconsideração, quais sejam:

189. Pois bem, passemos à análise dos argumentos da defesa constante da nova petição, em prestígio à garantia constitucional da ampla defesa .

III.a. Do Inquérito Policial nº N° 20200.0097130-SR/PF/DF

190. Primeiramente, analisaremos o "fato novo" relacionado a sugestão de arquivamento do Inquérito Policial nº N° 20200.0097130-SR/PF/DF, nos termos do Relatório ° 5116261/2023 expedido pela DELEGACIA DE REPRESSÃO A CRIMES FAZENDÁRIOS - DELEFAZ/DRPJ/SR/PF/DF (SUPER 3138125).

191. Acerca desse fato, cumpre registrar que a Controladoria-Geral da União e a Polícia Federal **são instâncias administrativas distintas e que, apesar dos fatos serem os mesmos, o objeto de apuração de seus respectivos procedimentos são TOTALMENTE DISTINTOS.**

192. Com efeito, o PAR instaurado pela CGU busca apurar a responsabilidade de **PESSOA JURÍDICA** em relação a prática de atos ilícitos previstos na Lei nº 12.846/2013, a Lei Anticorrupção (LAC). Por sua vez, a Polícia Federal ao instaurar um inquérito policial a partir dos mesmos fatos objetiva apurar as responsabilidades de **PESSOAS FÍSICAS** em relação a crimes tipificados em nosso ordenamento jurídico. Afinal, exceto no caso de crimes ambientais, PESSOA JURÍDICA não comete crime.

193. Acerca das instâncias de responsabilização por atos de corrupção, convém consignar o que orienta o MANUAL DE PAR^[1] da CGU:

(...)

Em linhas gerais, os atos de corrupção são tipificados, **no âmbito penal**, como crimes contra a Administração Pública (Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal – CP), crimes contra a Ordem Econômica e a Ordem Tributária (Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990); **no âmbito civil**, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992) constitui o principal instrumento de repressão à corrupção; **no âmbito administrativo**, pode ser mencionada a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que, dentre outras situações, prevê a responsabilização de servidores públicos por práticas relacionadas à corrupção, bem como as normas de licitações e contratos, em especial a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que prevê sanções para as irregularidades praticadas por fornecedores (pessoas físicas ou jurídicas).

Nesse cenário de multiplicidade de responsabilização de pessoas físicas e jurídicas, insere-se a Lei Anticorrupção - LAC, dispondo, em âmbito administrativo e civil, sobre a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas que cometam atos lesivos à administração pública nacional ou estrangeira, desde que praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não. Estes atos lesivos, por sua vez, compõem esse espectro dos atos de corrupção, na forma aqui comentada.

Registre-se que essas diferentes esferas atuam de maneira independente. Em outras palavras, para a realização de uma apuração na seara administrativa, não se deve aguardar a atuação das instâncias civil ou penal, podendo as apurações correrem paralelamente. (grifos acrescidos)

Do mesmo modo, **em regra, as conclusões das apurações no âmbito penal e civil não vincularão as conclusões das investigações da Administração.** Em se tratando das exceções, a título exemplificativo, pode ser mencionado o art. 126 da Lei nº 8.112/90, segundo o qual “a responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria”. (grifos acrescidos)

Diferentemente, **a LAC não prevê expressamente nenhuma hipótese de repercussão das decisões de outras esferas nas apurações conduzidas em seu âmbito.** (grifos acrescidos)

Não obstante, cabe mencionar que os artigos 66 e 67 do Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – CPP), preveem a impossibilidade de propositura de ação civil de ressarcimento de danos sobre determinada matéria, quando naquele juízo ocorrer a negativa de materialidade.

Assim, **uma vez que a decisão penal conclusiva quanto à inexistência material de fato considerado ilícito implica a impossibilidade de cobrança de eventual dano (vinculação da instância civil às decisões penais), é razoável concluir-se que também impossibilita a ação administrativa que se fundamente em ato lesivo, caso das apurações decorrentes da Lei nº 12.846/2013.** (grifos acrescidos)

Oportuno frisar que circunstâncias que não afastam a existência dos fatos, como, por exemplo, falta de provas para a condenação, ocorrência de prescrição, não vinculam as apurações em face de entes privados, realizadas pela Administração, já que não implicam a negativa de materialidade mencionada.

Ainda acerca do tema, cabe trazer à baila o entendimento consolidado do STF:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. INDEPENDÊNCIA ENTRE INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVA, CÍVEL E PENAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. Nos termos da jurisprudência sedimentada nesta Corte, são independentes as instâncias administrativa, cível e penal, excepcionando-se apenas as hipóteses em que é reconhecida, no âmbito penal, a negativa da autoria ou da materialidade do fato. Precedentes. 2. Inexiste violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa quando é oportunizada ao servidor a faculdade de participar de todo o Processo Administrativo Disciplinar do qual é parte, inclusive com a oportunidade de remarcar perícia médica solicitada. 3. Não se admite, na estreia via do mandado de segurança, a realização de dilação probatória. Precedentes. 4. Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, §4º, do CPC” – grifos acrescidos. (STF, RMS 35469 AgR, Relator Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, DJe 11/03/2019) (grifos acrescidos)

(...)

2.1. INSTÂNCIA PENAL

O Código Penal, em seus artigos 312 a 359, prevê uma série de crimes contra a Administração Pública, os quais se somam a outros constantes de leis penais extravagantes que tangenciam a corrupção, possuindo como sujeito ativo apenas a pessoa física.

Há previsão de crimes também na Lei nº 8.666/93, consistindo em condutas danosas à administração pública, à moralidade administrativa e aos interesses dos demais participantes de licitações, passíveis de verificação nas mais diversas fases do procedimento licitatório e respectivo contrato administrativo, abrangendo situações que vão desde a concepção do instrumento convocatório à efetiva execução do contrato.

Ainda, **é importante destacar que muitos atos de corrupção empresarial, previstos como atos lesivos na Lei nº 12.846/2013, configuram, também, ilícito penal tipificado em lei específica. Em tais casos, do ponto de vista penal, restaria a apuração da conduta das pessoas físicas responsáveis pelos atos em questão, sem prejuízo de, no âmbito administrativo, serem conduzidos os processos de responsabilização da pessoa jurídica e do agente público eventualmente relacionado às irregularidades.** *(grifos acrescidos)*

Outro ponto a destacar é que, no Brasil, ao contrário do que ocorre em vários países, a corrupção nas relações privadas não é considerada crime. **Tanto a corrupção passiva quanto à ativa**, tipificadas, respectivamente, nos artigos 317 e 333 do CP, **pressupõem a figura do "funcionário público ou equiparado", qualificado nos termos do que estabelece o art. 3274 do CP.** *(grifos acrescidos)*

(...)

2.1.1. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica

É certo que a atual redação do Código Penal Brasileiro não traz a possibilidade de responsabilização criminal de pessoas jurídicas.

Porém, a promulgação da Constituição Federal de 1988 trouxe uma inovação a esse respeito, ao determinar, no § 3º do art. 2256, a cominação de sanções penais às pessoas físicas e jurídicas causadoras de danos ao meio ambiente.

(...)

Importante frisar, contudo, **que a infração ambiental é hoje a única hipótese prevista em lei de responsabilização criminal de pessoa jurídica no ordenamento pátrio. Quanto às apurações relacionadas à corrupção, a esfera penal alcança somente as pessoas físicas.** *(grifos acrescidos)*

Apenas para registro, **anote-se que parte da doutrina é contrária à responsabilização penal da pessoa jurídica, por entender que lhe faltariam três capacidades essenciais à imputação penal, quais sejam, a de ação, a de culpabilidade e a de pena.** Não obstante, o STF já decidiu em sentido oposto, em sede de Recurso Extraordinário (RE 548181/PR). Ocasão em que reconheceu, ainda, **a possibilidade de se processar criminalmente uma pessoa jurídica, mesmo que não haja ação penal em curso contra a pessoa física responsável pela empresa.** *(grifos acrescidos)*. Veja-se:

EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CONDICIONAMENTO DA AÇÃO PENAL À IDENTIFICAÇÃO E À PERSECUÇÃO CONCOMITANTE DA PESSOA FÍSICA QUE NÃO ENCONTRA AMPARO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. O art. 225, §3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação. 2. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta. 3. **Condicionar a aplicação do art. 225, §3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental.** 4. A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. **Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual.** 5. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido” – grifos acrescidos. (STF, RE 548181, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe-30/10/2014)(...) *(grifos acrescidos)*

194. A partir do supra transcrito, verifica-se que a Lei nº 12.846/2013, Lei Anticorrupção, **inaugurou o instituto da responsabilização objetiva e a independência das instâncias apuratórias, no que se refere aos atos de corrupção (nos termos dos artigos 1º, 2º e 3º).**

195. Portanto, a regra é a independência das instâncias. **Apenas em situações excepcionais, de negativa de materialidade ou autoria, poderá haver a interferência de uma instância (penal) em relação a outra (administrativa).**

196. A despeito disso, ao contrário do que quer fazer crer a recorrente, a conclusão da Polícia Federal no IPL nº 2020.0097130-SR/PF/DF **não atesta a impossibilidade de se considerar a prática de fraude à licitação por parte da Recorrente, isto é, não afasta a materialidade e autoria do ilícito que se apura no presente PAR, qual seja, a fraude a licitação.**

197. A proposta de arquivamento do IPL na verdade partiu do fato de que o LAUDO DE PERÍCIA CRIMINAL FEDERAL acerca da "*autenticidade da carta supostamente emitida pelo fornecedor chinês Shandong Digital Human Technology Co., Inc., que informava que a INCA seria um distribuidor autorizado*", na verdade, **restou INCONCLUSIVO quanto aos dois primeiros quesitos e quanto ao último quesito o perito destacou apenas os achados e posicionamento do TCU, da CGU e do Ministério da Saúde quanto à INCA até a data da emissão do laudo** (SUPER 3138126 - Sequencial 36 - fls. 38 a 48 do pdf).

198. Eis os quesitos a serem respondidos pela Perícia Técnica:

...proceder exame pericial nas cartas supostamente emitidas pelo fornecedor chinês Shandong Digital Human Technology e no Catálogo de Produtos Hospitalares da INCA (presentes nos Apenso 1 e 2 do inquérito em referência), abrangendo pesquisas em fonte abertas, a fim de constatar:

1—a autenticidade da carta supostamente emitida pelo fornecedor chinês Shandong Digital Human Technology Co., Inc., que informava que a INCA seria um distribuidor autorizado.

2—a autenticidade do catálogo de produtos hospitalares da INCA que, embora faça menção aos supostos produtos da empresa Shandong Digital Human Technology, apresenta imagens (aventais, instalações fabris e capa do catálogo) que seriam, na realidade, de outra empresa sequer mencionada pela Inca: Henan Mecare Trading Co; Ltd.

3—outros julgados pertinentes pelo perito, relacionados à suposta apresentação de documento inidôneos pela empresa INCA Tecnologia de Produtos e Serviços, com o objetivo de demonstrar sua capacidade técnico-operacional para o fornecimento de 80 milhões de aventais que viriam a ser adquiridos no âmbito de ações de enfrentamento ao COVID-19 (Dispensa de Licitação nº 56/2020, de 27/04/2020, do Ministério da Saúde).

199. E eis as respostas do Perito, constante no referido laudo:

IV –RESPOSTA AOS QUESITOS

1—a autenticidade da carta supostamente emitida pelo fornecedor chinês Shandong Digital Human Technology Co., Inc., que informava que a INCA seria um distribuidor autorizado.

Resposta: Importa esclarecer que a área de Perícias Documentoscópicas possui como principal desígnio a condução de análises em documentos apresentados em formatos tangíveis, geralmente materializados em papel ou substâncias comparáveis que permitem o registro de informações, dados ou valores, por meio do uso de técnicas específicas de impressão. Estas técnicas podem ser aplicadas com ou sem a adição de elementos de segurança, em conformidade com o propósito do documento em questão.

A abordagem empregada em uma avaliação Documentoscópica tradicional é vinculada ao uso de instrumentos ópticos especialmente desenvolvidos para identificar características materiais de segurança e/ou evidências físicas de adulteração nos documentos. Nesse contexto, o Perito normalmente se apoia em um conjunto de informações técnicas relevantes ao estudo de documentos de segurança, que incluem aspectos como tipos de papel, métodos de impressão e processos gráficos, entre outros. Naturalmente, a aplicação eficaz dessa metodologia está condicionada à disponibilidade e apresentação dos documentos originais, o que não se verifica no presente caso.

Quanto à rotina de uma análise Documentoscópica convencional, a inspeção de imagens digitalizadas não proporciona os mesmos elementos materiais que permitiriam uma avaliação direta da autenticidade dos documentos. Similarmente ao que ocorre em exames de cópias reproduzidas, a análise de imagens digitalizadas impõe limitações técnicas significativas à Perícia, pois qualquer representação digital conserva apenas a aparência e a forma geral dos elementos impressos e escritos, ocultando muitas das características intrínsecas do material original. Isso pode encobrir adulterações, rasuras e alterações de texto e/ou assinaturas.

A análise de Autenticidade Documental presume que os documentos em questão sejam de natureza segura, ou seja, concebidos e confeccionados para minimizar os riscos de falsificação e danos, além de possibilitar a confirmação da autenticidade do substrato e dos elementos de segurança integrados ou impressos. Nesse contexto, é salientado pelo Perito que os documentos submetidos à análise não podem ser categorizados como documentos de segurança.

Por outro lado, a análise de Alteração Documental se refere a qualquer modificação estrutural realizada em documentos, seja por meio da eliminação, adição ou substituição de partes ou da totalidade dos elementos gráficos. Modificações por eliminação podem ser efetuadas através de rasuras, raspagem, amputação ou processos químicos de remoção. Já as alterações por acréscimo envolvem técnicas como retoques, emendas, adições ou oblitterações. No que tange à substituição, esse tipo de alteração pode ocorrer por meio da retirada de parte do suporte documental.

No presente caso, que envolve imagens digitalizadas, é impossível afirmar se houve alteração na forma original por meio de uma análise Documentoscópica. Consequentemente, para conduzir uma verificação de Alteração Documental Documentoscópica, é indispensável apresentar para a área especializada em Documentoscopia deste Setor Técnico o documento físico original em questão, bem como padrões de comparação, caso estejam disponíveis. (grifos acrescidos)

2 – a autenticidade do catálogo de produtos hospitalares da INCA que, embora faça menção aos supostos produtos da empresa Shandong Digital Human Technology, apresenta imagens (aventais, instalações fabris e capa do catálogo) que seriam, na realidade, de outra empresa sequer mencionada pela Inca: Henan Mecare Trading Co; Ltd.

Resposta: Ver resposta ao quesito 1. (grifos acrescidos)

3 – outros julgados pertinentes pelo perito, relacionados à suposta apresentação de documento inidôneos pela empresa INCA Tecnologia de Produtos e Serviços, com o objetivo de demonstrar sua capacidade técnico-operacional para o fornecimento de 80 milhões de aventais que viriam a ser adquiridos no âmbito de ações

de enfrentamento ao COVID-19 (Dispensa de Licitação nº 56/2020, de 27/04/2020, do Ministério da Saúde).

Resposta: Através do procedimento de Tomada de Contas nº 018.706/2020-7, o **Tribunal de Contas da União identificou inconsistências na Dispensa de Licitação nº 56/2020**. As eventuais falhas e riscos no processo estão associados à estimativa das quantidades, à logística de aquisição e distribuição, à pesquisa de preços e à capacidade operacional da empresa fornecedora. As justificativas fornecidas para as quantidades informadas pelo Ministério da Saúde foram consideradas genéricas. Por outro lado, o planejamento de quantidade juntamente com a informação de que o produto seria originário da China suscitou preocupações quanto à logística de aquisição e distribuição. Apesar de a empresa fornecedora ter apresentado a proposta de menor valor, o TCU considerou insuficientes as pesquisas de preços realizadas pelo Ministério da Saúde. Por fim, **a empresa fornecedora não demonstrou competência técnica e operacional para a execução do Contrato. (grifos acrescidos)**

Por sua vez, a **Controladoria-Geral da União destacou indícios de manipulação de documentos e uso inadequado de imagens de um fabricante não relacionado à aquisição**. Isso se baseou em uma carta supostamente emitida pela fabricante chinesa, autorizando a Inca Tecnologia a distribuir seus produtos médicos no Brasil, incluindo aventais hospitalares. Entretanto, **essa carta, proveniente de uma empresa cuja atividade não tem relação com a produção de aventais ou insumos médicos, levanta suspeitas de falsificação. (grifos acrescidos)**

O Despacho CGIES/DLOG/SE/MS da Coordenação-Geral de Aquisição de Insumos Estratégicos para Saúde comunicou que, após avaliar as falhas e problemas apontados pelo TCU e pela CGU no processo de contratação da Dispensa de Licitação nº 56/2020, bem como o risco potencial de causar prejuízo aos fundos públicos, o Ministério da Saúde optou por anular a contratação em 18/05/2020. (grifos acrescidos)

Nada mais havendo a lavrar, o Perito Criminal Federal encerra o presente Laudo, elaborado em 11 (onze páginas), digitalmente assinado.

200. Portanto, ao contrário do que quer fazer crer a recorrente, a perícia técnica, elaborada pelo perito policial Sr. Davi Silva dos Santos, **NÃO CONCLUIU pela impossibilidade de cogitar fraude da Recorrente a partir da avaliação da carta digitalizada.**

201. O que a perícia concluiu, na realidade, foi que **não seria possível realizar a verificação de alteração documental documentoscópica (isto é, não seria possível realizar a própria perícia) sem o documento físico original investigado**, haja vista que o documento apresentado à perícia consistia em imagem digitalizada, **tornando impossível uma análise documentoscópica sem o original físico do documento.**

202. Isso não afasta a ocorrência do ilícito de fraude a licitação (tipificado no art. 90 da Lei nº 8.666/93), o qual no presente caso, conforme já exaustivamente narrado neste parecer, não se subsume unicamente pela apresentação da *carta supostamente emitida pelo fornecedor chinês Shandong Digital Human Technology Co., Inc., que informava que a INCA seria um distribuidor autorizado.*"

203. Tampouco afasta a possibilidade dos ilícitos tipificados no art. 299 e no art. 304 do Código Penal (falsidade ideológica e uso de documento falso).

204. O que a perícia criminal concluiu é que não seria possível fazer perícia documentoscópica a partir de uma cópia digitalizada, isto é, sem o documento original.

205. Portanto, a sugestão de arquivamento do IPL foi em razão de ausência de **elementos probatórios para sustentar uma acusação perante alguma PESSOA FÍSICA envolvida nos fatos investigados.**

206. Não se recomendou o arquivamento do IPL em razão de negativa de autoria e materialidade, ou mesmo pela inexistência do ilícito investigado para fins de LAC, como quer fazer crer a recorrente, **razão pela qual o entendimento da Polícia Federal não repercute de forma alguma no âmbito do presente processo de responsabilização de pessoa jurídica, que busca, conforme já registrado, apurar a RESPONSABILIDADE (objetiva) DE PESSOA JURÍDICA e não de PESSOA FÍSICA dentro dos fatos investigados.**

III.b. Do novo Acórdão nº 315/2024-TCU-Plenário

207. Por sua vez, em relação ao "fato novo" referente ao julgamento do Tribunal de Contas da União, por meio do **Acórdão nº 315/2024-TCU-Plenário** que apreciou o pedido de reexame da recorrente, no âmbito da representação TC 041.993/2020-9, sendo provido para afastar a sanção de inidoneidade aplicada anteriormente pelo Acórdão nº 1.914/2023-TCU-Plenário, **também se está diante da deliberação de uma instância independente e que não vincula de nenhuma forma a decisão do Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União. Vejamos.**

208. Sobre a matéria, trago a baila as orientações contidas no Manual de PAR da CGU:

2. INSTÂNCIAS DE RESPONSABILIZAÇÃO POR ATOS DE CORRUPÇÃO

(...)

No que tange à separação da instância administrativa com o campo de atuação do Tribunal de Contas da União - TCU, **é válido ressaltar que a regularidade de contas julgada por aquela Corte não impede a responsabilização de servidores ou entes privados pela Administração**. Nessa linha de raciocínio, vale citar o seguinte julgado: (grifos acrescidos)

ATRIBUIÇÕES – CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – COMISSÃO CONDUTORA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – INDEPENDÊNCIA. Surgem independentes as atribuições da Controladoria-Geral da União, do Tribunal de Contas da União e de comissão condutora de processo administrativo. Os primeiros são órgãos responsáveis, respectivamente, pelo controle interno e externo das contas dos administradores. A cargo da comissão fica a apuração de falta funcional. (...) Relatório (...) 5. A circunstância de terem sido eventualmente aprovadas tanto pelo Tribunal de Contas da União – TCU quanto pela Controladoria-Geral da União – CGU as contas analisadas em autos do processo disciplinar, embora indiquem a existência de alguma divergência, não demonstra a presença de direito líquido e certo a ser tutelado. A comissão processante, no exercício da atividade de apurar a conduta ilícita praticada, tem ampla liberdade de agir, não remanescendo adstrita a conclusões de órgãos de controle interno ou externo a respeito das contas impugnadas” – grifos acrescentados. (STF, RMS 29912, Relator Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJE 09/05/2012) (grifos acrescentados)

No entanto, segundo parecer vinculante da Advocacia-Geral da União, a decisão da Corte de Contas que negue existência de fato ou autoria, pode repercutir na esfera administrativa. Confira-se:

Parecer GQ-55 da AGU, de 30 de janeiro de 1995, vinculante: Contraditório, ampla defesa, prescrição e consequências do julgamento da regularidade de contas pelo Tribunal de Contas da União no processo administrativo disciplinar. [...] 29. **A decisão do TCU, adotada em vista de sua função institucional, repercute na ação disciplinar dos órgãos e entidades integrantes da Administração Pública na hipótese em que venha negar especialmente a existência do fato ou a autoria.** 30. **O julgamento da regularidade das contas, por si só, não indica a falta de tipificação de infração administrativa [...].** (grifos acrescentados)

A título de referência, considerando que sua aplicação para fins de responsabilização de pessoas jurídicas tem efeitos limitados, faz-se menção ainda a disposição específica constante da Lei nº 13.869/2019. Conhecida como Lei de Abuso de Autoridade, referido diploma estabeleceu que o julgamento na esfera penal vincula às esferas civil e administrativo-disciplinar, quando reconhece a ocorrência de uma das excludentes de ilicitude. Essa é a previsão do art. 8º de tal Lei:

Art. 8º Faz coisa julgada em âmbito cível, assim como no administrativo-disciplinar, a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Como será visto em item específico deste manual, a responsabilização de pessoas jurídicas prevista pela Lei nº 12.846/2013 estabeleceu o instituto da responsabilização objetiva. Portanto, **há que se perquirir no caso concreto, diante de todos os elementos caracterizadores do ato lesivo, se eventual julgamento na esfera penal nos termos do mencionado art. 8º poderia afastar a responsabilização da pessoa jurídica.** (grifos acrescentados)

Assenta-se, assim, que a regra é a independência das instâncias. **Apenas em situações excepcionais, de negativa de materialidade ou autoria, poderá haver a interferência referida acima.** (grifos acrescentados)

209. A partir do que orienta o Manual de PAR, assim como em relação ao IPL, **o TCU não negou a materialidade ou autoria do ilícito praticado.**

210. Na apreciação do pedido reexame, aparentemente, **a Corte de Contas apreciou a inexistência do dolo para afastar a condenação da recorrente à inidoneidade.** Com efeito, a Corte de Contas não negou a existência da proposta apresentada pela empresa INCA contendo informação inverídica (materialidade). Tampouco negou que a recorrente efetivamente apresentou a proposta com informação inverídica (autoria), o que foi admitido pela própria recorrente.

211. Ora, considerando que a LAC instituiu a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, o simples reconhecimento da ocorrência do fato (a apresentação da proposta comercial com informações inverídicas) pela recorrente no âmbito de uma dispensa de licitação Pública (autoria) **já caracteriza o ilícito de "fraude a licitação", independentemente da apreciação do elemento subjetivo (dolo ou culpa).** Essa foi a razão pela qual o presente PAR foi instaurado.

212. André Pimentel Filho, citado por Márcio Ribeiro^[2], assim leciona:

E muito embora seja uma característica geral do Direito Administrativo Sancionador, como manifestação do direito de punir condutas socialmente lesivas, a consideração do elemento volitivo do agente, de modo a se evitar sanções imerecidas e se prestigiar a razoabilidade, trata-se de exceção válida e sem qualquer mácula de inconstitucionalidade. **A responsabilidade objetiva, neste caso, direcionada exclusivamente em face de pessoas jurídicas, é trazida por meio de lei formal, que tem como escopo tutelar a contento direito de repercussão social gravíssima, o direito à probidade nos negócios do estado e entre particulares e esse.** (grifos acrescentados)

213. Assim, na sistemática legal atual, a responsabilização civil e administrativa lastreada na prática de ato lesivo previsto na LAC **demandará a demonstração da ocorrência do ato lesivo em si e o nexo causal com a atuação direta ou indireta da empresa, por meio da demonstração de que o ato fora praticado no interesse ou benefício, exclusivo ou não, da pessoa jurídica.**

214. Portanto, ao contrário da caracterização da "fraude a licitação" prevista na Lei nº 8666/1993, que exige a demonstração do dolo específico para fins de aplicação da pena de inidoneidade, **a LAC responsabiliza objetivamente a pessoa jurídica, independentemente do elemento volitivo.**

215. Ocorre que o presente PAR também apurou a prática do ilícito à luz da Lei nº 8666/93. O Manual de PAR trata essa

questão como "julgamento conjunto":

14.3. JULGAMENTO CONJUNTO

Conforme apontado alhures, **algumas situações fáticas poderão ensejar a prática de irregularidades enquadráveis administrativamente tanto na Lei nº 12.846/2013, quanto em normas de licitações e contrato, sobretudo a Lei nº 8.666/1993.** (grifos acrescidos)

Assim, **desde que garantido o devido processo legal**, com todos os seus consectários jurídicos, principalmente, contraditório e ampla defesa, **deve-se reconhecer o caráter meramente instrumental do processo, de forma que as infrações administrativas, ainda que previstas em leis diversas, poderão ser apuradas no bojo de um único processo, no caso em tela, o PAR.** (grifos acrescidos)

Assim, por exemplo, a prática do ato lesivo descrito na LAC em seu art. 5º, IV, "a" (frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público) também pode configurar o ato ilícito previsto no art. 88, II, da Lei nº 8.666/1993 (tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação), uma das hipóteses sancionadas com a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública.

Tendo em vista que situações como essas poderiam gerar a instauração de processos administrativos sancionadores distintos, submetidos a procedimentos igualmente diferentes e, muito possivelmente, instruídos por comissões distintas, não é difícil constatar o grave cenário de insegurança jurídica que seria imposto às pessoas jurídicas que estivessem sendo processadas naqueles feitos administrativos.

Objetivando minimizar esta instabilidade processual, o **Decreto nº 8.420/2015 determinou, em seu art. 12, que os atos previstos como infrações administrativas à Lei nº 8.666/1993, ou a outras normas de licitações e contratos da administração pública que também sejam tipificados como atos lesivos na Lei nº 12.846/2013, serão apurados e julgados conjuntamente, nos mesmos autos, aplicando-se o rito procedimental do PAR:** (grifos acrescidos)

Art. 12. Os atos previstos como infrações administrativas à Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ou a outras normas de licitações e contratos da administração pública que também sejam tipificados como atos lesivos na Lei nº 12.846/2013, serão apurados e julgados conjuntamente, nos mesmos autos, aplicando-se o rito procedimental previsto neste Capítulo.

§ 1º Concluída a apuração de que trata o caput e havendo autoridades distintas competentes para julgamento, o processo será encaminhado primeiramente àquela de nível mais elevado, para que julgue no âmbito de sua competência, tendo precedência o julgamento pelo Ministro de Estado competente.

§ 2º Para fins do disposto no caput, o chefe da unidade responsável no órgão ou entidade pela gestão de licitações e contratos deve comunicar à autoridade prevista no art. 3º sobre eventuais fatos que configurem atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846/2013. (grifos acrescidos)

Caberá ao chefe da unidade responsável no órgão ou entidade pela gestão de licitações e contratos o dever de comunicar à autoridade competente para instaurar o PAR sobre eventuais fatos que configurem simultaneamente atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846/2013 e infrações às normas de licitações e contratos.

Em harmonia com as regras de competência legalmente estabelecidas, por força da autoridade administrativa competente, em consonância com o princípio constitucional do juiz natural na esfera administrativa, concluída a apuração conjunta por meio de PAR, e ocorrendo de as autoridades competentes para julgamento serem distintas (por exemplo, um presidente de autarquia e um Ministro de Estado), o processo será encaminhado primeiramente àquela de nível mais elevado, para que julgue no âmbito de sua competência, tendo precedência o julgamento pelo Ministro de Estado competente.

De outro lado, não haverá maiores controvérsias sempre que houver identidade entre as instâncias de julgamento.

216. Portanto, ainda que para fins de aplicação da LAC não se exija a demonstração do elemento volitivo, no presente PAR, para fins de caracterização do ilícito de "fraude a licitação" prevista no art. 90 da Lei nº 8666/1993, necessariamente o dolo da investigada deve ser demonstrado.

217. *Data venia* da posição do TCU, entendemos que a demonstração do dolo por parte da empresa recorrente foi suficientemente demonstrada pela Comissão de PAR, conforme se verifica do seu Relatório Final (SUPER 2613727), das Nota Técnicas da SIPRI (SUPER 2652145 e 3055964), e conforme foi exaustivamente explicado também no presente parecer (vide itens II.b.1 e II.b.2).

218. Assim, em que pese o TCU ter entendido que o dolo não restou demonstrado, no julgamento do pedido de reexame da recorrente perante a representação que tramitava junto àquela Corte de Contas, **este não foi o juízo de convencimento deste Ministério, que conforme também já esclarecido, é uma instância independente para apreciar o mérito dos procedimentos que instaura, em especial, no que se refere aos processos administrativos de responsabilização sob sua competência.**

219. A propósito, o juízo de valoração feito por este Ministério **foi o mesmo outrora feito pelo próprio TCU quando da decisão primária da Corte de Contas (Acórdão nº 1914/2023–TCU– Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler)** com relação aos mesmos fatos apurados no presente PAR, que reconheceu a fraude documental perpetrada pela recorrente e lhe aplicou a penalidade de inidoneidade pelo prazo de cinco anos, nos termos do art. 46 da Lei nº 8443/1992.

220. Igualmente entendeu a área técnica do Tribunal de Contas da União, em sua manifestação prévia ao Voto do Relator, quando do pedido de reexame apresentado pela recorrente em face da inidoneidade aplicada pela Corte de Contas (SUPER 3138123) e que foi julgado pelo Acórdão nº 315/2024–TCU–Plenário, que agora a recorrente apresenta como "fato novo". Eis o exame da Unidade Técnica do TCU:

EXAME TÉCNICO

4. Delimitação do recurso

4.1. Constituem objeto do recurso as seguintes questões:

- a) Preliminar: prescrição; e
- b) Mérito: regularidade da participação da empresa Inca na Dispensa de Licitação 56/2020

PRELIMINAR

Prescrição

Análise

(...)

4.7. Conforme se observa das datas dos documentos acima referidos, não foi ultrapassado o prazo quinquenal previsto no art. 2º da Resolução 344/2022, tampouco o prazo trienal previsto no art. 8 da referida Resolução.

MÉRITO

Regularidade da participação da empresa Inca na Dispensa de Licitação 56/2020

Argumentos

4.8. A recorrente argumenta que (peça 41):

- a) apresentou, além da documentação exigida, detalhamento dos seus fornecedores e carta de distribuição de insumos (peça 41, p. 9-11);
- b) não é razoável, nem tampouco justo, que àquela altura, com todos os compromissos assumidos, viesse a ter questionada a sua capacidade econômica ou operacional, que nem sequer foram objeto de requisito prévio para o chamamento em questão (peça 41, p. 12-14);
- c) o Ministério da Saúde exigiu a comprovação de regularidade fiscal em relação às Fazendas Federal, Estadual e Municipal, o que é suficiente para mensurar a capacidade econômica do licitante vencedor de executar o contrato administrativo (peça 41, p. 15);
- d) a empresa demandada atendeu todos os requisitos exigidos, de forma a comprovar sua capacidade técnica e econômica, suficientes a garantir a execução do contrato (peça 41, p. 16-17);
- e) a 'Ruah' é apenas uma das marcas que fabricam os referidos produtos, dentre as quais, poderia a empresa demandada eleger a sua livre escolha (pela 41, p. 18);
- f) a exigência deveria ter sido designada com tempo hábil para o devido acatamento pela empresa demandada, em procedimento próprio, o de que fato não se verificou (peça 41, p. 18);
- g) a empresa demandada estaria obrigada a prestar a cláusula de garantia sendo desnecessário apresentar a comprovação de produção dos referidos aventais, como do capital de giro da empresa, senão por excesso de formalismo (peça 41, p. 19);
- h) a contratação em tela previa que a execução se daria de forma fracionada, cuja demanda estava prevista para atender as necessidades do Posto Médico por aproximadamente 12 (doze) meses (peça 41, p. 19);
- i) a Administração não pode alterar os critérios editalícios de julgamento, tampouco permite-se o subjetivismo das decisões, o que restringe o caráter competitivo da licitação e viola os princípios da razoabilidade e proporcionalidade (peça 41, p. 20-22);
- j) a Lei de Licitações nada referiu sobre os requisitos agora exigidos, limitando-se à exigência de Capital Mínimo e Patrimônio Líquido (peça 41, p. 23-24); e
- k) mostra-se ilegal, desproporcional e arbitrária a exigência de forma cumulativa do capital mínimo, capital de giro e garantia de produção, além das garantias que se assegurem o adimplemento do contrato a ser celebrado (peça 41, p. 24-25).

4.9. Requer, por fim, que esta Corte reconheça a regularidade de sua contratação na dispensa de licitação 56/2020, a cargo do Ministério da Saúde e, consequentemente, revogue a aplicação da sanção prevista no art. 46 da 8.443/1992, a ela imposta (peça 41, p. 26-27).

Análise

4.10. Não assiste razão à recorrente.

Explica-se.

4.11. A recorrente apresenta argumentos recursais semelhantes às alegações apresentadas em resposta à oitiva. Essas alegações já foram analisadas por esta Corte de forma clara e suficiente (peças 34 e 35). Anui-se integralmente aos termos da decisão ora recorrida, não havendo mácula em seus posicionamentos, tendo sido garantido o devido processo legal e a segurança jurídica. (grifos acrescidos)

(...)

4.13. Cumpre demonstrar que o voto da decisão recorrida bem apontou as questões que levaram à conclusão de fraude à licitação. Vejam-se os seguintes trechos extraídos da peça 34, p. 4: (grifos acrescidos)

‘23. Em reunião realizada entre os representantes da empresa e do Ministério da Saúde, em 7/5/2020, a primeira afirmou que ‘não terá dificuldades de levantar capital de giro ...[e] esclareceu que há um grupo econômico que dará suporte a operação de investidores que dará suporte econômico para realizar a opera’ para executar o contrato. Depois de instado a se manifestar sobre quem seriam os participantes desse grupo, o representante da empresa afirmou ‘que o faria se solicitado pelo Ministério’ (peça 6, do TC 018.706/2020-7). (grifos

acrescidos)

24. Além da não demonstração de sua capacidade econômico-financeira, a sociedade empresária apresentou documentos com diversas inconsistências, de acordo com apontamentos da Controladoria-Geral da União – CGU.

25. Ao apresentar o produto ofertado, a Inca Tecnologia indicou que seriam produzidos pela empresa chinesa Ruah. Entretanto, segundo apurado pela CGU, a partir de contato direto com a empresa Ruah Equipamentos de Proteção Individual Eireli, essa fabricante não teria capacidade de produção desses produtos, o que inviabilizaria a execução contratual. **Ou seja, pode-se concluir que houve a inclusão de informação falsa nesse documento (peça 34, p. 3-4, do TC 018.706/2020-7). (grifos acrescidos)**

26. Dessa feita, a Inca apresentou outro pretendo fornecedor, a empresa chinesa Shandong Digital Human Technology Co., Inc., a qual estaria vinculada ao seu catálogo de produtos. Para tanto, foi apresentada carta de autorização de distribuição dessa empresa chinesa para a Inca Tecnologia.

27. Contudo, verificou-se que esse fornecedor chinês tem ramo de atividade não compatível com a produção em massa de aventais ou outros equipamentos de proteção individual. Consoante indicou a CGU (peça 34, p. 6, do TC 018.706/2020-7): (grifos acrescidos)

‘Em seu site, www.digihuman.com, a empresa se apresenta, em tradução livre, como de alta tecnologia, comprometida com o desenvolvimento e aplicação de sistemas digitais do corpo humano. Já em seu relatório comercial mais recente, a empresa apresenta portfólio contendo os seguintes produtos: educação em medicina chinesa e ciências da vida humana, bem como produtos médicos digitais.’ (grifos acrescidos)

28. Consoante a CGU, ‘além da incompatibilidade do ramo da empresa (tecnologia), a carta apresentada pela INCA não possui qualquer tipo de autenticação oficial por autoridades brasileiras ou chinesas, e contém indicativos de manipulação digital, com partes da imagem apresentando cores e texturas incompatíveis com o aspecto natural da imagem.’ (grifou-se).

29. Esses indícios de manipulação digital (cores e texturas incompatíveis com o aspecto natural da imagem) sequer foram enfrentados pela Inca Tecnologia, o que permite a conclusão de que efetivamente ocorreram. (grifos acrescidos)

30. Em um segundo momento, a empresa Inca Tecnologia apresenta seu catálogo de produtos hospitalares que teriam como origem a empresa Shandong Digital Human Technology Co., Inc.. Entretanto, consoante apontado pela CGU, a maioria das imagens ali mostradas, tanto dos aventais, das instalações fabris e até a utilizada na capa do mencionado catálogo, pertencem, na verdade, à empresa Henan Mecare Trading Co., Ltd., em nenhum momento citada pela Inca. ((acrescidos)

31. Na verdade, a CGU constatou que a Inca utilizou em seu catálogo imagens de acesso livre na internet vinculadas à Henan Mecare Trading Co; Ltd., a qual não tem vinculação com a primeira. (peça 34, p. 8, do TC 018.706/2020-7). (grifos acrescidos)

32. Tem-se, portanto, mais uma evidência da fraude documental.’

4.14. A Controladoria Geral da União destacou em seu relatório o seguinte fator de risco (peça 7, p. 9):

‘Por fim, ressalta-se, como outro fator de risco relevante, o porte da empresa em relação ao valor da aquisição. Por ser enquadrada como ‘empresa de pequeno porte’ (EPP), nos termos da Lei Complementar 123, de 14/12/2006, seu faturamento anual não ultrapassaria a monta de R\$ 4.800.000,00. Esse valor equivale a pouco mais de 0,5% do valor total da aquisição, prevista em 912 milhões.’

4.15. A leitura atenta das questões acima reproduzidas em confronto com as alegações recursais permite verificar que a recorrente não enfrenta em seu arrazoado a principal questão que a levou a ser condenada à declaração de inidoneidade por 5 anos para contratar com a administração pública quando envolver recursos federais, qual seja, fraude ao processo licitatório. Foram apresentados documentos contendo fortes indícios de adulteração (vide o teor da peça 34 - Nota Técnica nº 1053/2020/CGSAU/DS/SFC da CGU), mas a recorrente nada aduz a respeito nem apresenta documentos que poderiam superar as conclusões da decisão recorrida.

4.16. A recorrente apresenta argumentos no sentido de serem exorbitantes os pedidos do contratante na medida em que o fez após a apresentação das propostas e não por meio de edital de convocação, o que teria violado princípios do processo licitatório como a legalidade e a razoabilidade, entre outros. No entanto, a recorrente não está correta. Veja-se o seguinte trecho da decisão recorrida a respeito desses aspectos (peça 34, p. 3, grifos do original e acrescidos): (grifos acrescidos)

‘14. Pois bem, aqui reside a base de toda a argumentação da empresa, qual seja a de que o chamamento não exigiu a demonstração da capacidade financeira da contratada. (grifos acrescidos)

15. Entretanto, em que pese a simplificação das exigências do termo de convocação, não haveria óbices para que os gestores, de acordo com o conteúdo de cada proposta, exigissem requisitos adicionais dos proponentes, sempre lembrando que se trata aqui de dispensa de licitação, não se aplicando, pois, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório. (grifos acrescidos)

16. Veja-se que os riscos relacionados a essa empresa eram evidentes como bem salientou a unidade técnica (peça 20 do TC 018.706/2020-7):

‘47. Em consulta realizada por esta equipe, verificou-se que a empresa celebrou contratos com a Administração Federal no total de apenas R\$ 11,7 milhões, entre 19/11/2013 e 19/11/2019, e agora pretende firmar um ajuste de R\$ 912 milhões.

48. Em consulta na internet, os resultados de busca indicam que o ramo de atuação da empresa seria a área educacional (peça 14). No mesmo sentido, na proposta apresentada pela empresa ao Ministério da Saúde consta na ‘logo’ a descrição ‘Inca Educacional’ (peça 15, p.11).’

17. Ainda que não houvesse a previsão de pagamentos antecipados, há de se ter em mente o momento de pandemia – em seu estágio inicial – que demandava a entrega dos produtos em prazos adequados. A preocupação principal da administração não era a ocorrência de prejuízos financeiros, mas sim a efetiva entrega dos produtos em um cenário de incertezas acerca da evolução da pandemia da covid-19. Isso agregado à concorrência mundial pelos insumos.

18. Nesse quadro, foi mais que legítimo que a administração buscasse averiguar a capacidade da empresa em cumprir o objeto a ser contratado, pois, como dito, o essencial era a disponibilidade do produto às unidades de saúde no território nacional.

19.Efetuada as exigências referentes à capacidade técnico-financeira, caberia à empresa apresentá-las ou não, com as consequências decorrentes sobre a contratação.

20.Como apontou a unidade técnica, ‘se a empresa entendesse que a exigência da comprovação técnico-operacional e garantia de entrega do produto fosse indevida, ela tinha opção de alegar incapacidade de cumprir essas exigências, que não constavam do instrumento convocatório, e, diante disso, declinar do objeto’.

21.Não foi isso, contudo, que aconteceu, pois a empresa continuou com seu intento em ser contratada praticando os atos que motivaram a realização da oitiva ora em análise.’ (grifos acrescidos)

4.17. Reforça-se anuir-se ao entendimento acima bem como àquele contido no relatório da decisão recorrida à peça 35, p. 8-9, itens 48-52 e p. 10. Nota-se que o trecho acima destaca dois pontos importantes: os **riscos de contratar** a empresa recorrente eram evidentes, o que exigia do gestor público maior cuidado ao tratar da questão da contratação já que se queria garantir que esta atendesse ao cumprimento integral do objeto contratado. Portanto, não se trata de exigências ilegais ou desproporcionais, mas sim garantidoras do cumprimento do objeto a ser contratado. Veja-se o seguinte trecho do relatório da decisão recorrida (peça 35, p. 8, grifos acrescidos):

‘46. Observa-se que a defesa da empresa ITPS cingiu-se a dois pontos específicos: o ato convocatório da Dispensa de Licitação 56/2020 não previa a apresentação de informações relacionadas à garantia do capital de giro e à indicação de garantia de produção dos itens. Ou seja, a garantia do capital de giro não era exigência estritamente necessária e a garantia de produção dos itens seria exorbitante. Daí porque a empresa entende não ter descumprido quaisquer regras exigidas pelo ato de convocação da referida Dispensa.

47. Embora a empresa tenha trazidos dispositivos da Lei de Licitações, observa-se que o confronto do teor deles com os atos adotados pelo MS e CGU não revela incorreção no procedimento de dispensa de licitação. Por isso, razão não assiste à empresa.’

4.18. Caso a recorrente entendesse que era incapaz de atender a todas as exigências impostas, ela poderia declinar sua participação. No entanto, a empresa escolheu continuar no processo licitatório apresentando documentos fraudulentos (peça 35, p. 10, itens 58-59).

4.19. Estava-se diante de um interesse público bastante sensível tendo em vista o contexto de pandemia. Portanto, as demandas realizadas não eram exorbitantes nem feriam o termo editalício, ‘sempre lembrando que se trata aqui de dispensa de licitação, não se aplicando, pois, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.’ (Acórdão 1.748/2020-TCU-Plenário, Min. Rel. Benjamin Zymler). Reproduz-se trecho do relatório da decisão recorrida a respeito (peça 35, p. 9, grifos acrescidos):

‘50. A capacidade técnica-operacional é requisito importante que não deve ser dispensado. Ainda que a empresa tenha mencionado que não haveria pagamentos antecipados, há de se ter em mente o momento de pandemia – em seu estágio inicial, mas com cenário de incertezas dada a imprevisibilidade de suas consequências –, devendo ser ressaltada a concorrência mundial pelos insumos a serem utilizados no combate à pandemia, ao que houve até mesmo episódios de contratos não cumpridos em virtude de preços maiores ofertados por outros países/empresas.

51.Assim, afigurou-se prudente evitar a assinatura de um contrato que posteriormente viesse a não ter sua execução regular, ainda que se tivesse a possibilidade de utilizar os expedientes de garantia contratual. O mais importante, entende-se, era a aquisição do produto.’ (grifos acrescidos) 4.20. Nota-se que o argumento de que a garantia seria suficiente para execução contratual não deve prosperar, porque o que se queria de fato era a entrega de todos os 80 milhões de aventais, para o que se deveria comprovar a capacidade técnica.

4.21. No que tange ao argumento de que a entrega seria parcelada em doze prestações, como bem analisou o relatório da decisão recorrida (peça 35, p. 10): ‘Compulsando os autos da representação originária, observa-se que a previsão era de entrega em trinta dias, sem nada mencionar a respeito de parcelamento de entrega do objeto (peça 12, p. 3, do TC 018.706/2020-7).’ (grifos acrescidos)

4.22. Importante destacar os riscos identificados nessa dispensa de licitação relativos à capacidade operacional da empresa, os quais a indigitada não refuta em sua peça recursal (peça 35, p. 9):

‘52. Importante reproduzir excerto de instrução elaborada nesta unidade técnica acerca dos riscos relacionados à capacidade operacional da empresa (peça 20 do TC 018.706/2020-7):

d) Riscos relacionados à capacidade operacional da empresa

46. Por fim, há que se verificar a capacidade de a empresa Inca Tecnologia de Produtos e Serviços - EIRELI fornecer o produto.

47. Em consulta realizada por esta equipe, verificou-se que a empresa celebrou contratos com a Administração Federal no total de apenas R\$ 11,7 milhões, entre 19/11/2013 e 19/11/2019, e agora pretende firmar um ajuste de R\$ 912 milhões.

48. Em consulta na internet, os resultados de busca indicam que o ramo de atuação da empresa seria a área educacional (peça 14). No mesmo sentido, na proposta apresentada pela empresa ao Ministério da Saúde consta na ‘logo’ a descrição ‘Inca Educacional’ (peça 15, p.11).

49. Na reunião realizada em 7/5/2020, a empresa informou ao Ministério da Saúde que realizaria a compra do objeto de um fornecedor sediado na China com o apoio de parceiros comerciais.

50. Diante dessas informações, reputa-se temerária uma contratação de tamanho vulto, com uma empresa que não demonstra, a princípio, a capacidade técnico-operacional para execução do contrato.

53. Tanto se mostraram acertados os questionamentos desta unidade técnica (peça 20 do TC 018.706/2020-7), a partir das inconsistências/irregularidades que vieram à tona em decorrência também da atuação da CGU, conforme pode ser observado pelo teor da nota técnica da CGU de peça 9, é que os achados não foram esclarecidos ou refutados pela empresa.’

4.23. A empresa não comprovou capacidade técnica para a entrega de 80 milhões de aventais no âmbito de ações de enfrentamento ao Covid-19. Veja-se a seguinte análise extraída da peça 35, p. 11, grifos acrescidos:

‘63. A falta de exigência de apresentação de atestados de tal capacidade, no início do procedimento, impedia a avaliação da comprovação da capacidade produtiva e logística das licitantes, relacionada às quantidades e aos prazos de fornecimento. Todavia, em momento posterior, tendo a CGU feito os questionamentos, e, em função disso, o MS ter solicitado documentação esclarecedora, a irregularidade consistiu no fato de a empresa seguir nos trâmites, sem que conseguisse cumprir o solicitado e, pior, com a apresentação de documentação fraudulenta, o

que configurou a má-fé e fraude à licitação.' (grifos acrescidos)

4.24. A empresa atuou no sentido de induzir ao erro a Administração Pública, como se observa do seguinte excerto (peça 35, p. 12):

71. Percebe-se a conduta ativa da empresa Inca no intuito de induzir a erro a administração pública e, assim, fraudar a licitação, cuja gravidade dos fatos restou demonstrado no TC 018.706/2020-7, quais sejam:

a) não demonstração de sua capacidade econômico-financeira;

b) inicialmente a empresa Ruah Equipamentos de Proteção Individual - Eireli, seria a fabricante dos aventais, mas não teria capacidade de produção desses produtos, o que inviabilizaria a execução contratual;

c) depois, os aventais seriam confeccionados pela empresa chinesa Ruah;

d) posteriormente, a empresa Inca apresentou nova versão dos fatos e informou que a Ruah seria apenas uma marca de sua livre escolha e que os materiais seriam importados da China, podendo ser feitos por qualquer empresa;

e) em seguida, a Inca apresentou outro pretendo fornecedor, a chinesa Shandong Digital Human Technology Co., Inc., mas esse fornecedor chinês tem ramo de atividade não compatível com a produção em massa de aventais ou outros equipamentos de proteção individual. (grifos acrescidos)

72. Ademais, em carta supostamente emitida por esse fornecedor chinês (Shandong), que informava que a Inca seria um distribuidor autorizado, foram apontados indícios de adulteração do documento. Verificou-se, ainda, que o catálogo de produtos hospitalares da Inca, embora fizesse menção a supostos produtos da empresa Shandong Digital Human Technology, apresentava imagens (avental, instalações fabris e capa do catálogo) obtidas em livre acesso na internet pela CGU que eram de outra empresa sequer mencionada pela Inca, a Henan Mecare Trading Co; Ltd., consoante constatações da Nota Técnica 1053/2020/CGSAU/DS/SFC, de 14/5/2020 (peça 9). A empresa Inca não apresentou esclarecimentos sobre o confuso catálogo de produtos hospitalares.

4.25. Verifica-se que também nesse âmbito recursal a empresa nada esclarece sobre essas constatações de fraude à licitação, sobretudo em relação à apresentação de documentos inidôneos com o objetivo de demonstrar a capacidade econômico-financeira da empresa para o fornecimento de 80 milhões de aventais no âmbito de ações de enfrentamento ao Covid-19, fato esse que inviabiliza o provimento do presente recurso, devendo ser mantida a inidoneidade para contratar com Administração Pública, pena prevista no art. 46 da Lei 8443/1992. (grifos acrescidos)

4.26. Cumpre reproduzir excerto interessante que aborda a questão jurisprudencial sobre a possibilidade de se declarar a inidoneidade de empresa ainda que o ato não tenha se concretizado, mas tenha ocorrido no âmbito de um processo licitatório mesmo que seja de contratação direta (peça 35, p. 13, grifos acrescidos):

'78. Relevante trazer julgados do Tribunal relacionados ao assunto tratado. Quanto à declaração de inidoneidade em processo de dispensa de licitação, segundo Acórdão 1280/2018-TCU-Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler:

É cabível a aplicação da sanção de declaração de inidoneidade quando verificada fraude em procedimentos de contratação direta, uma vez que o termo 'licitação' a que se refere o art. 46 da Lei 8.443/1992 não se restringe aos procedimentos licitatórios em sentido estrito, abarcando também as contratações diretas.

79. De outro lado, julgados do Tribunal apontam que atestados ou declarações com conteúdo falso configuram, por si só, fraude à licitação. Cita-se, por exemplo, o Acórdão 233/2021-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Raimundo Carreiro:

A apresentação de atestado com conteúdo falso configura, por si só, prática de fraude à licitação e enseja declaração de inidoneidade da empresa fraudadora para participar de licitação na Administração Pública Federal, uma vez que o tipo administrativo previsto no art. 46 da Lei 8.443/1992 consiste em ilícito formal ou de mera conduta, sem a necessidade de concretização do resultado.

80. Essa declaração de inidoneidade pode se dar ainda que o resultado pretendido pela licitante não tenha se concretizado – caso em apreço, em que a dispensa foi revogada –, conforme dispõe a parte final do enunciado do acórdão transcrito no parágrafo anterior.

81. E, por fim, o enunciado do Acórdão 2596/2012-Plenário, da relatoria da Ministra Ana Arraes, secundado por vários outros acórdãos encontrados na jurisprudência deste Tribunal, é no sentido de que a confluência de indícios robustos que apontem no sentido de ter havido fraude a licitação justifica a declaração de inidoneidade das empresas que a praticaram e a aplicação de tal sanção independe da ocorrência de dano ao erário. É o que se tem no caso em apreço, consoante acima relatado.' (grifos acrescidos)

4.27. Como se observa da leitura acima, a decisão recorrida agiu dentro dos limites da razoabilidade, em proteção ao interesse público, respeitando a segurança jurídica e o devido processo legal.

4.28. Portanto, não há como acolher as razões recursais apresentadas nem os pedidos realizados, devendo a decisão recorrida ser mantida em seus exatos termos.

CONCLUSÃO

5. Tendo em vista os elementos dos autos, deve-se negar provimento ao pedido de reexame por não apresentar documentos e argumentos suficientes para alteração da decisão recorrida, que deve ser mantida em seus exatos termos. (grifos acrescidos)

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

6. Ante o exposto, submete-se à consideração superior a presente análise do pedido de reexame interposto pela empresa Inca Tecnologia e Serviços Empresa Individual de Responsabilidade Limitada contra o Acórdão 1914/2023-TCU-Plenário, propondo-se, com fundamento no artigo 48 da Lei 8.443/1992, c/c os artigos 277, II, e 286 do RI/TCU:

a) conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento;

b) dar ciência da deliberação que vier a ser adotada à recorrentes e aos demais interessados.”

É o relatório.

221. Ora, se a unidade técnica do TCU, em sua liberdade técnica, manteve o seu entendimento no sentido de que existia "confluência de indícios robustos" apontando no sentido de que houve fraude a licitação que justifica a declaração de inidoneidade à empresa recorrente, quanto mais pode fazê-lo a CGU, que é órgão de controle interno, pertencente ao Poder Executivo Federal, cuja atuação é completamente distinta daquela que compete constitucionalmente ao órgão de controle externo.

222. Na mesma linha, o entendimento firmado por esta CGU quando do julgamento deste PAR não parece afrontar as provas e indícios constantes nos autos, uma vez que a própria Corte de Contas deliberou de forma semelhante quando do Acórdão nº 1914/2023, também do Plenário daquela Corte.

223. Se o Ministro Johnatan resolveu acatar o pedido de reconsideração na esfera do TCU, isso em nada vincula a CGU na sua esfera de competência.

224. Na prática, a recorrente quer que o exame dos indícios e provas colhidos no decorrer da instrução seja feito de forma independente e descontextualizada um dos outros, o que não nos parece o juízo de mérito mais adequado para o caso.

225. Acreditamos que as provas neste caso não podem ser examinadas desconectadas umas das outras e, ainda, do contexto histórico (pandemia).

226. Conforme apreciou a **CPAR** (Relatório Final - SUPER [2613727](#); sequencial 27 - pgs. 36 a 54), a **SIPRI** (Notas Técnicas - SUPER 2652145 - Sequencial 28 - fls.17 a 25 do pdf e SUPER 3055964 - Sequencial 35 - fls. 18 a 30 do pdf) e **esta CONJUR**, seja por meio do seu parecer prévio (SUPER 2900720 - Sequencial 29) seja também no presente opinativo (vide itens II.b.1 e II.b.2), o ato em si já configurou o dolo, e os vários indícios e provas, analisados em conjunto e dentro do contexto em que ocorreram, reforçaram a conclusão de que houve o dolo de fraudar o certame pela recorrente.

227. **A recorrente não participa de certames licitatórios há pouco tempo e, certamente, sabe que não poderia inventar no momento de uma proposta comercial uma marca para determinado produto que nunca produziu na sua atividade empresarial, ainda que tivesse a intenção de inaugurar essa produção e inovar a sua atividade econômica.**

228. A propósito, no instrumento convocatório (item 6) restou claro que a atividade da licitante deveria ser compatível com o objeto licitado e, isto, está, inclusive, em conformidade com a própria jurisprudência do TCU acerca de contratos administrativos e licitações públicas. Então causa espécie que a recorrente tenha tido a ideia de inovar a sua atividade empresarial justamente no momento da apresentação da proposta comercial, o que não se espera de uma empresa que participa de certames licitatórios há vários anos.

229. **Portanto, não se trata de partir do pressuposto de que a recorrente agiu de má-fé nos fatos apurados. Na verdade, ela mesma admite que entrou no certame sem ser uma empresa do ramo e que "criou" a marca/fabricante (lançada na proposta comercial) porque se "responsabilizaria" pelo produto fornecido, uma vez que seria importadora. Porém, a recorrente sabia que o objeto de sua atividade econômica já deveria envolver o objeto licitado no certame, então impossível não reconhecer que a recorrente não tenha lançado as informações inverídicas na proposta de forma intencional, com o intuito de lograr êxito na contratação.**

230. E isso, no entendimento desta Pasta, **é fraude, cujo dolo restou demonstrado pelo simples ato de apresentação da proposta comercial, de forma intencional, contendo informação de fabricante/marca inverídica** (a fabricante era uma empresa chinesa, conforme admitido pela própria recorrente). E a CGU tem autonomia para assim decidir.

231. Todos os outros indícios e provas que foram trazidos no curso da instrução processual só robusteceram a caracterização do dolo que já estava demonstrado na simples apresentação da proposta comercial contendo informação inverídica.

III. c. Da alegação acerca da "Dinâmica de Importação. Responsabilidade do Importador/comerciante, Arcando com as Consequências Como se Fabricante Fosse"

232. Ao trazer como argumento a dinâmica de importação, sustenta como tese de defesa que a responsabilidade da pessoa (física ou jurídica) pela importação da mercadoria no Brasil seria dela. Ou seja, a importadora responderia como se fabricante do produto fosse, pois foi a responsável pela entrada da mercadoria em território nacional.

233. Porém, não se está afirmando o contrário. É claro que a INCA responderia caso contratada.

234. Ocorre que, em procedimento prévio à contratação, questionada pelos gestores sobre sua capacidade técnica para honrar com o objeto da contratação, a INCA **além de não conseguir demonstrar a capacidade técnica ainda tentou induzir a "erro" a Administração, apresentando informações e documentos forjados.**

235. Ademais, quanto a se responsabilizar pelo produto importado como se fabricante fosse, o que não se está negando no presente momento, vale esclarecer que a Administração poderia não querer contratar uma empresa que estava iniciando uma nova atividade empresarial (fabricação de aventais) por meio de importação, exatamente por acreditar que os riscos de contratar uma empresa iniciante no mercado resultaria em risco excessivo ou, ainda, não contratar com empresa que importaria de empresa estrangeira que igualmente não tinha expertise e capacidade técnica.

236. Isso não quer dizer que a recorrente não poderia aventurar-se nesse novo ramo de atividade desde que deixasse essa condição clara para a Administração. Porém, a Administração tem a opção de não querer contratar pessoa jurídica que entende não ter capacidade técnica suficientemente demonstrada.

237. Portanto, os argumentos da recorrente no sentido de serem **exorbitantes os pedidos da Administração para demonstração de sua capacidade técnica na medida em que o fez após a apresentação das propostas e não por meio de edital de convocação, o que teria violado princípios do processo licitatório como a legalidade e a razoabilidade, entre outros, não se sustentam.**

238. **Primeiro, porque quando o instrumento convocatório exigiu que a empresa participante tivesse objeto compatível com o do certame, já estava deixando claro que não poderia ser uma empresa que tivesse entrando nesse "mercado" por ocasião da publicação do certame ou que ainda que o fizesse por meio de importação, a fabricante teria que ter expertise técnica no objeto da contratação.**

239. Segundo, porque ainda que a ANVISA tenha deixado de exigir licenças, registros, alvarás e autorizações sanitárias no que se refere a fabricação, importação e aquisição de EPIs, durante a pandemia (RDC 356/20), a própria ANVISA orientou que "(...)qualquer empresa poderá fabricar, excepcionalmente, os produtos listados no art. 2º, sem a necessidade de solicitar autorizações, alvarás e licenças sanitárias. Entretanto, nem toda empresa tem expertise técnica para fazê-lo. Assim, a RDC estabeleceu uma série de parâmetros técnicos para garantir a proteção e segurança dos usuários dos EPI, como o tipo de matéria prima, dimensões e parâmetros técnicos relevantes. Dessa forma, a empresa fabricante deve avaliar a sua real capacidade técnica, uma vez que a resolução não exime o fabricante e importador de cumprirem as demais exigências aplicáveis ao controle sanitário de dispositivos médicos, bem como normas técnicas e controles pós-mercado aplicáveis." (documento perguntas e respostas divulgado pela ANVISA para sanar dúvidas referentes à **RDC nº 356**).

240. O RDC 356/20 da ANVISA não foi um alvará a permitir que a Administração Pública como um todo saísse adquirindo EPIs sem que a contratada tivesse um mínimo de expertise e capacidade técnica.

241. Não à toa o próprio instrumento convocatório da Dispensa exigiu que a atividade econômica da empresa participante fosse compatível com o objeto ali licitado. **E a atividade econômica da INCA, até aquele momento, era voltada para fins educacionais apenas.**

242. Sendo assim, as medidas tomadas pela Administração para verificar a capacidade técnica da recorrente ao tempo da realização da Dispensa não foram desproporcionais e aleatórias.

243. Tais medidas já são comumente utilizadas nos certames do dia a dia da Administração Pública, fundamentadas no fato de que em se tratando de recursos públicos, a regra é que haja prudência e diligência, para não colocar a Administração em um contrato deveras arriscado.

244. Em um contexto pandêmico, em que normas sanitárias e licitatórias foram flexibilizadas, justifica-se mais ainda o zelo e diligência dos gestores públicos em fazer a verificação da capacidade técnica da empresas participantes de certames licitatórios, pelo que os procedimentos e verificações adotados pelo Ministério da Saúde e pela CGU (em sua atividade fiscalizatória) estão mais do que justificados e não revelam nenhuma afronta à Lei de Licitações.

245. Conforme afirmado pela área técnica do TCU previamente ao Acórdão nº 315/2024- Plenário, *"Estava-se diante de um interesse público bastante sensível tendo em vista o contexto de pandemia. Portanto, as demandas realizadas não eram exorbitantes nem feriam o termo editalício, 'sempre lembrando que se trata aqui de dispensa de licitação, não se aplicando, pois, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.' (Acórdão 1.748/2020-TCU-Plenário, Min. Rel. Benjamin Zymler)."*

246. Ora como bem registrou também a equipe técnica do TCU *"A capacidade técnica-operacional é requisito importante que não deve ser dispensado. Ainda que a empresa tenha mencionado que não haveria pagamentos antecipados, há de se ter em mente o momento de pandemia – em seu estágio inicial, mas com cenário de incertezas dada a imprevisibilidade de suas consequências –, devendo ser ressaltada a concorrência mundial pelos insumos a serem utilizados no combate à pandemia, ao que houve até mesmo episódios de contratos não cumpridos em virtude de preços maiores ofertados por outros países/empresas."*

247. Portanto, era prudente evitar a assinatura de um contrato que posteriormente viesse a não ter sua execução regular, ainda que se tivesse a possibilidade de utilizar os expedientes de garantia contratual. Posto que, **'o mais importante, entende-se, era a aquisição do produto.'** (grifos acrescidos)

248. **Sendo assim, o argumento outrora utilizado pela defesa da recorrente (no âmbito da representação no TCU) de que a garantia seria suficiente para execução contratual não deve prosperar, porque o que se queria de fato era a entrega de todos os 80 milhões de aventais, para o que se deveria comprovar a capacidade técnica.**

249. Pelo mesmo motivo, entende-se que o fato de que a INCA seria "responsável" pela fabricação do produto que ela importaria para fornecer ao Ministério da Saúde, assumindo todos os riscos não se sustenta, porque, no fim, o que a Administração estava zelando por contratar uma empresa que realmente tivesse expertise e capacidade técnica para cumprir o objeto do contrato e uma empresa que estava iniciando na atividade econômica de importação de EPIs hospitalares, junto a outra empresa (chinesa) que também não tinha atividade econômica voltada para fabricação e fornecimento de EPIs hospitalares, logicamente, não conseguiria comprovar esse requisito.

250. Cumpre registrar que a recorrente participou de um certame que exigiu que as pretendentes tivessem atividade compatível com o objeto da dispensa (fornecimento de EPIs hospitalares) e ao apresentou uma proposta comercial onde lançou intencionalmente (sim, porque até o momento a recorrente não demonstrou que foi forçada por qualquer motivo a fazê-lo) a informação de uma fabricante inexistente (a "RUAH") quando a fabricante seria a Shandong Digital Human Technology, conforme a própria INCA revelou no curso das investigações, já aponta que ela incorreu no ilícito de "fraude a licitação" prevista no art. 5º, inciso IV, alínea "d" da LAC.

251. A Shandong Digital Human Technology, por sua vez, é uma empresa cuja atividade econômica é "alta tecnologia"

e não "fabricação de EPIs hospitalares".

252. E a despeito da LAC não exigir a caracterização do dolo, este restou demonstrado no simples fato de que a INCA intencionalmente se lançou no certame como participante mesmo não exercendo atividade compatível com o que era lícito e ao apresentar uma proposta comercial intencionalmente com informação inverídica sobre o fabricante.

253. Até o momento a INCA não demonstrou que foi forçada por motivos de força maior ou fortuito a entrar em um certame cujo objeto nunca foi parte de sua atividade econômica ordinária. E também não demonstrou que foi forçada por motivos outros a lançar a informação inverídica sobre a fabricante.

254. Além disso, quando o Ministério da Saúde, após os apontamentos da fiscalização da CGU, questionou sobre sua expertise e capacidade técnica, a INCA apresentou informações e documentos que consubstanciaram a tentativa de induzir à erro à Administração para contratar uma empresa que nunca na sua existência fabricou e comercializou EPIs de natureza hospitalar.

255. Portanto, a Administração não está punindo a recorrente por se lançar em uma nova atividade comercial (fabricação e/ou importação de EPIs hospitalares). Tampouco a Administração desconhece o rito e a legislação aplicável.

256. A Administração está punindo o fato de que a recorrente para participar de um certame que ela nitidamente não tinha expertise, emitiu uma proposta comercial com informação inverídica (fraude) e para manter a sua participação apresentou informações e documentos forjados para induzir a erro a Administração acerca da sua expertise e capacidade técnica quando foi questionada sobre tal.

257. E nessa segunda parte (a tentativa de se manter no certame, induzindo a Administração a erro), como bem salientou a equipe técnica do TCU (previamente ao Acórdão nº 315/2024- Plenário), sendo feitas exigências referentes à capacidade técnico-financeira, caberia à empresa apresentá-las ou não, com as consequências decorrentes sobre a contratação.

258. Se a recorrente, à época, entendesse que a exigência da comprovação técnico-operacional era excessiva, ela tinha a opção de alegar incapacidade de cumprir essas exigências, que não constavam do instrumento convocatório, e, diante disso, declinar do objeto.

259. Porém, não foi isso que ela fez, pois a empresa continuou com seu intento em ser contratada praticando atos que só reforçam a sua inidoneidade, quais sejam: a revelação de que os EPIs seriam importados e que a fabricante real era a Shandong Digital Human Technology, que diga-se de passagem, também não tem em seu objeto/atividade econômica a fabricação de EPIs hospitalares; revelando que "RUAH" seria um nome escolhido aleatoriamente para designar essa "nova fabricante" que surgiria a partir da parceria firmada com a empresa chinesa; apresentando um catálogo que embora fizesse menção a supostos produtos da empresa Shandong Digital Human Technology, apresentava imagens (aventais, instalações fabris e capa do catálogo) que eram de outra empresa sequer mencionada pela Inca, a Henan Mecare Trading Co; Ltd. e, agora, tentando fazer a Administração acreditar que a empresa estaria se lançando em nova atividade econômica ligada à produção de EPIs no momento do certame, sendo que, ao que parece, não levou à frente o seu intento após a dispensa ter sido revogada, haja vista que o seu objeto comercial continua sendo o mesmo (basicamente voltado a fins educacionais) e não tem nenhuma contratação pública efetuada desde então para fornecimento de insumos hospitalares, o que só reforça a conclusão de que além de não ter expertise e capacidade técnica para o fornecimento de EPIs hospitalares, o foco da empresa INCA foi unicamente lograr êxito em uma contratação de grande vulto (R\$ 912.000.000,00).

III. d. Da Investigação a Respeito da Sociedade 'Ruah'

260. Em relação ao argumento da recorrente relativo à "INVESTIGAÇÃO A RESPEITO DA SOCIEDADE 'RUAH'" ele mostra-se completamente irrelevante e inconsistente para fins de defesa.

261. Sustenta a recorrente que por meio do documento SEI nº 2058334 (sequencial 1 - fls. 19 a 21 do pdf), o Sr. José Paulo Julieti Barbiere, Diretor de Auditoria de Políticas Sociais e Segurança Pública, considerou que o termo "RUAH" designaria pessoa jurídica e registrou que sua busca no "Google" teria gerado apenas uma sociedade. Alega a recorrente que essa busca foi direcionada e frágil haja vista que em pesquisa feita pela própria recorrente com os termos "ruah empresa", é possível encontrar quase uma dezena de sociedade que adotam o termo "Ruah" em seu nome empresarial.

262. Ora, ainda que não existisse uma ou nenhuma pessoa jurídica RUAH no mercado (ou mesmo milhares delas), o que é fato é que a INCA lançou em sua proposta uma fabricante inverídica, pois a própria INCA **revelou que a real fabricante seria a empresa chinesa Shandong Digital Human Technology. E que "RUAH" seria o nome escolhido pela nova fabricante para o lançamento daqueles aventais que ora estavam sendo licitados.** Ou seja, revelou que RUAH foi um nome escolhido para designar a fabricante que seria criada a partir da parceria com a empresa chinesa. Em outras palavras, até então a fabricante RUAH não existia no mundo dos fatos, tampouco no mundo jurídico, à época da apresentação da proposta comercial, o que por si, caracteriza o ilícito de fraude à licitação, em especial considerando que o próprio instrumento convocatório da dispensa **exigia que a atividade econômica exercida pela participante fosse compatível com o objeto que estava sendo contratado. Além de não ser compatível com a fabricação de EPIs, a recorrente iria passar a "fabricar" EPIs hospitalares a partir daquela contratação com o Ministério da Saúde, mediante a "parceria" firmada com a chinesa DIGIHUMAN, que igualmente nunca produziu EPIs na sua vida comercial, sendo uma empresa cujo objeto é voltado para tecnologia.**

263. Em face de todo exposto e amparando-se na independência funcional desta Pasta em relação às atividades do TCU e da Polícia Federal, recomenda-se **o conhecimento do pedido de reconsideração, acompanhado da Petição SUPER 3138121 (Sequencial 36) que alega fatos novos, e no mérito, o não provimento do recurso, tendo em vista que não há nenhuma questão jurídica ou fato novo, preliminar ou de mérito, que justifique a reforma da Decisão 264 (SUPER 2900723; sequencial 32).**

IV) CONCLUSÃO

264. Ante o exposto, **recomenda-se o conhecimento do pedido de reconsideração apresentado pela pessoa jurídica INCA TECNOLOGIA DE PRODUTOS E SERVIÇOS LTDA.**, diante do atendimento dos pressupostos formais para tanto, **mas no mérito, o INDEFERIMENTO do pedido de reconsideração**, tendo em vista que não há nenhum fato novo ou questão jurídica, preliminar ou de mérito, que justifique a reforma da Decisão 264 (SUPER [2900723](#); sequencial 32).

265. À consideração superior.

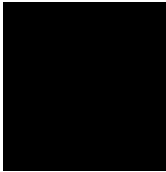
Brasília, 19 de março de 2024.

VINICIUS DE CARVALHO MADEIRA
PROCURADOR FEDERAL
COORDENADOR-GERAL DE CONTROLE, OUVIDORIA E INTEGRIDADE PRIVADA
CONJUR/CGU

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00190106915202171 e da chave de acesso [REDACTED]

Notas

1. [^] Disponível em: *chrome-extension://efaidnbmninnibpcapjcgclefindmkaj/https://www.gov.br/corregedorias/pt-br/assuntos/painel-de-responsabilizacao/responsabilizacao-entes-privados/manual_de_responsabilizacao_de_entes_privados-2022.pdf*
2. [^] RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à luz da Lei Anticorrupção Empresarial*. Belo Horizonte: Fórum Conhecimento Jurídico, 2017, p. 43.



Documento assinado eletronicamente por VINICIUS DE CARVALHO MADEIRA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código [REDACTED] e chave de acesso [REDACTED] no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): VINICIUS DE CARVALHO MADEIRA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 04-04-2024 16:23. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO À CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO
GABINETE

DESPACHO DE APROVAÇÃO n. 00306/2024/CONJUR-CGU/CGU/AGU

NUP: 00190.106915/2021-71

INTERESSADOS: INCA TECNOLOGIA DE PRODUTOS E SERVIÇOS LTDA.

ASSUNTOS: PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO DE EMPRESA (PAR)

1. Concordo com os fundamentos, e, portanto, APROVO o Parecer nº. 00027/2024/CONJUR-CGU/CGU/AGU.

2. Ao Apoio Administrativo desta CONJUR, para trâmite via SEI ao Gabinete do Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União, acompanhado de minuta de decisão, e, após, ciência à Secretaria de Integridade Privada e publicação.

Brasília, 08 de outubro de 2024.

FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA
CONSULTOR JURÍDICO/CGU

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00190106915202171 e da chave de acesso 9db762f2



Documento assinado eletronicamente por FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1712932895 e chave de acesso 9db762f2 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 08-10-2024 16:40. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.
