



CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

NOTA TÉCNICA Nº 511/2023/COREP2 - ACESSO RESTRITO/DIREP/SIPRI

PROCESSO Nº 00190.104770/2022-54

INTERESSADO: COORDENAÇÃO-GERAL DE RESPONSABILIZAÇÃO DE ENTES PRIVADOS

ASSUNTO

Apuração, por meio de Processo Administrativo de Responsabilização (PAR), de supostas irregularidades imputadas as pessoas jurídicas **R2 Radiodifusão e Telecomunicações Ltda.** (R2 Radiodifusão), CNPJ/ME n. 05.613.242/0001-74, **Sempre Alerta Agenciamento de Mão-de-Obra de Serviços Gerais Ltda.** (Sempre Alerta), CNPJ/ME n. 03.470.083/0001-70 e **Agroservice Empreiteira Agrícola – Eireli** (Agroservice), CNPJ/ME n. 00.478.727/0001-89.

REFERÊNCIAS

Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 (Lei Anticorrupção. LAC).

Decreto nº 11.129, de 11 de julho de 2022.

Instrução Normativa CGU nº 13, de 8 de agosto de 2019.

Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Lei n. 10.520, de de 17 de julho de 2002.

SUMÁRIO EXECUTIVO

Processo Administrativo de Responsabilização. Art. 23 da IN CGU nº 13/2019. Análise da regularidade processual. Parecer correcional de apoio ao julgamento.

1. RELATÓRIO

1.1. Trata-se de Processo Administrativo de Responsabilização (PAR) instaurado no âmbito desta Controladoria-Geral da União (CGU) em face das pessoas jurídicas **R2 Radiodifusão e Telecomunicações Ltda.** (R2 Radiodifusão), CNPJ/ME n. 05.613.242/0001-74, **Sempre Alerta Agenciamento de Mão-de-Obra de Serviços Gerais Ltda.** (Sempre Alerta), CNPJ/ME n. 03.470.083/0001-70 e **Agroservice Empreiteira Agrícola – Eireli** (Agroservice), CNPJ/ME n. 00.478.727/0001-89.

1.2. Concluídos os trabalhos da comissão, vieram os autos a esta CGIPAV para emissão de manifestação técnica, nos termos do art. 23 da Instrução Normativa nº 13/2019.

1.3. Em síntese, os fatos apurados referem-se à potencial interligação de propostas apresentadas pelas referidas empresas no âmbito do Pregão Eletrônico n. 12/2020 da ANEEL, cujo objeto era a contratação de apoio logístico para suas atividades finalísticas.

1.4. No curso da sessão pública do referido Pregão, ocorrida em 13/07/2020, logo após encerrada a disputa de lances, o Sistema Compras Governamentais (Comprasnet) alertou para ocorrência de “empresas com sócios em comum” em relação às licitantes classificadas nas três primeiras colocações, a saber: R2 Radiodifusão, Sempre Alerta e Agroservice, respectivamente, primeira, segunda e terceira colocadas no certame.

1.5. Para situações de alerta advindas do Comprasnet decorrentes de informações do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (SICAF), o Edital do Pregão Eletrônico n. 12/2020 estabelecia a seguinte diretriz:

8.4 Constada a existência de Ocorrências Impeditivas Indiretas e/ou empresas com sócios em comum ou com sócios de um mesmo grupo familiar, o gestor diligenciará para verificar se houve

1.6. Em atendimento ao aludido mandamento editalício, e se valendo do serviço de chat do Comprasnet, a pregoeira primeiramente indagou à R2 Radiodifusão se teria algo a informar sobre o alerta de “existência de sócios em comum”. A licitante declarou que não possuiu nenhum sócio em comum com os demais concorrentes. Em razão de a resposta ser incompatível com o alerta do sistema, a pregoeira realizou a análise preliminar da documentação das mencionadas empresas licitantes e identificou conjunto probatório que indicava falta de independência das propostas apresentadas.

1.7. Por isso, nos limites de sua competência em sede do certame, a pregoeira decidiu pela desclassificação das três propostas, conforme registrado na Ata do Pregão, de 13/07/2020 (doc. 2396666, p. 314), e no Despacho de Mero Expediente n. 177/2020-SLC/ANEEL, de 20 de julho de 2020 (doc. 2396542)

1.8. A Superintendência de Licitações e Contratos (SLC) da ANEEL decidiu instaurar procedimentos de responsabilização contra as empresas supramencionadas (doc. 2396666, 239720 e 2396735), com base na Lei n. 10.520/2002

1.9. Paralelamente, a SLC levou a conhecimento da unidade correcional da própria ANEEL a existência das supostas práticas ilícitas. Em razão das empresas em questão terem participado de diversas licitações do Poder Executivo federal, a unidade correcional da ANEEL solicitou à Controladoria-Geral da União (CGU), em 08/06/2021 (doc. 2396529, p. 4), orientações sobre a competência para apuração de responsabilidade com base na Lei n. 12.846/2013 da possível fraude ao Pregão Eletrônico n. 12/2020 (processo n. 48500.001302/2020-42, aberto em 13/7/2020) perpetrada pelas aludidas empresas.

1.10. A Nota Técnica n. 3.088/2021/COAC/DICOR/CRG/CGU (doc. 2396592) sugeriu a avocação da competência para que a instauração dos processos administrativos de responsabilização, com base na Lei n. 12.846/2013, fosse feita diretamente pelo órgão central de combate à corrupção do Poder Executivo federal.

1.11. A Corregedoria-Geral da União (CRG), então competente, deu início a uma Investigação Preliminar Sumária e, ao final desta, instaurou o devido PAR em desfavor das empresas R2 Radiodifusão (00190. 104770/2022-54), Sempre Alerta (00190. 104910/2022-94) e Agroservice (00190.104912/2022-83), com vistas à apuração das respectivas responsabilidades relacionadas ao assunto.

RESUMO DO ANDAMENTO DO PROCESSO

1.12. O presente apuratório foi deflagrado no âmbito desta Controladoria-Geral da União (CGU) por intermédio da Portaria inaugural CRG/CGU n. 1.140, de 09/06/2022 (SEI. 2409127), publicada no DOU N° 114, segunda-feira, 20 de junho de 2022.

1.13. Em 14/07/2022, a CPAR solicitou à autoridade instauradora a reunião dos feitos (00190.104770/2022-54, 00190.104910/2022-94 e 00190.104912/2022-8) em um único processo (SEI. 2240640), o que foi aprovado, nos termos do Despacho 2446246, de 21/07/2022.

1.14. Em 01/08/2022, foi publicada portaria incluindo no polo passivo deste PAR as empresas Sempre Alerta e Agroservice (SEI 2458851)

1.15. Em 01/09/2022, procedeu-se, conforme previsto no art. 16 da IN CGU n° 13/2019, a intimação das empresas R2 Radiodifusão, Sempre Alerta e Agroservice juntamente com as pessoas físicas Fabiane Felix de Araujo, Aldeci Florêncio Rodrigues e Paulo Henrique Santos (doc. 2490864), para apresentarem defesa escrita no prazo de 30 (trinta) dias, conforme atesta o documento SEI n° 2490864.

1.16. As defesas escritas, oportunamente apresentadas, encontram-se juntadas sob n° SEI 2533014 (pessoas físicas) e 2533149 (pessoas jurídicas), exceto a do indiciado Aldeci Rodrigues, que não apresentou.

1.17. Em 06/10/2022, foi juntada certidão a respeito das tentativas frustradas de intimação do indiciado Aldeci Rodrigues (doc. 2545432). No dia seguinte, a CPAR deliberou por proceder à intimação por edital (SEI. 2545731).

1.18. Em 06/10/2022, foi realizada audiência com o indiciado Paulo Henrique Santos, a pedido

do mesmo (SEI. 2572928).

1.19. Em 10/10/2022, foram publicados os editais de intimação do indiciado Aldeci Rodrigues (SEI. 2547747 e 2548184).

1.20. Em 14/11/2022, a CPAR intimou as pessoas jurídicas R2 Radiodifusão, Sempre Alerta e Agroservice, bem como as pessoas físicas Fabiane Felix de Araujo e Paulo Henrique Santos para se manifestarem a respeito das novas provas juntadas aos autos;

1.21. A Defesa apresentou suas alegações tempestivamente (SEI nº 2602207e 2602209).

1.22. Em seguida, em 16/12/2022, conforme disposto no art. 21 da IN CGU nº 13/2019, a CPAR elaborou seu Relatório Final, em que manteve sua convicção preliminar e sugeriu a aplicação da penalidade de multa, publicação extraordinária, declaração de impedimento de licitar, além da desconsideração da personalidade jurídica para atingir terceiros.

1.23. Nos termos do art. 22 do referido normativo, o Corregedor-Geral da União (na qualidade de autoridade instauradora) oportunizou às pessoas jurídicas processadas a possibilidade de se manifestar quanto ao documento final produzido pela CPAR, no prazo de 10 (dez) dias (SEI nº 2626521). Ciente da decisão (SEI nº 2650703), as partes apresentaram suas respectivas manifestações finais (SEI nº 2655877 e 2659522).

1.24. É o relatório.

2. ANÁLISE

REGULARIDADE FORMAL DO PAR

2.1. Inicialmente, cumpre destacar que o exame ora realizado pautar-se-á pelos aspectos formais e procedimentais do PAR, incluindo a manifestação aos termos do Relatório Final, facultada à empresa envolvida.

2.2. Da análise dos autos verifica-se que os trabalhos conduzidos pela CPAR observaram o rito previsto na IN CGU nº 13, de 8 de agosto de 2019, bem como os princípios do contraditório e da ampla defesa, previstos no art. 5º, inciso LV, da CF/88.

2.3. A portaria de instauração foi publicada no DOU de acordo com o que estabelece o artigo 13, § 2º, da Instrução Normativa CGU nº 13, de 8 de agosto de 2019. O PAR foi instaurado pelo Corregedor-Geral da União, conforme delegação prevista no m o artigo 13, inciso IX, e o artigo 29 do Decreto nº 9.681, de 3 de janeiro de 2019, vigente à época. Ademais, também conforme a referida IN (art. 13), na portaria inaugural constou o nome, o cargo e a matrícula dos membros integrantes da Comissão, a indicação de seu presidente, o número do processo, o prazo de conclusão dos trabalhos e menção na referida portaria à pessoa jurídica que responderia ao PAR (através do nome empresarial e do CNPJ).

2.4. A portaria para inclusão no polo passivo as empresas Sempre Alerta e Agroservice foi publicada no DOU conforme estabelece o artigo 13, § 2º, da Instrução Normativa CGU nº 13, de 8 de agosto de 2019. Ademais, também conforme a referida IN (art. 13), fez-se menção às pessoas jurídicas que responderiam ao PAR (através do nome empresarial e do CNPJ).

2.5. A comissão encerrou as atividades dentro do prazo inicialmente estabelecido, de forma que não foi necessária prorrogação ou recondução.

2.6. Em se tratando da observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, foi oportunizado à empresa amplo e irrestrito acesso aos autos, possibilitando-se a sua visualização integral e o peticionamento eletrônico.

2.7. O termo de indiciamento foi elaborado em conformidade com os requisitos previstos no artigo 17 do referido normativo, contendo descrição clara e objetiva do ato lesivo imputado e o apontamento das evidências.

2.8. As empresas foram devidamente notificadas das acusações, de acordo com o art. 18 do mesmo normativo, assegurando a ampla ciência e possibilidade de manifestação. Tempestivamente, apresentaram sua defesa (2533014 e 2533149).

2.9. O Relatório Final, por sua vez, mencionou as evidências em que se baseou a CPAR para a

formação de sua convicção e enfrentou bem todas as alegações apresentadas pela defesa, concluindo, ao final, pela responsabilização das acusadas, indicando os dispositivos legais infringidos e as respectivas penalidades.

2.10. Considerando a regularidade procedimental, passamos à análise (i) da manifestação final apresentada e (ii) da regularidade processual do PAR no que se refere aos fundamentos adotados pela CPAR para firmar suas recomendações.

ANÁLISE DA MANIFESTAÇÃO AO RELATÓRIO FINAL.

2.11. As pessoas jurídicas foram indiciadas pela prática das condutas descritas tipificadas no art. 7º da Lei n. 10.520/02, bem como no art. 5º, IV, “a”, da Lei n. 12.846/2013 (Termo de Indiciação, 2490864), enquadramento mantido pela Comissão quando da elaboração do Relatório Final (2625861).

2.12. De acordo com o especificado pela CPAR, as empresas R2 RADIODIFUSÃO, SEMPRE ALERTA E AGROSERVICE teriam agido em conluio no âmbito do Pregão Eletrônico n. 12/2020 da ANEEL, para a prática de fraude, mediante ajuste, para ferir o caráter competitivo do procedimento de licitação, configurando falta de idoneidade para contratar com a Administração Pública.

2.13. Considerando que as pessoas jurídicas acusadas, no entender da CPAR, não lograram êxito em refutar as acusações constantes do Termo de Indiciação, o Relatório Final ratificou as imputações iniciais, concluindo que as empresas R2 Radiodifusão, Sempre Alerta e Agroservice praticaram os atos lesivos tipificados no art. 7º da Lei n. 10.520/02, bem como no art. 5º, IV, “a”, da Lei n. 12.846/2013 e recomendando, por tal razão, a aplicação das seguintes penalidades: a) multa; b) publicação extraordinária da decisão administrativa sancionadora; e c) declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública. Além da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica para atingir terceiros.

2.14. Na manifestação após o Relatório Final, as empresas requereram, em síntese:

a) o conhecimento das defesas;

b) o acolhimento das razões de defesa das empresas indiciadas, com a consequente absolvição destas e o arquivamento do feito; e

c) o afastamento da desconsideração da personalidade jurídica das empresas e, por consequência, o afastamento da pretensão de extensão da sanção do art. 7º da Lei n. 10.520/2002.

2.15. Segue análise dos argumentos trazidos pelas acusadas na manifestação após o Relatório Final.

2.16. DEFESA DAS PESSOAS JURÍDICAS

2.17. ARGUMENTO 1 (DA INEXISTÊNCIA DE FRAUDE)

2.18. Argumento(s) da defesa:

a) As defendentes argumentam que não caracteriza fraude em procedimento licitatório a participação por si só de empresas que possuem sócios com vínculo de parentesco.

b) Argumentam ainda que a comissão “não demonstrou que tenha havido qualquer conluio ou atuação para fraudar o caráter competitivo da licitação.”

2.19. Não lhes assiste razão.

2.20. Os argumentos, em verdade, constituem reiteração de alegações suscitadas na defesa escrita inicial (2533149), assim analisados pela CPAR quando do Relatório Final (2625861):

64. Ademais, se é fato que não há uma regra impedindo a participação de empresas nas condições descritas pela defesa, também é fato que tal participação deve ser objeto de apurado controle e acompanhamento da regularidade por parte da Administração Pública.

65. Nessa linha, os precedentes do TCU e da CGU trazidos pela própria defesa são claros a respeito da necessidade de se verificar a existência de eventuais condutas e/ou elementos que possam comprometer ou frustrar a competitividade e a isonomia do certame.

Acórdão 1301/2015 – Plenário (doc. 2533149, p. 5)

Não é cabível vedação prévia à participação, em licitação na modalidade tomada de preços, de empresas que se apresentem representadas por credenciados que mantenham entre si vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, familiar ou financeira, devendo esse tipo de ocorrência, em cada caso concreto, ser ponderado em conjunto com outros elementos aptos a caracterizar eventual conluio para fraudar o resultado do certame.” (doc. 25333149, p. 6, grifou-se)

Resposta da CGU – Processo 00190.003621/2016-21 (doc. 2353149, p. 7)

A disposição editalícia visa, unicamente, alertar aos licitantes que a participação de empresas nas condições citadas (possuam, em comum, diretores, sócios, representantes e recursos materiais e tecnológicos) será objeto de especial acompanhamento, tanto pelo Sistema Eletrônico, [...] como por parte do Pregoeiro, [...] de forma a garantir a lisura do procedimento, buscando identificar eventuais condutas indevidas que possam representar indícios de conluio ou fraude, que comprometam ou frustrem a competitividade e a isonomia do certame. (doc. 25333149, p. 7, grifou-se)

2.21. Merecem subsistir as conclusões da CPAR, no particular.

2.22. A CPAR não considerou fraudulenta a licitação pelo simples fato de os sócios das diferentes empresas participantes possuírem relações de parentesco. No entanto, como pontuado no relatório final, esse fator deve ser objeto de atenção especial pela Administração Pública, a fim de se perquirir, no caso concreto, a existência de possíveis ilícitos. Nesse perspectiva, embora isoladamente não caracterize conduta delituosa, o vínculo familiar pode indicar irregularidades e legitimar medidas apuratórias. No caso em análise, identificou-se que a situação concreta transcende a mera e eventual vinculação familiar entre sócios dos entes participantes da licitação, haja vista que os elementos coletados ao longo da instrução processual revelam que as referidas empresas transgrediram a competitividade do certame e, conseqüentemente, agiram de maneira inidônea.

2.23. Dessa forma, a Comissão, com base nos indícios colecionados no autos, analisados em conjunto e de forma sistêmica, demonstrou que houve conluio entre os entes privados para fraudar o caráter competitivo da licitação, o que também será objeto de análise no ARGUMENTO 5 deste relatório.

2.24. Em face do exposto, o argumento 1 não se deve ser acatado.

2.25. ARGUMENTO 2 (DA LEGÍTIMA PARTICIPAÇÃO NO PROCESSO LICITATÓRIO)

2.26. Argumento(s) da defesa:

a) Postula a defesa que a independência e autonomia na gestão das Defendentes é comprovada, também, pela acirrada disputa entre as empresas com redução de mais de 20% nas propostas iniciais, bem como pela diferença de apenas 0,6% entre a primeira e a segunda colocada. De forma que não haveria intenção das Defendentes em fraudar o certame, se a praxe do conluio seria a busca pela maximização do lucro das empresas e não em sua redução.

b) A defesa argumenta ainda que as Defendentes não detinham o controle da disputa, com uma participação de 80 licitantes e mais de 300 lances;

2.27. Não merecem prosperar as alegações.

2.28. O que se está a apurar nos autos não é o resultado econômico do certame, mas o conluio entre as empresas para frustrar a competitividade e isonomia do certame, mediante a combinação de preços, com o conseqüente direcionamento da licitação.

2.29. Conforme já analisado pela CPAR no Relatório Final:

70. Por derradeiro, tem-se ainda que a simulação de concorrência praticada entre as três empresas tinha por objetivo inibir que as demais concorrentes prosseguissem com lances, uma vez que estavam distantes da primeira colocação que era puxada pela R2 Radiodifusão e seguida pelas cúmplices, ao mesmo tempo que garantiriam a vitória no certame mesmo em eventual desclassificação/inabilitação de uma delas.

[...]

102. Não custa lembrar que o Termo de Indiciação é claro ao indicar que às empresas foram imputadas “práticas contrárias ao princípio da competitividade, materializados na entrega de

propostas sem a independência exigida, caracterizando simulação de concorrência”, o que configuraria “fraude, mediante ajuste, para ferir o caráter competitivo do procedimento de licitação”. As empresas, portanto, estão sendo acusadas de fraude (e não de frustração), mediante ajuste, do caráter competitivo do Pregão n. 12/2020.

[...]

109. Sob esse prisma, não é possível admitir que a competitividade foi mantida com base no fato de que houve vários lances de outras empresas, pois ainda que a competitividade não tenha sido frustrada, não há como negar que ela não tenha sido fraudada, conforme comprovado nos autos.

2.30. Quanto aos lances ofertados pela empresa, a CPAR ainda demonstra que:

90. No que diz respeito dos lances ofertados no curso do pregão em análise, e considerado um universo restrito às empresas **R2 Radiodifusão, Sempre Alerta e Agroservice**, observa-se que estas ofertaram exatamente o mesmo número de lances e, entre esses, é possível identificar o estabelecimento de um padrão já a partir do 2º lance, mas que fica mais nítido a partir do 3º lance, quando verifica-se que a cada “rodada” de lances a diferença entre o menor e o 2º menor lance é exatamente a mesma diferença entre o 2º menor e o maior lance entre essas três empresas.

2.31. No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1498982/SC, ao tratar do tipo penal do art. 90 da Lei nº 8.666/1993, cujo objeto é o mesmo do art. 5º, inc. IV, alínea “a”, da Lei nº 12.846/2013, definiu que:

2. O objeto jurídico que se objetiva tutelar com o art. 90 da Lei n. 8.666/1993 é a lisura das licitações e dos contratos com a Administração, notadamente a conduta ética e o respeito que devem pautar o administrador em relação às pessoas que pretendem contratar com a Administração, participando de procedimento licitatório livre de vícios que prejudiquem a igualdade, aqui entendida sob o viés da moralidade e da isonomia administrativas. 3. Diversamente do que ocorre com o delito previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, trata-se de crime em que o resultado exigido pelo tipo penal não demanda a ocorrência de prejuízo econômico para o poder público, haja vista que a prática delitiva se aperfeiçoa com a simples quebra do caráter competitivo entre os licitantes interessados em contratar, ocasionada com a frustração ou com a fraude no procedimento licitatório. 4. Constitui o elemento subjetivo especial do tipo o intuito de obter, pelo agente, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação cuja competitividade foi fraudada ou frustrada. Não se pode confundir, portanto, o elemento subjetivo ínsito ao tipo - e que diz respeito à vantagem obtida pelo agente que contratou por meio de procedimento licitatório cuja competitividade foi maculada - com eventual prejuízo que esse contrato venha a causar ao poder público, que, aliás, poderá ou não ocorrer. (grifou-se)

2.32. A súmula 645 do STJ consolida essa orientação, no sentido que a fraude à licitação se consuma com a mera demonstração de que o caráter competitivo da licitação foi frustrado:

O crime de fraude à licitação é formal, e sua consumação prescinde da comprovação do prejuízo ou da obtenção de vantagem. (SÚMULA 645/STJ)

2.33. Compreende-se, portanto, que busca-se proteger o caráter competitivo entre os licitantes interessados em contratar, punindo aquele que frustrar ou fraudar tal característica essencial da licitação, independentemente do efeito patrimonial disso.

2.34. Quanto ao argumento que as Defendentes não poderiam deter o controle da disputa, por conta da quantidade de participantes, o Tribunal de Contas da União já se pronunciou no sentido que:

46. A despeito disso, a quantidade de participantes não possui, obrigatoriamente, relação de causa e efeito com a ocorrência de conluio e fraude de licitação. É possível que haja uma combinação ilícita entre alguns dos participantes, independentemente de quantos tenham concorrido no certame. A licitação pode até ter alcançado o objetivo de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública e o fraudador sequer ter obtido o sucesso em seu intento, pois, conforme já mencionado, a caracterização da fraude à licitação não está associada ao seu resultado, ou seja, ao sucesso da empreitada. Configura, em analogia ao direito penal, ilícito de mera conduta, sendo suficiente a demonstração de o fraudador ter praticado simulação para conferir vantagem para si ou para outrem, conforme Acórdão 2908/2017-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro André de Carvalho. (ACÓRDÃO 608/2023 - PLENÁRIO).

2.35. Em face do exposto, o argumento 2 não se deve ser acatado.

2.36. **ARGUMENTO 3 (DA INSUBSISTÊNCIA DOS INDÍCIOS APONTADOS PELA COMISSÃO E A IMPOSSIBILIDADE DE UMA CONDENAÇÃO ASSIM SUSTENTADA)**

2.37. Argumento(s) da defesa:

a) Como já observado, o fato de as empresas dividirem os mesmos imóveis, ramais telefônicos e determinados serviços de profissionais, em nada macula suas participações no certame em tela. Tais fatos apenas demonstram que se tratam de empresas com vínculo familiar e que, para redução de custos administrativos, compartilham determinada estrutura operacional – o que nunca se negou.

b) O fato de as Defendentes compartilharem parcialmente a estrutura operacional faz com que adotem modelos similares de formatação dos documentos. Os formulários constantes da licitação em voga são decorrentes de um modelo padrão de documentos, o que, certamente, ocasionou a semelhança apontada.

c) Quanto ao endereço de IP, cumpre destacar que, por estarem situadas na mesma edificação, as Defendentes compartilham o mesmo provedor e o mesmo contrato de fornecimento de internet. Esse compartilhamento faz com que o endereço externo de IP apareça como o mesmo para o receptor, sendo que, para a rede interna, por evidente, o endereço de IP é distinto.

d) Por seu turno, a própria proximidade dos lances emitidos entre as empresas, verificável na ata do pregão, comprova que não foi utilizado o mesmo computador na disputa de lances da licitação, pois seria impossível operar dois ou três lances distintos na mesma máquina, em tão pouco tempo.

e) No que diz respeito à proximidade entre o cadastro das propostas e dos registros de lance no pregão, é ainda mais notória a ausência denexo causal com a acusação de fraude ou frustração à competitividade do certame. Essa situação em nada afeta a realização da disputa. Nenhum benefício teriam as empresas ao realizarem essa conduta, caso estivessem realmente na busca de prejudicar a licitação.

f) Ademais, esse é um fato aleatório em licitações do tipo eletrônico, haja ou não qualquer espécie de vínculo entre as empresas. Em sendo um fato aleatório, nada comprovam sem o elemento principal – a efetiva ocorrência do ilícito. Apenas para ilustrar a baixíssima relevância do fato apurado, extrai-se da própria ata do pregão que não só as Defendentes como diversas outras concorrentes adotaram conduta semelhante.

g) O mesmo se diga em relação aos lances ofertados. Nesta etapa, o tempo da disputa é bastante curto e as licitantes oferecem seus lances em uma dinâmica de curtíssimo intervalo de tempo. Embora a comissão tenha se omitido em relação a essa informação, a imagem a seguir, extraída da própria ata do pregão, demonstra que, em determinada situação, houve lances no mesmo minuto por mais de 10 empresas.

h) O mesmo se pode afirmar em relação à suposta simetria de descontos ofertados durante a disputa. Uma política de redução de preços estabelecida de forma objetiva faz parte da estratégia de cada empresa, e não configura nenhuma conduta ilícita.

2.38. Não merecem prosperar os argumentos.

2.39. Cabe relacionar, em síntese, o conjunto de indícios apontados detalhadamente no Termo de Indiciação, a saber:

- a) as três empresas ora processadas, entre outras, compartilham os mesmos imóveis;
- b) os números de telefone utilizados são comuns às empresas processadas;
- c) em várias oportunidades, funcionárias da Agroservice serviram como testemunhas em alterações contratuais das três empresas;
- d) a entrega dos documentos de habilitação e das propostas de preços, bem assim as ofertas de lances pelas empresas foram realizadas em curto espaço de tempo, sendo constatado certo padrão nos lances ofertados;
- e) as três empresas encaminharam documentação com destacada semelhança na organização dos documentos em pastas de arquivos compactadas, os quais foram dispostos de forma numerada e em ordem praticamente idêntica, tanto no caso dos

documentos de habilitação quanto das propostas de preços;

f) há semelhança na redação de textos e repetição de erros de grafia em documentos apresentados pelas três empresas, sem que o edital tivesse disponibilizado modelos de documentos;

g) houve adoção de mesma formatação de arquivos relativos às propostas das empresas R2 Radiodifusão e Sempre Alerta;

h) constatou-se a adoção do mesmo *modus operandi* em outros certames licitatórios promovidos por outros órgãos e entidades, chamando a atenção a proximidade de horários, valores e semelhanças de datas em que as propostas foram registradas, bem como o formato da documentação apresentada, a saber: tamanho do arquivo inserido, nomes dos arquivos (inclusive com repetição de erros de grafia) e data de modificação dos documentos, entre outros;

i) participação de pregões eletrônicos valendo-se de mesmo endereço IP utilizado por outro(s) concorrente(s) em um mesmo certame e já houve caso no qual as empresas Sempre Alerta e Agroservice, além de utilizarem o mesmo endereço IP, ofereceram lances de idêntico valor, coincidindo inclusive nos centavos de Real;

j) as três empresas pertencem a um mesmo grupo empresarial e familiar; e

k) há um estreito relacionamento entre o núcleo familiar e três dos sócios/ex-sócios da R2 Radiodifusão e Sempre Alerta, Fabiane Felix, Aldeci Rodrigues e Wellington Teixeira.

2.40. Os argumentos, em verdade, constituem reiteração de alegação suscitada pela pessoa jurídica na defesa escrita inicial, assim analisados pela CPAR quando do Relatório Final:

85. Da leitura da peça de defesa apresentada no âmbito do presente PAR percebe-se que as empresas, *grosso modo*, não contestam os elementos apontados, mas tão somente manifestam entendimento de que estes seriam insubsistentes. A propósito, Paulo Henrique Santos disse em audiência por ele solicitada que “a CGU também fez um trabalho muito interessante, que foi uma investigação; foram, tiraram foto da minha empresa, o prédio onde ficam as empresas; nós nunca negamos isso, que as empresas compartilham o mesmo prédio, a mesma internet.” (doc. 2752928, a partir de 1’24”)

[...]

87. Quanto aos argumentos apresentados para justificar a identificação do mesmo endereço IP, estes se tornam frágeis à medida que se imagina que três empresas, controladas por um único grupo empresarial e que dividem espaço físico, telefone, rede de internet e serviços profissionais (leia-se profissionais), concorreriam entre si em um pregão eletrônico sem que houvesse comunicação entre os respectivos representantes, isso considerando a hipótese de existir mais de um.

88. Não bastasse isso, a Defesa não se pronunciou a respeito da constatação de que a utilização de um mesmo endereço IP não está restrita às três empresas ora processadas, mas há, sim, um histórico de participação de certames licitatórios nessas condições envolvendo empresas outras que não compõem o citado grupo econômico, inclusive com sedes declaradas em outros estados da Federação.

89. De igual modo, a Defesa manteve-se silente acerca do exemplo do Pregão n. 22/2017, promovido pela Subsecretaria de Assuntos Administrativos, no qual constata-se que as empresas Sempre Alerta e Agroservice, além de utilizarem o mesmo endereço IP, chegaram a oferecer lances de idêntico valor, coincidindo inclusive nos centavos de Real: R\$ 1.332.141,12, com uma diferença de menos de 2 minutos entre os lances.

90. No que diz respeito dos lances ofertados no curso do pregão em análise, e considerado um universo restrito às empresas R2 Radiodifusão, Sempre Alerta e Agroservice, observa-se que estas ofertaram exatamente o mesmo número de lances e, entre esses, é possível identificar o estabelecimento de um padrão já a partir do 2º lance, mas que fica mais nítido a partir do 3º lance, quando verifica-se que a cada “rodada” de lances a diferença entre o menor e o 2º menor lance é exatamente a mesma diferença entre o 2º menor e o maior lance entre essas três empresas.

[...]

94. A propósito, registre-se que, sem que tivesse conhecimento de vários dos elementos expostos no presente PAR, o Poder Judiciário negou provimento ao Mandado de Segurança impetrado contra o ato da pregoeira que desclassificou as propostas apresentadas pelas empresas R2

Radiodifusão, Sempre Alerta e Agroservice no âmbito do Pregão n. 12/2020, consignando na sentença que “restaram demonstrados e discriminados os indícios que, em conjunto, expuseram a condição de interligação entre as propostas, o que contamina a idoneidade da Declaração de Elaboração Independente das Propostas” (original sem grifo e sem destaque):

95. As defendentes não apresentaram informações sobre o fato de que o compartilhamento do mesmo imóvel e da mesma infraestrutura de rede propiciam a comunicação e a discussão do conteúdo das propostas entre as empresas do grupo familiar antes da adjudicação dos objetos licitados, bem como o estabelecimento de ajustes, estratégias e combinações com o intuito de fraudar licitações

2.41. As defendentes também não apresentaram informações sobre a simetria dos descontos e lances observada não só no certame em análise, mas em outros anteriores, limitando-se a argumentar que “Uma política de redução de preços estabelecida de forma objetiva faz parte da estratégia de cada empresa, e não configura nenhuma conduta ilícita.” Ainda que ocorresse a possibilidade de custos similares entre as licitantes, bastaria que as empresas comprovasse nos autos para afastar a irregularidade a elas atribuídas, o que não foi feito. Quanto a tal indício, o TCU entende que um padrão de desconto subsiste como forte indício para fraude na competitividade de uma licitação, a saber:

33. O segundo indício da fraude remete ao alinhamento de preços propostos pelas três empresas classificadas: Nunes & Cia (R\$ 1.499.320,41) , Compact Construções (R\$ 1.504.095,84) e Construtora Costa Machado (R\$ 1.539.499,39) . As propostas foram elaboradas a partir de um desconto padrão sobre o orçamento base da prefeitura de Cascavel/CE, demonstrado na tabela do relatório de fiscalização (peça 5, p. 7)

{...}

33.2. A proposta da Compact Construções incluía um desconto linear de 2% sobre todos os itens, enquanto a oferta da empresa Nunes & Cia Ltda. compunha-se de reduções próximas a 2%, suficientes para vencer o certame e conferir-lhe ares de competitividade (peça 5, p. 7) . Portanto, resta claro que as três classificadas de forma intencional macularam a licitação, objetivando com que uma delas lograsse vencedora.

33.3. A Secex-CE examinou a questão da seguinte forma (peça 82, p. 7-8) :

36. Ao contrário do que se poderia pensar, ao apresentarem preços com a mesma variação percentual (próximos a 2%, 2% e 0%) , as licitantes terminaram por dar evidências que, de alguma forma, celebraram acordo de cujos atos participaram, incorrendo em ato atentatório contra a Lei de Licitações (arts. 3º, 90 da Lei de Licitações) . Assim, o alinhamento das propostas e a aplicação de desconto padrão, não pode ser considerado sinônimo da competitividade entre as empresas (peça 5, p. 7) como alegou o responsável, porém, quebra de sigilo das propostas entre elas (art. 3º da Lei 8666/93) , visto ser pouco provável haver licitantes com idênticas cestas de custos, dada a diversidade dos componentes que lhe são intrínsecos e ao mesmo renunciarem a diminuição de preços sob os mesmos patamares (próximos a 2%, 2% e 0%). [destaques acrescidos]

33.4. O Ministro André de Carvalho deixou assente no voto condutor do Acórdão 988/2019-TCU-Plenário o seguinte (peça 188, p. 3-4):

11. Incorpore o parecer da unidade técnica a estas razões de decidir.

[...]

18. A então Secex-CE assinalou que, a despeito de a proposta vencedora não relevar o eventual superfaturamento em alguns itens de serviço, quando comparados com o correspondente sistema Sicro, o exame das propostas de preço pela CPL não teria sido desenvolvido com a mesma rigidez adotada em relação à falta de documentos corriqueiros na etapa de habilitação, já que a Compact Construções e Projetos Ltda. teria aplicado a redução linear de apenas 2% nos seus preços e a Construtora Costa Machado Ltda. teria apresentado os seus preços em patamares praticamente idênticos aos do orçamento-base da prefeitura, ao passo que a Nunes & Cia. Ltda. teria aplicado os descontos com a variação de aproximadamente 2% em relação ao orçamento de referência e, assim, a sua proposta teria ficado ligeiramente inferior às supostas propostas das falsas concorrentes (tabela à Peça 5, p. 7) , não se mostrando sequer razoável que a participação das aludidas empresas, se habilitadas, pudesse redundar nessa estranha margem de desconto (tão inexpressiva) , nem, tampouco, admitir que a robusta similaridade dos preços unitários, para as três únicas licitantes classificadas, pudesse ser vista como "mera coincidência", em face de o aludido alinhamento de preços denotar a segurança dessas licitantes sobre o já esperado resultado do certame. [destaques acrescidos] (ACÓRDÃO 1506/2022 - PLENÁRIO)

2.42. Adicionalmente, o TCU já se manifestou inúmeras vezes sobre a força do conjunto de indícios igualmente aos aqui tratados, demonstrando que são suficientes para indicar fraude no caráter competitivo da licitação, como exemplo:

(ACÓRDÃO 608/2023 - PLENÁRIO)

Ademais, embora não seja ilegal a participação até mesmo de sociedades coligadas em uma mesma licitação, essas relações podem e devem ser consideradas sempre que houver indícios consistentes de conluio, especialmente em casos como o ora tratado, em que há vínculo de parentesco entre os sócios das empresas licitantes, que resolveram participar dos mesmos certames, disputando os mesmos itens, com propostas originadas de um mesmo endereço de IP, sendo que as empresas compartilham contador e o imóvel onde estão instaladas. Além disso, para a configuração de fraude à licitação não é necessário que os atos praticados pelas licitantes tenham logrado êxito em beneficiá-las. Portanto, o conjunto de elementos ora colacionados já seria suficiente para evidenciar o comportamento ilícito das três empresas.

{...}

O conjunto de indícios apontados nestes autos é suficiente para concluir que as empresas Helen Paula Caitana Dias Eireli, GD Distribuidora de Livros Ltda. e Dias Distribuidora de Livros Ltda. atuaram em conluio com o objetivo de fraudar licitações para aquisição de material bibliográfico de Instituições Federais de Ensino, embora nem todos os atos praticados por elas tenham sido bem-sucedidos em beneficiá-las.

ACÓRDÃO 866/2021 - PLENÁRIO

12. Bem se sabe que os indícios vários, convergentes e concordantes serviriam como prova em plena consonância com a jurisprudência firmada pelo STF a partir, por exemplo, do RE 68.006-MG, e, por esse prisma, restaria efetivamente evidenciado o referido conluio em função de as aludidas empresas integrarem o mesmo grupo econômico a partir, por exemplo, das seguintes evidências: (i) os sócios das empresas seriam parentes; (ii) as empresas possuiriam o mesmo contador; (iii) as empresas teriam agido em conluio em outra licitação da Caixa; (iv) a sócia de uma empresa representou a outra no acordo coletivo de trabalho e em outras licitações; (v) as empresas possuiriam o mesmo telefone para o contato; e (vi) o responsável pelo cadastro da proposta oferecida pela Poty Rent a Car Ltda. teria feito a alteração da proposta oferecida pela Capim Dourado Rent a Car Ltda. no presente certame.

2.43. Considerando que o caso versa sobre existência de conluio entre as Defendentes, o que, obviamente, não costuma deixar vestígios, há de se reconhecer a idoneidade do conjunto probatório amealhado no processo, que é suficiente para constituir prova do que se alega. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE no 68.006-MG, manifestou o entendimento de que “indícios vários e coincidentes são prova”.

2.44. Diante do exposto, subsiste, assim, o conjunto de indícios caracterizadores da fraude licitatória e o o argumento 3 não deve ser acatado.

2.45. ARGUMENTO 4 (DA IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO AMPARADA EXCLUSIVAMENTE EM INDÍCIOS)

2.46. Argumento(s) do manifestante:

a) O ordenamento pátrio não admite uma condenação baseada exclusivamente em indícios, como pretende a comissão de apuração.

b) Portanto, os elementos indiciários apurados no Termo de Indiciamento não têm o condão de comprovar a ocorrência de fraude ao caráter competitivo da licitação – havendo não apenas conraindícios de que tal fraude não tenha ocorrido, mas provas concretas, acima delineadas.

2.47. Não merece prosperar tais argumentos.

2.48. Os argumentos, em verdade, constituem reiteração de alegação suscitada pela pessoa jurídica na defesa escrita inicial, assim analisados pela CPAR quando do Relatório Final:

82. Com o devido respeito, a argumentação apresentada não merece prosperar, afinal, conforme jurisprudência farta e pacífica do STF e do TCU, é perfeitamente possível a condenação somente com base em indícios, quando a infração é de tal natureza que deixa pouco ou nenhum vestígio probatório. A título ilustrativo, transcreve-se trecho de acórdão de referência:

6. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 68.006-MG, manifestou o entendimento de que “indícios vários e coincidentes são prova”. Tal entendimento vem sendo utilizado pelo Tribunal em diversas situações, como nos Acórdãos-Plenário nºs 113/95, 220/99 e 331/02. Há que verificar, portanto, no caso concreto, quais são os indícios e se eles são suficientes para constituir prova do que se alega.

[...]

29. Assim, não se exige que haja prova técnica do conluio, até porque, como exposto na jurisprudência acima, “prova inequívoca de conluio entre licitantes é algo extremamente difícil de ser obtido”, visto que os licitantes fraudulentos sempre tentarão simular uma competição verdadeira. Não se pode, portanto, menosprezar a prova indiciária, quando existe no processo somatório de indícios que apontam na mesma direção. (Acórdão 57/2003-Plenário, citado no AC 0333-07/15-P, original sem grifos).

2.49. De imediato, é preciso que se diferencie "indício" de "conjunto indiciário", na medida em que o primeiro se encerra em uma única e singular suposição decorrente de uma constatação, enquanto o segundo, por sua multiplicidade uniformidade, se apresenta como meio apto a demonstrar determinado fato ou circunstância.

2.50. De fato, é praticamente impossível se obter prova inequívoca de conluio, uma vez que, quando acertos desse tipo ocorrem, não se faz, por óbvio, qualquer tipo de registro escrito. No entanto, no caso concreto verifica-se a existência de um conjunto de indícios convergentes e robustos, o que é suficiente para constituir prova do que se alega.

2.51. Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União também já possui entendimento sedimentado:

A existência de indícios vários e convergentes constituem prova de fraude a certame licitatório ou a processo de cotação de preços (Acórdão 80/2020-TCU-Plenário, Ministra-Relatora Ana Arraes)

A prova indiciária, constituída por somatório de indícios que apontam na mesma direção, é suficiente para caracterizar fraude a licitação mediante conluio de licitantes, devendo ser declarada a inidoneidade das empresas para licitar com a Administração Pública Federal (Acórdão 1829/2016-TCU-Plenário, Ministro-Relator André de Carvalho).

Assim, não se exige que haja prova técnica do conluio, até porque, como exposto na jurisprudência acima, *“prova inequívoca de conluio entre licitantes é algo extremamente difícil de ser obtido”*, visto que os licitantes fraudulentos sempre tentarão simular uma competição verdadeira. Não se pode, portanto, menosprezar a prova indiciária, quando existe no processo somatório de indícios que apontam na mesma direção. (Acórdão 333/2015-TCU-Plenário, Ministro-Relator Ministro Bruno Dantas).

A existência de indícios vários e concordantes faz prova de fraude à licitação e conduz à declaração de inidoneidade das empresas que participaram do ato ilícito (Acórdão 1107/2014-TCU-Plenário, Ministro-Relator André de Carvalho).

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. A aplicação de tal sanção independe da ocorrência de dano ao erário (Acórdão 2596/2012-TCU-Plenário, Ministra-Relatora Ana Arraes).

A existência de fortes indícios de conluio entre os participantes de procedimento licitatório pode levar à declaração de inidoneidade de empresa licitante, independentemente de ela ter colhido algum benefício, bastando que tenha concorrido para a fraude ou dela participado (Acórdão 1737/2011-TCU-Plenário, Ministro-Relator Valmir Campelo).

2.52. Diante do exposto, o argumento 4 não deve ser acatado.

2.53. **ARGUMENTO 5 (DA ATIPICIDADE DA CONDUTA – AUSÊNCIA DE LESÃO À COMPETITIVIDADE)**

2.54. Argumento(s) da defesa:

a) A Defesa assevera que ainda que fosse possível considerar alguma irregularidade na conduta das empresas, a imputação de responsabilidade seria inviabilizada pela inequívoca atipicidade, uma vez que o entendimento, segundo se alega, tanto no âmbito da jurisprudência do TCU quanto do Poder Judiciário, seria de que não bastaria a demonstração da existência do vínculo entre as empresas para configuração da conduta ilícita, haveria que se demonstrar, exaustivamente, a efetiva ocorrência da frustração ao

caráter competitivo da licitação, que, segundo a defesa, não ocorreu e, por decorrência lógica, não estaria demonstrado nos autos.

b) Salienta também que não há que se falar em fraude ou frustração ao caráter competitivo da licitação, quando não demonstrado que, de fato, a conduta dos participantes exerceu ou poderia exercer influência na disputa ou no resultado do certame. No caso, não haveria qualquer dúvida de que o processo licitatório teria sido hígido e alcançado elevada competitividade. A análise detida da ata do pregão afastaria qualquer dúvida a esse respeito, pois: i) trata-se de um pregão eletrônico, de ampla publicidade e participação; ii) 80 licitantes apresentaram suas propostas no certame e na fase de disputa, foram apresentados mais de 300 lances; iii) a Administração alcançou uma contratação absolutamente vantajosa, com um desconto de cerca de 9,5% sobre o valor da menor proposta cadastrada; e iv) não houve nenhuma tentativa de inibição dos demais concorrentes

2.55. Não merece prosperar tais argumentos.

2.56. Os argumentos, em verdade, constituem reiteração de tese suscitada pelas pessoas jurídicas na defesa escrita inicial, assim analisados pela CPAR quando do Relatório Final:

101. Relevante destacar de início que a disposição contida na alínea “a” do inciso IV do art. 5º da Lei n. 12.846/2013 tem por objetivo precípuo a tutela do caráter competitivo dos procedimentos licitatórios e, para tanto, o legislador estabeleceu dois núcleos de ação alternativos, a saber, “frustrar” ou “fraudar”, sendo totalmente independentes entre si, o que não impossibilita, entretanto, que uma única ação ou omissão por parte do autor se amolde aos dois núcleos. Não obstante, a constatação de frustração ou de fraude, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, do caráter competitivo do certame licitatório é suficiente para enquadramento na capitulação citada.

102. Não custa lembrar que o Termo de Indiciação é claro ao indicar que às empresas foram imputadas “práticas contrárias ao princípio da competitividade, materializados na entrega de propostas sem a independência exigida, caracterizando simulação de concorrência”, o que configuraria “fraude, mediante ajuste, para ferir o caráter competitivo do procedimento de licitação”. As empresas, portanto, estão sendo acusadas de fraude (e não de frustração), mediante ajuste, do caráter competitivo do Pregão n. 12/2020.

103. No Dicionário Online de Português (dicio.com.br), o verbete “fraude” é descrito como “qualquer ação ilícita, desonesta, ardilosa que busca enganar ou ludibriar alguém” ou, entre outros significados, representa o “não cumprimento de um dever, de uma obrigação”.

[...]

107. Ainda que a questão envolvendo os sócios fosse o único elemento de prova trazido pela Administração, uma coisa é a participação de certame licitatório de empresas com sócios em comum (ou com relação de parentesco entre esses), outra, bem diferente, é o fato de se ter pessoas que compõem o mesmo núcleo familiar se valerem de interpostas pessoas, com as quais mantêm vínculos familiares e/ou empregatícios, para simular a composição societária de outras empresas concorrentes. O que, diga-se, se amolda à descrição do verbete “fraude” transcrita acima.

[...]

109. Sob esse prisma, não é possível admitir que a competitividade foi mantida com base no fato de que houve vários lances de outras empresas, pois ainda que a competitividade não tenha sido frustrada, não há como negar que ela não tenha sido fraudada, conforme comprovado nos autos.

110. A corroborar com o exposto, e novamente recorrendo ao disposto na sentença do multicitado Mandado de Segurança n. 1042027-97.2020.4.01.3400, tem-se que, por muito menos do que ora apresentado, o Poder Judiciário assentou que “restaram demonstrados e discriminados os indícios que, em conjunto, expuseram a condição de **interligação** entre as propostas, o que **contamina a idoneidade** da Declaração de Elaboração Independente das Propostas.” (destacou-se)

111. Portanto, não assiste razão à Defesa ao alegar a atipicidade da conduta, uma vez que os elementos comprobatórios juntados aos autos denotam a subsunção a infrações administrativas elencadas no art. 5º, IV, “a”, Lei n. 12.846/2013, no art. 7º da Lei n. 10.520/02, além do descumprimento direto às cláusulas 3.6 e 16.5 do Edital do Pregão Eletrônico n. 12/2020, razão pela qual entende-se que o argumento 3 deve ser rejeitado.

2.57. Já foi demonstrado no Relatório Final e na análise do ARGUMENTO 3, que as empresas agiram em conluio para frustrar a competitividade e isonomia do certame, mediante a combinação de preços, com o consequente direcionamento da licitação.

2.58. O Tribunal de Contas da União também já se manifestou no sentido de que “a quantidade de participantes não possui, obrigatoriamente, relação de causa e efeito com a ocorrência de conluio e fraude de licitação” ([ACÓRDÃO 608/2023 - PLENÁRIO](#)).

2.59. Portanto, não assiste razão à Defesa ao alegar a atipicidade da conduta, razão pela qual se entende que o argumento 5 deve ser rejeitado.

2.60. DEFESA DAS PESSOAS FÍSICAS

2.61. ARGUMENTO 1 (DA AUSÊNCIA DE MOTIVO SUFICIENTE PARA A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – INEXISTÊNCIA DE CONDUTA ILÍCITA)

2.62. Argumento(s) da defesa:

a) Alega que as empresas não cometeram fraude no certame licitatório e que, portanto, estaria ausente o próprio ilícito ensejador da desconsideração da personalidade.

b) Argumenta que tanto no âmbito da doutrina como na jurisprudência do TCU e do Poder Judiciário, não basta a demonstração da relação de parentesco comum com sócios de outras empresas para configuração da conduta ilícita.

c) Salienta também que não há que se falar em fraude ou frustração ao caráter competitivo da licitação, quando não demonstrado que, de fato, a conduta dos participantes exerceu ou poderia exercer influência na disputa ou no resultado do certame. No caso, não haveria qualquer dúvida de que o processo licitatório teria sido hígido e alcançado elevada competitividade.

2.63. Tais argumentos da Defesa não merecem ser acatados.

2.64. Foi amplamente demonstrado tanto no Termo de Indiciação, no Relatório Final e, agora, nesta nota técnica, que as empresas agiram em conluio no âmbito do Pregão Eletrônico n. 12/2020 da ANEEL, para a prática de fraude, mediante ajuste, para ferir o caráter competitivo do procedimento de licitação, configurando falta de idoneidade para contratar com a Administração Pública.

2.65. Dessa forma, em prestígio ao princípio da objetividade processual e tendo em vista que as Defendentes pessoas físicas apresentam, neste ponto em específico, idênticos argumentos nas Alegações Finais das pessoas jurídicas (Doc 2655877), os quais foram analisados no ARGUMENTO 1 (2.17) e ARGUMENTO 5 (2.53) desta análise, entende-se, pelas mesmas razões expostas nos referidos itens, que os argumentos da empresa não merecem ser acatados.

2.66. ARGUMENTO 2 (DA INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS MÍNIMOS AUTORIZADORES DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA)

2.67. Argumentos da defesa:

a) Alega que a Comissão não comprovou os requisitos autorizadores para desconsideração da personalidade jurídica, que seriam o desvio de finalidade na utilização da pessoa jurídica ou a confusão patrimonial.

b) Argumenta que em relação à confusão patrimonial, não se extrai de nenhuma informação dos autos que os Defendentes tenham misturado seu próprio patrimônio com o patrimônio das respectivas pessoas jurídicas para qualquer fim, muito menos para o cometimento de algum ilícito.

c) Argumenta ainda que a comissão alega que a suposta confusão na formação societária das empresas representaria uma confusão patrimonial “não entre determinado sócio e respectiva empresa, mas sim entre as empresas”, de forma que as Defendentes entendem que essa não é a situação típica a ser enquadrada como confusão patrimonial, como pretende a comissão.

2.68. Não prospera a tese defensiva.

2.69. A desconsideração de personalidade jurídica exige alternativamente comprovação de desvio

de finalidade ou comprovação de confusão patrimonial.

2.70. No caso, restou demonstrado tanto no Termo de Indiciação quanto no Relatório Final, que a R2 Radiodifusão, Sempre Alerta e Agroservice, empresas integrantes de um mesmo grupo econômico e familiar, se reuniram para simular uma competição entre si no âmbito do Pregão n. 12/2020, com clara intenção de fraudar o caráter competitivo do certame, o que revela comportamento inidôneo daquelas, motivo pelo qual respondem ao presente processo.

2.71. Além disso, constatou-se que o trio de empresas agiram da mesma maneira em outros certames (item 88, Relatório Final 2625861)

2.72. Não se tratou, portanto, de situação isolada e excepcional, mas de deliberado comprometimento da finalidade da pessoa jurídica em prol de quem as representava, a revelar total descompasso com a função social que se espera da empresa.

2.73. As características das entidades, a reiteração e sofisticação das múltiplas condutas revelam o abuso da personalidade mediante desvio de finalidade e fraude em favor dos sócios administradores e do sócio oculto.

2.74. Havendo incidência de uma das hipóteses, falece qualquer interesse na discussão acerca da existência ou não de confusão patrimonial.

2.75. Assim, acertada a conclusão da CPAR para aplicação da desconsideração da personalidade jurídicas das empresas com base no requisito autorizador de desvio de finalidade da pessoa jurídica, configurada pela intenção, ilícita e fraudulenta, das pessoas naturais que estão por trás das empresas, desvirtuando seus fins institucionais e servindo-se os sócios ou administradores destas para lesar credores ou terceiros.

2.76. ARGUMENTO 3 (DA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE EXTENSÃO DOS EFEITOS DE EVENTUAL SANÇÃO DE IMPEDIMENTO DE LICITAR AOS DEFENDENTES.)

2.77. Argumento(s) da defesa:

a) Alega que há impossibilidade da extensão aos sócios e administradores das pessoas jurídicas dos efeitos das sanções estabelecidas no art. 7º da Lei n. 10.520/2002.

b) Afirma que a apuração conjunta de infrações, estabelecida no art. 16 do Decreto nº 11.129/2022, não autorizaria a adoção dos critérios de responsabilização previstos na Lei Anticorrupção aos fatos típicos da Lei de Licitações.

c) Sustenta que a desconsideração da personalidade jurídica prevista na Lei n. 12.486/2013 seria procedimento específico e somente se aplicaria aos regramentos delineados na própria lei. Ao passo que o rito de apuração conjunta apenas viabilizaria que fosse reunido no mesmo processo o julgamento de ilícitos que tenham previsão coincidente com a legislação referente a licitações e contratos administrativos.

d) No que diz respeito à aplicação material da sanção, salienta que deveria ser mantida a distinção estabelecida em cada norma jurídica específica aplicável, sob pena de uma deturpação da norma sancionadora em prejuízo da parte – o que seria vedado pelo princípio da legalidade estabelecido na Constituição Federal.

2.78. O art. 14 da Lei nº 12.846/2013 permite a extensão dos efeitos das sanções aplicadas ao ente privado aos sócios e administradores com poderes de representação, o que não deixa dúvidas quanto à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica em relação aos ilícitos previstos na referida lei.

2.79. Ocorre que, independentemente de previsão legal expressa, ordenamento jurídico autoriza a desconsideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo, desde que observado o contraditório e a ampla defesa.

2.80. Nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), a desconsideração da personalidade jurídica não está limitada à reserva de jurisdição e pode ser empregada nos casos de atos lesivos ao erário.

2.81. Oportunamente, transcreve-se trecho da ementa que consolida esse entendimento:

MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. **DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. POSSIBILIDADE.** REQUISITOS LEGAIS OBSERVADOS. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA.

1. Ao TCU é assegurado plexo de poderes e mecanismos cautelares voltados à garantia da eficácia de eventuais provimentos definitivos que imponham sanções a agentes públicos ou particulares responsáveis por irregularidades no trato de recursos públicos.

2. **O levantamento do véu da pessoa jurídica, embora grave do ponto de vista da segurança jurídica e da liberdade econômica, não se afeiçoa àquele estrito rol de direitos fundamentais cuja restrição apenas pode ser operacionalizada pelo Poder Judiciário.** É equivocado equiparar, para fins de proteção judicial, o conteúdo de comunicações telefônicas de cidadãos à desconsideração, em situações pontuais e fundamentadas, da pessoa jurídica. Não há, nessa hipótese, supressão ou malferimento de qualquer direito fundamental, seja do sócio pessoa física, seja da empresa pessoa jurídica.

3. **É legal e constitucionalmente fundada a desconsideração da pessoa jurídica pelo TCU, de modo a alcançar o patrimônio de pessoas físicas ou jurídicas envolvidas na prática de atos lesivos ao erário público, observados o contraditório e a ampla defesa.**

4. Segurança denegada.

(STF – MS: 35920 DF, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 18/03/2023, Tribunal Pleno, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO Dje-076 DIVULG 12-04-2023 PUBLIC 13-04-2023)

2.82. A autorização para implemento dessa medida decorre do dever de tutela do patrimônio público conferido aos órgãos de controle, o qual pressupõe a capacidade de efetivação da reprimenda sancionatória.

2.83. Não fosse isso, haveria desvirtuamento da finalidade da pretensão punitiva estatal, bem como beneficiamento da própria torpeza daqueles que abusam da forma jurídica para praticar ilícitos.

2.84. A doutrina especializada converge com essa conclusão, conforme abaixo reproduzido:

Mesmo antes do advento da NLL, de acordo com entendimentos do STJ e TCU já se reconhecia a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica nas licitações, ainda que ausente a previsão em lei, porquanto, em vista dos princípios da moralidade e isonomia, não poderia a Administração permitir que uma empresa – atuando com desvio de finalidade, com abuso de forma e em nítida fraude à lei – participasse de certames licitatórios e, no caso de se ter sagrado vencedora, viesse a ser contratada.

(Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência. Victor Aguiar Jardim de Amorim. – 4. ed. – Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2021, fl. 284)

2.85. Ao que se constata, a desconsideração da personalidade jurídica é necessária para evitar que as pessoas físicas voltem a se relacionar impunemente com a Administração Pública.

2.86. Justamente para inibir esse tipo de situação, antes mesmo de o Supremo Tribunal Federal (STF) ter avalizado a desconsideração da personalidade jurídica pelos órgãos de controle, o Tribunal de Contas da União (TCU) já havia fixado tese de que é cabível declarar a inidoneidade para licitar com a Administração Pública a futuras sociedades constituídas com o mesmo objeto social e composta pelo mesmo quadro societário de empresas inidôneas (Acórdão 1209/2009-Plenário).

2.87. Desse cenário, extrai-se o fundamento fático e jurídico que traz assertividade ao posicionamento da CPAR.

2.88. Portanto, não merece reparo a sugestão de que a personalidade jurídica da empresa seja desconsiderada.

2.89. **DAS PENALIDADES SUGERIDAS**

2.90. **EXTENSÃO DOS EFEITOS DA SANÇÃO DE IMPEDIMENTO DE LICITAR E CONTRATAR**

2.91. A primeira crítica da defesa reside na conclusão da CPAR pela extensão dos efeitos da sanção de impedimento de licitar e contratar a toda a Administração Pública, quando a Lei nº 10.520/2002, invocada como fundamento da sanção, restringe os efeitos dessa penalidade ao ente contratante.

2.92. Nesse ponto, **reside razão à defesa**, uma vez que é entendimento desta Controladoria Geral

da União, manifestado no Manual de PAR, que em razão da conjunção “ou” presente na redação do art. 7º da Lei nº 10.520/2002 e do art. 47 da Lei nº 12.462/2011, a norma autoriza a alternatividade, o que cinge o efeito da sanção ao ente político licitante (União, Estados, Distrito Federal ou Municípios). Essa posição tem sido considerada a mais adequada por estar em sintonia com o princípio da reserva legal, da interpretação restritiva das normas punitivas e ainda com a interpretação literal do texto normativo que diferencia as conjunções aditivas e alternativas.

2.93. Dessa forma, **faz-se necessária a correção da redação do relatório final**, para restringir os efeitos da pena de impedimento ao ente contratante, que no caso é a União.

2.94. **DOSIMETRIA DA SANÇÃO DE IMPEDIMENTO DE LICITAR E CONTRATAR**

2.95. A defesa argumenta que a CPAR pretende atribuir grau elevadíssimo, com base em duas alegações: (i) a suposta utilização de empresas interpostas no quadro de sócios administradores das Defendentes; e (ii) a suposta entrega de documentação falsa no certame.

2.96. Com relação à primeira alegação, afirma que não foi comprovada neste processo a suposta utilização de “laranja” na administração das empresas, pois o que a comissão aponta é, tão somente, uma suspeita de que isso ocorra.

2.97. Quanto ao segundo fundamento, a defesa argumenta que a apresentação de documentação falsa durante o processo licitatório nem mesmo foi objeto de contraditório nos autos e que se trata de uma acusação que sequer foi levantada em toda a instrução do processo.

2.98. As defendentes alegam, ainda, desproporcionalidade pelo fato que suas condutas, segundo estas, não terem gerado qualquer lesão ao caráter competitivo da licitação, tendo o certame alcançado os seus objetivos.

2.99. Merecem subsistir as conclusões da CPAR.

2.100. Conforme informado pela Comissão, a declaração de impedimento foi calculada com base no artigo 7º da Lei nº 10.520/2002 c/c o Manual CGU de Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas, em que o artigo 7º consta:

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

2.101. Para fins de dosimetria do lapso temporal, a CPAR destacou no Relatório Final:

208. Como agravantes, constatou-se que a utilização de interpostas pessoas (“laranjas”) na qualidade de sócios administradores das empresas R2 Radiodifusão e Sempre Alerta, com utilizações de alterações no quadro societário dessas empresas com o claro objetivo de evitar suspeitas a respeito das ligações com a terceira empresa, a Agroservice.

209. Além disso, o sócio oculto das duas primeiras empresas e titular da terceira, Paulo Henrique Santos, está diretamente envolvido no encaminhamento de documentação falsa exigida para o certame, com intenção de fraudar o caráter competitivo do Pregão n. 12/2020, o que revela sobremodo o comportamento inidôneo.

2.102. Conforme fartamente demonstrado no Termo de Indiciação e no Relatório Final, R2 Radiodifusão, Sempre Alerta e Agroservice, empresas integrantes de um mesmo grupo econômico e familiar, se reuniram para simular uma competição entre si no âmbito do Pregão n. 12/2020, com clara intenção de fraudar o caráter competitivo do certame, o que revela comportamento inidôneo daquelas, motivo pelo qual respondem ao presente processo.

2.103. Sobre o primeiro argumento, a defesa limita-se a argumentar que não foi comprovada neste processo a suposta utilização de “laranja” na administração das empresas, sem trazer qualquer elemento

que permita avaliar a veracidade de tal negativa.

2.104. Ao passo que a CPAR demonstrou por vários indícios que Fabiane Felix e Aldeci Florêncio funcionavam como interpostas pessoas à frente das empresas R2 Radiodifusão e Sempre Alerta, podendo se destacar em resumo:

a) sincronismo nas alterações contratuais da R2 Radiodifusão e da Sempre Alerta, alternando apenas os nomes dos supostos sócios.

b) contrato celebrado com a empresa Saga Brasil Administração e Participações Ltda. (2396747 a 2396751, p. 2.695/2.699) foi celebrado por Paulo Henrique Santos, na condição de representante legal da R2 Radiodifusão, ainda que em nenhum momento constou no quadro societário da R2 Radiodifusão um integrante do núcleo familiar citado. Ressalte-se ainda que à época não foi localizada procuração pública registrada em cartório, mediante a qual os poderes para representar a empresa teriam sido conferidos ao Paulo Henrique Santos.

c) além das várias interações envolvendo as interpostas pessoas (“laranjas”), as 3 empresas e os integrantes do núcleo familiar, tal como reportado no Termo de Indiciação, no item 2.11 - Indício 11: o estreito relacionamento entre o núcleo familiar e 3 dos sócios/ex-sócios da R2 RADIODIFUSÃO e SEMPRE ALERTA.

2.105. Por todo o exposto, é verossímil admitir que as empresas R2 Radiodifusão e Sempre Alerta são administradas por interpostas pessoas e que têm seus interesses diretamente vinculados à Agroservice e ao núcleo familiar.

2.106. Quanto ao segundo argumento, sobre o encaminhamento de documentação falsa por Paulo Henrique Santos, também não merece prosperar.

2.107. O presente processo trata justamente da idoneidade da declaração de independência das propostas, cujo objetivo é garantir a isonomia entre os licitantes e, por conseguinte, resguardar o princípio da competitividade do certame.

2.108. No Termo de Indiciação consta também excerto de decisão judicial mencionando a falta de Declaração de Elaboração Independente das Propostas, contestada desde o início da apuração pela ANEEL, conforme a seguir:

11. Inconformada com a decisão administrativa, a **R2 Radiodifusão** impetrou junto ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1) o Mandado de Segurança n. 1042027-97.2020.4.01.3400, em face de ato atribuído à pregoeira da ANEEL e contestando sua desclassificação do certame.

12. Após a apresentação da defesa judicial da ANEEL e das informações prestadas pela pregoeira, foi proferida sentença, em 06/12/2021, e ora transitada em julgado, negando a segurança. Segue excerto da fundamentação utilizada:

19. Com efeito, a desclassificação das três propostas referidas foi detalhadamente motivada e fundamentada no Despacho de Mero Expediente nº 177/2020-SLC/ANEEL, de 20 de julho de 2020 (doc. em anexo). No referido Despacho, restaram demonstrados e discriminados os indícios que, em conjunto, expuseram a condição de interligação entre as propostas, o que contamina a idoneidade da Declaração de Elaboração Independente das Propostas.

2.109. Dessa forma, não merece razão o argumento da Defesa, pois a apresentação de documentação falsa durante o processo licitatório foi objeto de contraditório em todas as instruções dos autos.

2.110. A empresa alega, ainda, desproporcionalidade pelo fato de sua conduta não ter qualquer lesão ao caráter competitivo da licitação, tendo o certame alcançado os seus objetivos.

2.111. Sobre esse argumento, a CPAR considerou para fins de atenuante, conforme consta no Relatório final:

211. Por sua vez, há de se considerar como circunstância atenuante o fato de não ter havido dano, pois as propostas das empresas foram desclassificadas e, em razão disso, o contrato não foi celebrado.

2.112. **PUBLICAÇÃO EXTRAORDINÁRIA**

2.113. Quanto à dosimetria para aplicação da Publicação Extraordinária da Decisão Condenatória, a LAC apenas definiu o prazo mínimo, de 30 (trinta) dias, deixando uma margem de discricionariedade para a Administração na determinação do prazo conforme o caso concreto. De modo a minimizar os problemas decorrentes de tal ausência, o Manual de Responsabilização de Entes Privados (p. 157) orienta que a definição seja realizada com base nos parâmetros do art. 7º da LAC, juntamente com o previsto nos arts. 17 e 18 do Decreto nº 8.420/2015.

2.114. Nesse sentido, o [Manual de Responsabilização de Entes Privados](#) (p. 154) sugere o seguinte escalonamento:

TABELA 1 - INCISO I DO ART. 17 DO DECRETO Nº 8.420/2015

ANÁLISE SUGERIDA – CRITÉRIO DA “CONTINUIDADE DOS ATOS LESIVOS NO TEMPO”	
Ausência de continuidade dos atos lesivos no tempo (ato isolado).	0%
Os atos lesivos objeto da apuração foram praticados reiteradamente em período superior a 6 meses, contado da primeira infração.	1,0%
Os atos lesivos objeto da apuração foram praticados reiteradamente em período superior a 1 ano, contado da ocorrência da primeira infração.	1,5%
Os atos lesivos objeto da apuração foram praticados reiteradamente em período superior a 2 anos, contado da ocorrência da primeira infração.	2,0%
Os atos lesivos objeto da apuração foram praticados reiteradamente em período superior a 3 anos, contado da ocorrência da primeira infração.	2,5%

2.115. No presente caso, tendo-se em vista que a alíquota incidente sobre a base de cálculo foi de 4% para Agroservice e para R2 Radiodifusão e de 5% para Sempre Alerta, verifica-se que a duração da publicação extraordinária deve corresponder a 45 dias para cada uma, de modo que o cálculo realizado pela comissão obedeceu os parâmetros orientativos e, portanto, deve ser acolhido.

2.116. **APURAÇÃO DO VALOR DA MULTA PROPOSTA**

2.117. Primeiramente, a Defesa argumenta que, sem qualquer justificativa, a comissão atribui o percentual máximo, de 3%, para o fator agravante estabelecido no art. 22 do Decreto nº 11129/2022, que trata da “tolerância ou ciência de pessoas do corpo diretivo ou gerencial da pessoa jurídica”.

2.118. Argumenta que a Comissão não comprovou nos autos que o sócio titular da empresa Agroservice seria também o controlador das demais empresas e que ele teria agido diretamente para o cometimento de fraudes ao certame, pois o que há nos autos, segundo as Defendentes, é a colação de uma série de alterações sociais que apresenta os vínculos de parentesco entre sócios das empresas. O que não autorizaria a concluir que haveria um sócio oculto.

2.119. Além disso, a Defesa requer revisão no valor base para cálculos das multas, pois argumenta que não foram excluídos da receita bruta das Defendentes (valor base para cálculo da multa) contribuições e tributos incidentes sobre a receita operacional da empresa, tais como a Contribuição Previdenciária, a Contribuição sobre o Lucro Líquido - CSLL e o imposto sobre a renda da pessoa jurídica – IRPJ.

2.120. Não merecem razão nenhum dos dois argumentos.

2.121. Quanto ao primeiro, a Comissão demonstrou fartamente no Termo de Indiciação e no Relatório Final que **Paulo Henrique Santos** atuou como sócio oculto das empresas **R2 Radiodifusão e Sempre Alerta, que se utilizaram de** interpostas pessoas para encobrir a existência deste sócio oculto, as quais eram comandadas, de fato, por **Paulo Henrique**, que é também quem controla o referido grupo econômico familiar.

2.122. Além das várias interações envolvendo as interpostas pessoas (“laranjas”), as 3 empresas e o sócio oculto, Paulo Henrique Santos, tal como reportado no Termo de Indiciação, no item 2.11 - **Indício 11: o estreito relacionamento entre o núcleo familiar e 3 dos sócios/ex-sócios da R2 RADIODIFUSÃO e SEMPRE ALERTA**, pode-se destacar também:

a) o fato de que as 3 empresas informaram várias vezes à Junta Comercial o número de telefone (61) 3201-4664 para possível contato, o qual é vinculado a Paulo Henrique, sendo que Paulo Henrique a época dos fatos era sócio só da Agroservice.

b) o contrato celebrado entre a **R2 Radiodifusão** e a empresa Saga Brasil Administração e Participações Ltda. (2396747 a 2396751, p. 2.695/2.699) assinado por Paulo Henrique Santos, na condição de representante legal, em 08/09/2016, sendo que à época, nos registros da **R2 Radiodifusão** constava como titular (único sócio) o Sr. Aldeci Florêncio Rodrigues e não foi localizada procuração pública registrada em cartório, mediante a qual os poderes para representar a empresa teriam sido conferidos ao Paulo Henrique Santos.

c) as inúmeras vezes que **Aldeci**, na qualidade de sócio da **R2 Radiodifusão**, outorgou poderes ao **Paulo Henrique** para, de modo geral, administrar a empresa.

2.123. Quanto ao segundo argumento, sobre o valor da base de cálculo da multa, devem prosperar as conclusões da CPAR.

2.124. Cabe informar que através do Termo de Indiciação, as empresas foram instadas a se manifestarem a respeito dos documentos encaminhados pela Receita Federal (docs. 2588045, 2588047 e 2588048).

2.125. A Defesa, através do documento 2602207, assevera que as informações prestadas não coadunam com a realidade das empresas e limitou-se a juntar o Anexo 2602209, composto basicamente de três linhas de uma planilha (uma para cada empresa), como se esse fosse um registro contábil hábil a demonstrar a real carga tributária incidente sobre a receita bruta de cada uma das empresas, para fins do cálculo da multa prevista na Lei n. 12.846/2013.

2.126. De forma que nenhuma das três empresas apresentou os competentes registros contábeis/financeiros solicitados pela CPAR por ocasião do respectivo indiciamento.

2.127. Sobre o cálculo da base de cálculo da multa, a CPAR, com base no disposto no inc. I do §1º do art. 20 do Decreto n. 11.129/2022 c/c a IN CGU n. 1/2015, entende que o cálculo das multas deverá adotar por base as informações prestadas pela Receita Federal do Brasil - RFB.

2.128. A Receita Federal do Brasil, através das notas de compartilhamento de informações tributárias (docs. 2588045, 2588047 e 2588048), informou quais tributos devem ser excluídos para fins de cálculo da base de cálculo da multa prevista na Lei nº 12.846/2013, conforme consta:

Registra-se, por oportuno, que os tributos de que trata o inciso I do art. 6º da Lei n. 12.846/2013, conforme regulamentado pela IN CGU nº 1, de 7 de abril de 2015, são, no entendimento desta RFB, a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), as Contribuições para o Programa de Integração Social e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PIS/Pasep), o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual, Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS), bem como os Demais Impostos e Contribuições Incidentes sobre Vendas e Serviços.

2.129. Dessa forma, constata-se que não houve equívoco no cálculo das multas e as conclusões da CPAR devem ser mantidas.

2.130. Após análise do relatório e das manifestações finais das empresas, tem-se o seguinte quadro resumo da dosimetria da multa sugerida:

Dispositivo do Decreto n. 11.129/2022	Percentual aplicado R2 RADIODIFUSÃO	Percentual aplicado SEMPRE ALERTA	Percentual aplicado AGROSERVICE
I - até quatro por cento, havendo concurso dos atos lesivos;	0%	0%	0%

	II - até três por cento para tolerância ou ciência de pessoas do corpo diretivo ou gerencial da pessoa jurídica;	+ 3%	+ 3%	+ 3%
	III - até quatro por cento no caso de interrupção no fornecimento de serviço público, na execução de obra contratada ou na entrega de bens ou serviços essenciais à prestação de serviços públicos ou no caso de descumprimento de requisitos regulatórios;	0%	0%	0%
Art. 17 Agravantes	IV - um por cento para a situação econômica do infrator que apresente índices de solvência geral e de liquidez geral superiores a um e lucro líquido no último exercício anterior ao da instauração do PAR;	0%	+ 1%	+ 0%
	V - três por cento no caso de reincidência, assim definida a ocorrência de nova infração, idêntica ou não à anterior, tipificada como ato lesivo pelo art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013 , em menos de cinco anos, contados da publicação do julgamento da infração anterior;	0%	0%	0%
	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	+2%	+2%	+2%
	I - até meio por cento no caso de não consumação da infração;	0%	0%	0%
	II - até um por cento no caso de comprovação da devolução espontânea pela pessoa jurídica da vantagem auferida e do ressarcimento dos danos resultantes do ato lesivo;	- 1%	-1%	- 1%
	III - até um por cento no caso de inexistência ou falta de comprovação de vantagem auferida e de danos resultantes do ato lesivo;	0%	0%	0%
Art. 18 Atenuantes	IV - até um e meio por cento para o grau de colaboração da pessoa jurídica com a investigação ou a apuração do ato lesivo, independentemente do acordo de leniência;	0%	0%	0%

V - até dois por cento no caso de admissão voluntária pela pessoa jurídica da responsabilidade objetiva pelo ato lesivo;	0%	0%	0%
VI - até cinco por cento no caso de comprovação de a pessoa jurídica possuir e aplicar um programa de integridade, conforme os parâmetros estabelecidos no Capítulo V.	0%	0%	0%
Alíquota aplicada	+4%	+5%	+4%
Base de cálculo	R\$ 10.926.034,54	R\$ 45.907.908,72	R\$ 18.731.833,84
Multa preliminar	R\$ 437.041,38	R\$ 2.295.395,44,	R\$ 749.273,36
Limite mínimo	R\$ 10.926,03	R\$ 45.907,90	R\$ 18.731,83
Limite máximo	R\$ 1.494.000,00	<u>R\$ 1.503.000,00</u>	R\$ 1.512.000,00
Valor final da multa da LAC	R\$ 437.041,38	R\$ 1.503.000,00	R\$ 749.273,36
TOTAL	R\$ 437.041,38	R\$ 1.503.000,00	R\$ 749.273,36

DA PRESCRIÇÃO

LEI nº 12.846/2013

1. Conforme verificado, os atos lesivos relacionados ao Pregão Eletrônico nº 12/2020 foram identificados pela ANEEL em 13/07/2020 (DOC 00190.105080/2021-31, fl. 445; DOC 2396529), ocasião em que teria sido revelada a falta de independência das propostas das empresas investigadas.

3. Quanto às sanções decorrentes da prática do ato lesivo previsto art. 5º, inciso IV, alínea “a”, da Lei nº 12.846/2013, a prescrição ocorrerá em 5 (cinco) anos, contados da data da ciência da infração, nos termos do art. 25 daquele diploma legal. Tem-se ainda que a instauração de processo apuratório interrompe o prazo prescricional da ação punitiva, nos termos do parágrafo único do art. 25 da LAC:

Art. 25. Prescrevem em 5 (cinco) anos as infrações previstas nesta Lei, contados da data da ciência da infração ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

Parágrafo único. Na esfera administrativa ou judicial, a prescrição será interrompida com a instauração de processo que tenha por objeto a apuração da infração.

5. No caso vertente, a ciência pela ANEEL ocorreu no dia 13/07/2020, durante a sessão pública do Pregão, quando a Pregoeira identificou uma série de evidências de que não houve independência na elaboração das propostas das proponentes, tendo recusadas as propostas, e sendo esta data o marco inicia para contagem do prazo prescricional, o qual teria por termo final o dia 13/07/2025. Em tal contexto, o desencadeamento do PAR, em 09/06/2022 (Doc nº 2409127), ocorreu dentro do prazo prescricional da Lei nº 12.846/2013, interrompendo-o. Destarte, resta hígida a pretensão punitiva estatal. Doravante, o termo final para a aplicação das sanções de multa e publicação extraordinária decorrentes da Lei Anticorrupção é 09 de junho de 2027.

LEI nº 10.520/2002

8. Por outro lado, no tocante à infração administrativa prevista no art. 7º, da Lei nº 10.520/2002 (Pregão), tem-se que a Lei do Pregão não dispõe acerca do prazo prescricional aplicável às ações referentes

às infrações nela previstas, o mesmo acontece com a Lei nº 8.666/1993, a qual tem aplicação subsidiária àquela. Nesse caso, o entendimento da Coordenação-Geral de Unificação de Entendimentos desta Corregedoria, consubstanciado na [Nota Técnica nº 2170/2019/CGUNE/CRG](#), é no sentido de que se deve seguir a regra insculpida na Lei nº 9.873/1999, o qual estabelece:

Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

(...)

Art. 2º Interrompe-se a prescrição da ação punitiva:

I – pela notificação ou citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital;

II - por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato;"

9. No caso concreto, pode-se considerar a data da prática do ato a data da sessão pública do Pregão, quando se tornaram oficiais as propostas, que se deu no dia 13/07/2020, sendo este o marco inicial para o início da contagem do prazo prescricional, o qual teria por termo final o dia 13/07/2025. No entanto, considera-se interrompido o prazo pela instauração dos respectivos processos de apuração da infração no dia 06/10/2020 (doc. 2396666, 2396720 e 2396735), no âmbito da ANEEL, com base na Lei n. 10.520/2002, que ocorreu dentro do prazo prescricional, de forma que o novo prazo final seria o dia 06/10/2025. Porém, considerando que o artigo 2º da Lei n.º 9.873/1999 elenca diversos marcos interruptivos da prescrição da ação punitiva, entre os quais qualquer ato inequívoco que importe apuração do fato - instauração do PAR no dia 12.05.2022 - e a citação do acusado, inclusive por edital - ocorrida, no presente, em 12 de julho de 2022.

15. Dessa forma, o termo final para a aplicação da sanção de impedimento de licitar e contratar com a União pelo prazo de 04 (quatro) anos decorrente da Lei do Pregão é 12 de julho de 2027.

17. Verifica-se, portanto, que o presente PAR foi instaurado dentro do prazo para a aplicação das penalidades propostas.

3. CONCLUSÃO

3.1. Em vista dos argumentos aqui expostos, opina-se pela regularidade do PAR.

3.2. O processo foi conduzido em consonância com o rito procedimental previsto em lei e normativos infralegais, e com efetiva observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, enquanto consectários do devido processo legal, não se verificando qualquer incidente processual apto a ensejar a nulidade de atos processuais.

3.3. Ademais, não se vislumbra a existência de fato novo apto a modificar a conclusão a que chegou a Comissão de PAR, ou seja, os esclarecimentos adicionais trazidos pela defendente não foram suficientes para afastar as irregularidades apontadas.

3.4. Dessa forma, sugere-se acatar as recomendações feitas pela CPAR em seu Relatório Final, bem como a correção sugerida no item 2.90 dessa NT:

a) restringir ao ente contratante, que no caso é a União, os efeitos da pena de impedimento de licitar por 04 (quatro) anos.

3.5. No mais, sugere-se o encaminhamento dos autos às instâncias superiores desta Secretaria de Integridade Privada e, se houver concordância, à Consultoria Jurídica para a análise de sua competência, nos termos do art. 13 do Decreto nº 11.129, de 2022, e do art. 24 da IN CGU nº 13, de 2019.

3.6. Por fim, nos termos do art. 56, III, in fine, da Portaria Normativa CGU nº 38/2022, encaminha-se a Minuta de Decisão SUPER nº 2922554 subsequente.

3.7. À consideração superior.



Documento assinado eletronicamente por **ERICA LOURENCO DOS SANTOS, Auditor Federal de Finanças e Controle**, em 30/08/2023, às 12:51, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020.

A autenticidade deste documento pode ser conferida no site <https://super.cgu.gov.br/conferir> informando o código verificador 2696254 e o código CRC 1C0B3C65

Referência: Processo nº 00190.104770/2022-54

SEI nº 2696254