



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. 00244/2024/CONJUR-CGU/CGU/AGU

NUP: 00190.106901/2022-38

INTERESSADOS: SDI INFORMÁTICA E CONSTRUÇÕES LTDA

ASSUNTOS: PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO DE EMPRESA (PAR)

EMENTA: PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO (PAR). LEI Nº. 12.846/2013.

1. A pessoa jurídica SDI Informática e Construções Ltda. foi indiciada pela prática das seguintes condutas: a) atuação combinada para burlar a concorrência da Tomada de Preços nº 22/2017/SED/MS, mediante a apresentação de proposta de cobertura; b) não execução de obras decorrentes de contrato firmado com a SED/MS, em que pese ter recebido o pagamento por elas; e c) burla à fiscalização promovida pela CGU.
2. O processo teve trâmite regular sobre o aspecto formal, com pleno respeito à ampla defesa e ao contraditório.
3. Pretensão punitiva do Estado não foi fulminada pela prescrição.
4. Manifestação pelo prosseguimento do feito, com acatamento das conclusões alcançadas pela Comissão e aplicação das penalidades de multa, de publicação extraordinária da decisão condenatória e de declaração de inidoneidade.

1. RELATÓRIO

1. Trata-se de Processo Administrativo de Responsabilização (PAR) instaurado no âmbito desta Controladoria-Geral da União (CGU), como desdobramento da Operação "Nota Zero", com o objetivo de apurar a responsabilização administrativa da pessoa jurídica SDI Informática e Construções Ltda., CNPJ nº 07.085.880/0001-95.

2. Em síntese, são imputadas à indiciada as seguintes condutas: a) atuação combinada com a empresa Ajota Engenharia e Construção Ltda. para fraudar o ambiente de competição da Tomada de Preços nº 22/2017/SED/MS, mediante apresentação de proposta de cobertura; b) não execução das obras e dos serviços previstos no Contrato nº 2/2018, celebrado entre a SDI e o Estado do Mato Grosso do Sul, em que pese a indiciada ter recebido o pagamento por elas; e c) burla à fiscalização promovida pela CGU, caracterizada por alugar caçambas de entulho e posicioná-las em locais estratégicos logo após ter ciência da atuação fiscalizatória da CGU.

3. Consta do Termo de Indiciação (SEI 2497441) que, a partir de denúncias realizadas por dois empresários do ramo da construção civil, os noticiantes apresentaram à Superintendência Regional da Polícia Federal em Mato Grosso do Sul (SR/PF/MS) gravações que revelaram a existência de um esquema de rodízio ("fila") para ganhar licitações da SED/MS.

4. Diante dos indícios de autoria e de materialidade decorrentes da Operação "Nota Zero", a pessoa jurídica investigada foi indiciada pela prática das condutas de (a) fraudar, mediante ajuste, o caráter competitivo do procedimento de licitação, de (b) fraudar contrato decorrente de licitação pública e de (c) dificultar a atividade de fiscalização da CGU, de modo a incidir nos atos lesivos tipificados no art. 5º, incisos IV, alíneas "a" e "d", e V, da Lei nº 12.846/2013 e no art. 88, incisos II e III, da Lei nº 8.666/1993.

5. Devidamente intimada (SEI 2500777 e 2500847), a pessoa jurídica apresentou defesa escrita (SEI 2553484), por meio da qual se alegou o seguinte:

- quanto à acusação de habilitação indevida, a empresa SDI apresentou atestado de capacidade técnica em pintura de paredes superior ao mínimo exigido pelo edital;
- se a empresa Ajota, que concorria com a SDI no certame em questão, conseguiu o edital de forma antecipada certamente o conseguiu com terceiros e não com a SDI;
- não há nenhuma ligação telefônica, troca de mensagens ou de e-mail entre a empresa SDI Informática e a empresa Ajota ou entre seus sócios;
- contradição no Termo de Indiciação em relação ao caráter restritivo dos editais de licitação da SED/MS. Para a defesa, haveria indicação de que tais editais teriam utilizado critérios ora ampliativos ora restritivos;
- com relação à imputação de esquema de rodízio entre as empresas por meio da análise conjunta de sete tomadas de preço promovidas pela SED/MS, a defesa sustenta que a CPAR não comprovou que a SDI combinou com todas as centenas de outras construtoras do Estado de Mato Grosso do Sul, além de sustentar que a SDI não participou das demais licitações porque estariam além de sua capacidade técnica, bem como porque ainda resta vigente no país a livre iniciativa;
- o Laudo de Perícia Criminal Federal nº 427/2022, elaborado em 31 de março de 2022 pela SR/PF/MS, junto à obra da escola Padre Constantino, objeto da Tomada de Preços n.º 22 da qual participou a SDI, concluiu que não restou comprovada nenhuma parcela de dano ao erário relativa à análise de preços;
- a discrepância entre os quantitativos medidos/pagos e os efetivamente executados até a data da inspeção física realizada pela CGU em 19/04/2018 não serviria de suporte probatório do superfaturamento quantitativo, uma vez que não teria sido realizada inspeção última após o fim da obra;
- quanto às transcrições de áudio de José Audax, Marcelo Curvelo da Silva e Paulo Malacrida, a defesa alega que o sócio Marcelo Curvelo da Silva demonstrou, nos áudios, total isenção ou lisura, pois evidenciou não saber o porquê da preocupação da servidora Lily com a visita da CGU na obra, expressando preocupação apenas com eventual divergência entre os serviços executados e aqueles informados na planilha de medição; e
- quanto à desconsideração da personalidade jurídica, sustentou que não há, nos autos, análise jurídica que demonstre a ocorrência de abuso de direito.

6. Encerrada a instrução probatória, a Comissão de Processo Administrativo de Responsabilização (CPAR), ao elaborar o Relatório Final (SEI 2858923), concluiu pela condenação pela prática das condutas pelas quais foi indiciada, motivo pelo qual recomendou a aplicação das penalidades de multa, de publicação extraordinária da decisão sancionadora e de declaração de inidoneidade, nos termos do art. 6º, incisos I e II, da Lei nº 12.846/2013 e do art. 87, inciso V, da Lei nº 8.666/1993.

7. Devidamente intimada (SEI 2863969) e após discussões sobre a reabertura do prazo (SEI 2874818 e SEI 2875172), a defesa da indiciada não apresentou alegações finais.

8. Após manifestação da Secretaria de Integridade Privada - SIPRI pela condenação da pessoa jurídica (SEI 2911105), os autos foram encaminhados a esta Consultoria Jurídica junto à Controladoria-Geral da União para análise e encaminhamento posterior ao Exmo. Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União para julgamento, nos termos do art. 24 da IN CGU nº 13/2019.

9. É o relato do necessário.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1 ANÁLISE DA PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA

2.1.1. LEI Nº 12.846/2013

10. Os fatos ora apurados foram praticados na vigência da Lei nº 12.846/2013, de modo a ensejar a aplicação do artigo 25 da norma, o qual prevê prazo prescricional de 5 anos. â□□

11. O texto legal menciona, ainda, que o termo inicial do aludido prazo prescricional se dará da ciência do fato a ser apurado ou da sua cessação, no caso de infração permanente ou continuada, "*interrompendo-se com a instauração de processo que tenha por objeto a apuração da infração*".

12. No presente caso, consideramos que a ciência dos fatos pela Controladoria-Geral da União se deu no dia 08/05/2019, data da deflagração da Operação "Nota Zero" (SEI 2472693 e SEI 2472898, pp. 173-264).

13. Nesse sentido, é possível afirmar que a instauração do PAR, por meio da Portaria CRG/CGU nº 1.923, de 10 de agosto de 2022, publicada no DOU nº 153, de 12 de agosto de 2022 (SEI 2475608), ocorreu nos limites do prazo prescricional de 5 (cinco) anos, previsto pela Lei nº 12.846/2013.

14. Ademais, com a publicação da instauração do presente PAR, ocorreu o fenômeno interruptivo, estabelecendo novo marco prescricional em 12/08/2027.

15. Em razão do exposto, a pretensão punitiva estatal quanto às sanções da Lei nº 12.846/2013 não se encontra fulminada pela prescrição.

2.1.2. LEI Nº 8.666/1993

16. A Lei nº 8.666/1993 não prevê prazo prescricional para a aplicação das sanções nela previstas. Em vista dessa omissão, a prescrição das penalidades contidas na referida norma é fixada de acordo com a Lei nº 9.873/1999, a qual estabelece que, quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição será regida pelo prazo previsto na lei penal.

17. No presente caso, as condutas praticadas pela SDI Informática configuram-se, igualmente, como ilícito penal. Nesse sentido, a fraude à licitação guarda correspondência com o crime previsto no art. 90 da Lei nº 8.666/1993, ao passo que a fraude à execução contratual corresponde ao crime tipificado no art. 96 da mesma lei.

18. Desse modo, considerando o art. 109, incisos III e IV, do Código Penal, a prescrição para a fraude à licitação ocorre em 8 anos e, para a fraude à execução contratual, em 12 anos, ambas a contar da prática do ato lesivo.

19. Assim, tendo em vista a prática do ato lesivo como o termo inicial da contagem da prescrição, temos que a fraude à licitação ocorreu em 21/12/2017, data da ocorrência da Tomada de Preços nº 22/2017/SED/MS. Por sua vez, quanto à fraude à execução contratual, consideramos o dia 19/04/2018, data em que a CGU realizou inspeção física no local da obra e constatou a fraude.

20. Dessa maneira, a teor dos prazos de 8 e 12 anos, a prescrição das infrações acima referidas, na ordem apresentada, somente se consumaria em 2025 e em 2030, respectivamente.

21. Contudo, o art. 2º da Lei nº 9.873/1999 estabelece diversos marcos interruptivos da prescrição, dentre eles qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato. Nesse cenário, a publicação da instauração deste PAR em 12/08/2022 pela CGU interrompeu o prazo de prescrição, estabelecendo novos marcos prescricionais em 2030 e 2034, respectivamente.

22. Portanto, em termos de prazo prescricional, resta hígida a pretensão punitiva estatal quanto à aplicação das penalidades previstas na Lei nº 8.666/1993.

2.2 ANÁLISE FORMAL DO PROCESSO DE APURAÇÃO DE RESPONSABILIDADE - PORTARIA CONJUNTA CGU/PGF/CGAU Nº 1, DE 1º DE MARÇO DE 2016

23. A Portaria Conjunta CGU/PGF/CGAU nº 1, de 1º de março de 2016, define os parâmetros para as manifestações jurídicas dos órgãos consultivos da Advocacia-Geral da União (AGU) no contexto de apoio ao julgamento de procedimentos disciplinares, e pode ser utilizada como norte para análises jurídicas de Processos de Apuração de Responsabilidade de pessoas jurídicas. De acordo com essa portaria, a análise jurídica deve garantir a observância dos seguintes aspectos principais:

Art. 1º A manifestação jurídica proferida no âmbito de órgão consultivo da Advocacia-Geral da União, em sede de apoio ao julgamento de procedimento disciplinar, aferirá, quando for o caso:

I - a observância do **contraditório e da ampla defesa**;

II - a **regularidade formal** do procedimento, com verificação da adequação dos atos processuais ao ordenamento jurídico vigente, em especial:

a) se o termo de indiciamento contém a especificação dos fatos imputados ao servidor e as respectivas provas;

b) se, no relatório final, foram apreciadas as questões fáticas jurídicas, relacionadas ao objeto da apuração, suscitadas na defesa;

c) se ocorreu algum vício e, em caso afirmativo, se houve prejuízo à defesa;

d) se houve nulidade total ou parcial indicando, em caso afirmativo, os seus efeitos e as providências a serem adotadas pela Administração;

III - a **adequada condução** do procedimento e a **suficiência das diligências**, com vistas à completa elucidação dos fatos;

IV - a plausibilidade das **conclusões da Comissão** quanto à:

a) conformidade com as provas em que se baseou para formar a sua convicção;

b) adequação do enquadramento legal da conduta;

c) adequação da penalidade proposta;

d) inocência ou responsabilidade do servidor. (grifos nossos)

24. Em relação ao **contraditório e à ampla defesa**, verifica-se que as garantias constitucionais foram devidamente respeitadas no curso do procedimento. De fato, a pessoa jurídica foi intimada (SEI 2500777 e SEI 2500847), tendo comparecido aos autos por meio da apresentação de sua defesa. Desta forma, apresentou resposta e teve oportunizada a produção de provas. Percebe-se, com isso, que houve observância do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

25. Quanto à **regularidade formal do procedimento**, constata-se que todos os atos praticados durante o fluxo do processo observaram as prescrições normativas vigentes. Nesse sentido, o Termo de Indiciamento (SEI 2497441) descreveu detalhadamente os fatos imputados à pessoa jurídica, bem como as provas que os embasavam. Além disso, em seu Relatório Final (SEI 2858923), a CPAR analisou todas as questões, fáticas e jurídicas, suscitadas pela defesa. Conclui-se, assim, pela inexistência de vícios ou de nulidades.

26. Ainda dentro de uma análise de regularidade formal, o processo foi **conduzido pela autoridade competente**, conforme disposto na Lei nº 12.846/2013, no Decreto nº 9.681/2019 e na Instrução Normativa CGU nº 13/2019.

27. No que toca à **condução adequada e a suficiência das diligências**, vale ressaltar que a CPAR conduziu o procedimento de forma diligente, seguindo as orientações normativas aplicadas à espécie, bem como realizou diligências probatórias suficientes para subsidiar a conclusão apresentada no Relatório Final.

28. Por fim, esta manifestação se debruçará sobre as **conclusões da Comissão** diante das provas produzidas e dos fundamentos apresentados pela defesa. Adiante-se, porém, que se mostram acertadas as recomendações da CPAR, pois fundamentadas no acervo probatório coligido aos autos e proporcionais às condutas praticadas.

2.3 CONCLUSÕES DA COMISSÃO E ENTENDIMENTO DA CONJUR

29. Ultrapassados aspectos referentes à regularidade formal do feito, passemos ao entendimento desta Consultoria Jurídica sobre as teses defensivas e a plausibilidade jurídica das conclusões da Comissão Processante.

A) QUANTO À CONDUTA DE ATUAÇÃO COMBINADA COM A EMPRESA AJOTA ENGENHARIA E CONSTRUÇÃO LTDA. PARA FRAUDAR O AMBIENTE DE COMPETIÇÃO DA TOMADA DE PREÇOS Nº 22/2017/SED/MS:

30. Em relação à imputação de simulação de concorrência na TP nº 22/2017/SED/MS, convém, desde já, salientar que o Termo de Indiciação e o Relatório Final ancoraram a conclusão pela condenação nos seguintes elementos de prova:

- o A empresa Ajota Engenharia e Construção Ltda. adquiriu formalmente o edital da TP nº 22/2017/SED/MS em 18/12/2017, mesmo já tendo contratado, em 15/12/2017, o seguro-garantia exigido pelo instrumento convocatório (SEI 2472685, p. 23);
- o Cláusulas restritivas à competitividade no edital da TP nº 22/2017/SED/MS, de modo que apenas as empresas SDI e Ajota participaram da licitação (SEI 2472685, pp. 8-13);
- o A análise conjunta das Tomadas de Preços nº 13, 14, 16, 18, 19, 20 e 22/2017/SED/MS demonstra combinação e esquema de rodízio entre as empresas, uma vez que teve um vencedor diferente para cada processo licitatório (SEI 2472685, pp. 24-25);
- o [REDACTED]
- o [REDACTED]

31. Por outro lado, a defesa refutou as aludidas conclusões, com os seguintes fundamentos, que passamos a analisar individualmente.

Argumento 1: A SDI se habilitou devidamente na licitação, apresentando atestado de capacidade técnica em pintura de paredes superior ao mínimo exigido. Sugestão de acolhimento do argumento

ã□□

32. No Termo de Indiciação, a Comissão apontou a habilitação indevida da empresa SDI na TP nº 22/2017/SED/MS, sob o fundamento de que nenhum dos atestados apresentados pela indiciada comprovou a execução do item editalício "*pintura esmalte em paredes internas/externas aparelhadas em duas demãos*".

33. No entanto, no Relatório Final, a CPAR acolheu o argumento da defesa a partir de um critério estritamente técnico: o esmalte sintético é uma tinta que não é mais feita a base de óleo, o qual, no lugar de formar uma camada oleosa, forma uma película, podendo até ser fosca.

34. Portanto, considerando a competência técnica da Comissão Processante no assunto, manifestamos concordância com o acatamento da alegação defensiva pela CPAR.

Argumento 2: A SDI não foi a responsável pelo acesso antecipado da empresa Ajota ao edital da tomada de preços. Sugestão de rejeição do argumento

35. A defesa alega que foge do alcance da SDI o fato de a empresa Ajota, sua concorrente na TP nº 22/2017/SED/MS, ter acesso ao edital antes de adquiri-lo formalmente e que, por certo, esta empresa conseguiu o edital com terceiros e não com a empresa SDI.

36. Contudo, a alegação da defesa não é relevante quando analisamos o que, de fato, a aquisição do edital pela empresa Ajota em 18/12/2017 significa no presente caso.

37. De acordo com os documentos presentes no Relatório de Operações Especiais da CGU, a empresa Ajota Engenharia e Construção Ltda. contratou seguro-garantia em 15/12/2017, antes mesmo de ter acesso ao edital da TP nº 22/2017 junto à SED/MS, em 18/12/2017 (SEI 2472685, p. 23).
38. O edital da TP nº 22/2017/SED/MS foi publicado em 06/12/2017 e sua cláusula 2.4 dispôs que os interessados poderiam retirá-lo na SED/MS, mediante pagamento do valor máximo de R\$ 100,00 pelo ressarcimento dos custos (SEI 2474100, p. 173). Observa-se que a aquisição do edital não foi, em momento algum, requisito obrigatório para a participação na licitação.
39. Nesse sentido, é plenamente factível que alguma empresa tenha participado do certame sem ter adquirido o edital mediante pagamento. Pode-se imaginar que um determinado sócio de empresa interessada em participar da licitação obteve o edital a partir de outro empresário que adquiriu o documento. Assim, bastaria à empresa interessada que não adquiriu o edital diretamente com o órgão público apresentar a garantia da proposta com a antecedência exigida e comparecer com seus documentos na data marcada para a sessão.
40. No presente caso, observa-se, dos autos, que três empresas adquiriram o edital na SED/MS: SDI Informática e Construções, CF2 Engenharia e Segurança do Trabalho Eireli e Ajota Engenharia e Construção (SEI 2472685, p. 21).
41. A empresa SDI Informática e Construções, ora indiciada, adquiriu o edital do certame em 15/12/2017 mediante o pagamento da taxa, mesmo dia em que contratou o seguro-garantia da proposta com empresa JMalucelli Seguradora (SEI 2474100, pp. 217-218 e 221-230).
42. Por sua vez, a empresa Ajota Engenharia e Construção adquiriu o edital em 18/12/2017, porém contratou o seguro-garantia da proposta em data anterior, no dia 15/12/2017 (SEI 2474100, fls. 233-241).
43. Conforme mencionado acima, é plenamente possível de se imaginar que a empresa Ajota obteve acesso ao edital por meio das empresas SDI ou CF2 e, por essa razão, contratou o seguro-garantia exigido pelo instrumento convocatório no dia 15/12/2017, o que, até então, não se reveste de nenhuma irregularidade.
44. Ocorre, no entanto, que, mesmo já tendo tido acesso ao edital e contratado o seguro-garantia em 15/12/2017, o sócio da empresa Ajota compareceu pessoalmente à SED/MS em 18/12/2017 para adquirir o edital mediante o pagamento de R\$ 96,56 (SEI 2474100, fl. 233).
45. Ou seja, considerando que a aquisição do edital não era requisito obrigatório para a participação no certame, gera desconfiância o fato de a empresa Ajota ter despendido valores para ter acesso direto ao edital de forma desnecessária, tendo em vista que ela já havia obtido o documento extraoficialmente e contratado a garantia exigida por ele.
46. Sendo assim, todo o contexto descrito acima é um forte indicativo de que a empresa Ajota, ciente da atuação combinada com a SDI para fraudar a TP nº 22/2017/SED/MS, adquiriu o edital em 18/12/2017 apenas para conferir aparência de regularidade ao certame e diminuir a possibilidade de descoberta da fraude.
47. Portanto, ratificamos a conclusão apresentada pela Comissão, visto que a aquisição formal do edital pela empresa Ajota posteriormente ao ato de contratação do seguro-garantia demonstra, em conjunto com as demais provas analisadas a seguir, a ocorrência de fraude na TP nº 22/2017/SED/MS, mediante a simulação de concorrência pelas empresas SDI e Ajota.

Argumento 3: Não há nenhuma ligação telefônica, troca de mensagens ou de e-mail entre a SDI Informática e a Ajota ou entre seus sócios. Sugestão de rejeição do argumento

48. A defesa da indiciada argumenta que a investigação realizada pela Polícia Federal não apontou nenhuma ligação telefônica, troca de mensagens ou de e-mail entre a empresa SDI Informática e a empresa Ajota ou entre seus

sócios.

49. No entanto, não merece acolhimento a alegação defensiva.

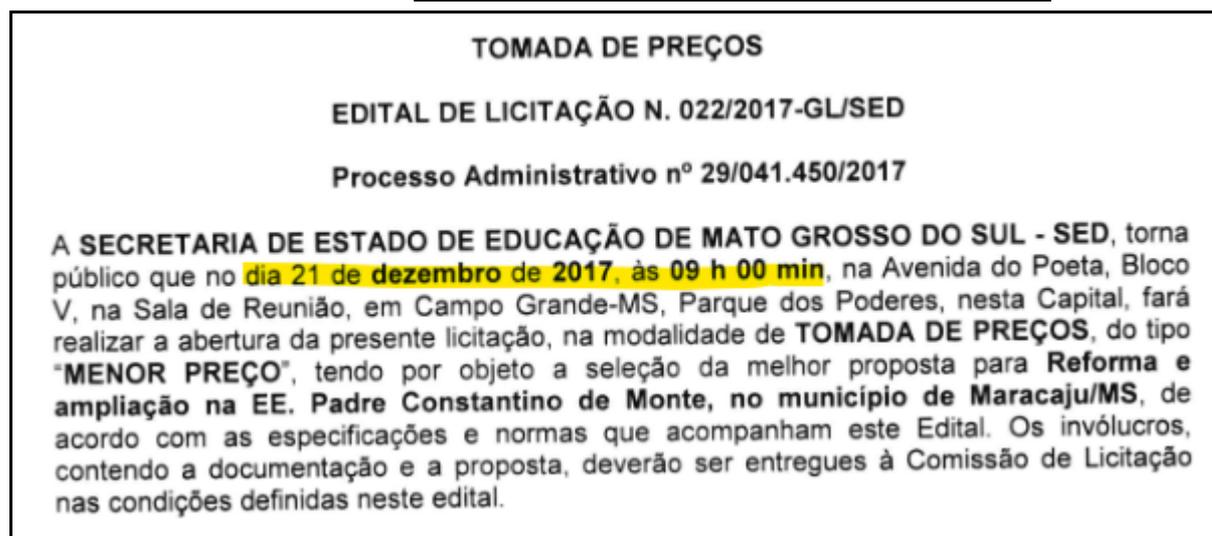
50. Conforme corretamente apontado pela Comissão Processante, os sócios das empresas SDI e Ajota tinham conhecimento e participavam ativamente do esquema montado para fraudar licitações realizadas pela SED/MS, inclusive a TP nº 22/2017/SED/MS.

51. Tal como demonstrado a seguir, os sócios possuíam plena ciência do esquema fraudulento do qual participavam suas empresas, caracterizado pela apresentação de propostas de cobertura, no intuito de simular o caráter competitivo das licitações.

52. Nesse sentido, a partir de áudio interceptado pela Polícia Federal, resta suficientemente claro que o sócio da empresa Ajota, José Audax Oliva, possuía conhecimento de que a participação de sua empresa na TP nº 22/2017/SED/MS seria "só para cobrir", indicando, na sequência, que a vez de a empresa dele ganhar seria no próximo ano, visto que "essa [TP nº 22/2017] era só uma cobertura". [REDACTED]

53. É plenamente possível afirmar que, ao mencionar que "já foi à licitação", José Audax se referia à Tomada de Preços nº 22/2017/SED/MS, uma vez que a referida licitação ocorreu no dia 21/12/2017, às 9h (imagem abaixo), exatamente na mesma data da conversa interceptada [REDACTED] bem como logo após o horário marcado para a abertura da licitação.

Figura 2 - Data e horário da abertura da TP n. 22/2017/SED/MS



Fonte: SEI 2474100, p. 172.

54. Em relação ao sócio da indiciada SDI, Marcelo Curvelo, igualmente era do seu conhecimento o esquema de "fila" para vencer as licitações da SED/MS, dentre elas, a TP nº 22/2017, na qual se sagrou vencedora.

55. [REDACTED]

56. Portanto, ainda que não haja, nos autos, ligação telefônica ou troca de e-mails entre José Audax e Marcelo Curvelo, as provas colacionadas acima convergem, explicitamente, no sentido de que as empresas Ajota e SDI participaram ativamente da fraude à concorrência da TP nº 22/2017/SED/MS, consubstanciada na apresentação de proposta de cobertura pela Ajota para que a SDI se sagra-se vencedora.

57. Sendo assim, novamente, entendemos assistir razão à Comissão Processante, motivo pelo qual igualmente recomendamos a rejeição do argumento da defesa.

Argumento 4: Contradição no Termo de Indicação em relação ao caráter restritivo dos editais de licitação da SED/MS. Sugestão de rejeição do argumento

58. A defesa da SDI alega que houve contradição no Termo de Indicação, sob o fundamento de que a Comissão ora discorre que a SED/MS elaborou os editais das tomadas de preços com base em critérios restritivos, ora que a SED/MS utilizou critérios ampliativos para julgar a habilitação das empresas concorrentes.

59. Entretanto, a suposta contradição apontada pela defesa reforça, na verdade, o esquema de fraude à concorrência da TP nº 22/2017/SED/MS. Explicamos.

60. No que se refere à elaboração do edital da TP nº 22/2017/SED/MS, o Relatório de Operações Especiais da CGU identificou, com fundamento na Lei nº 8.666/1993 e em precedentes do TCU, a existência de cláusulas restritivas com potencial de limitar o número de participantes no certame (SEI 2472685, pp. 8-13), quais sejam:

- Cláusula 2.7.1: restrição do acesso a documentos do certame ao representante de empresa não credenciado, em afronta ao princípio constitucional da publicidade dos atos públicos (SEI 2474100, p. 173);
- Cláusula 2.10: exigência de apresentação de garantia da proposta em momento anterior ao da sessão pública, o que desrespeita o art. 31, inciso III, da Lei nº 8.666/1993 e favorece possíveis conluios entre os licitantes (SEI 2474100, p. 173);
- Cláusula 4.3.1: exigência de que as cópias dos documentos apresentados fossem autenticadas em cartório ou por servidor da Secretaria de Educação com antecedência de 48h da apresentação, o que não encontra respaldo na Lei nº 8.666/1993 e permite que a Administração Pública saiba, de antemão, os possíveis participantes e o conteúdo dos documentos (SEI 2474100, p. 176);
- Cláusula 4.5: proibição de envio dos documentos por outro meio que não fosse o presencial, o que cria dificuldades para as empresas não sediadas no local de realização do certame (SEI 2474100, p. 176); e
- Cláusulas 5.1.4, 5.1.5 e 5.1.6: exigência de que a comprovação de regularidade fiscal se desse exclusivamente por meio de certidões negativas, o que não encontra respaldo na Lei nº 8.666/1993,

tendo em vista que tal comprovação também pode ser realizada por intermédio de certidões positivas com efeito de negativa (SEI 2474100, pp. 176-177).

61. Assim, as cláusulas acima identificadas, com caráter nitidamente restritivo, limitaram o número de participantes na TP nº 22/2017/SED/MS, a qual contou apenas com as empresas Ajota e SDI.

62. É evidente, portanto, que a SED/MS tentou direcionar a escolha dos participantes. A suposta contradição levantada pela defesa sobre a atuação dos agentes públicos na TP nº 22/2017 – que incluiu cláusulas restritivas no edital e, em seguida, aplicou "*critérios ampliativos para julgar a habilitação*" – é, na verdade, mais um indício da ocorrência de conluio para fraudar o procedimento licitatório.

63. Isso porque, na lógica do esquema fraudulento, primeiramente se restringe a participação de potenciais concorrentes que não fazem parte do conluio por meio de cláusulas restritivas no edital. Em seguida, para garantir que a empresa da vez vença a licitação (no caso da TP nº 22/2017, a indiciada SDI), a comissão da licitação, no momento do julgamento, realiza uma interpretação ampliativa e flexível desses mesmos critérios de habilitação.

64. Desse modo, não houve contradição alguma no Termo de Indiciação, o qual, pelo contrário, reforçou a sua convicção com base nos elementos de prova que formam este PAR.

65. Ademais, a defesa alega que a SDI ou seus sócios não têm qualquer ingerência na elaboração de editais ou no julgamento dos certames.

66. Ocorre que, considerando o teor das interceptações telefônicas mencionadas no tópico anterior, a presença de cláusulas restritivas no edital da TP nº 22/2017/SED/MS é um elemento reforçador da ocorrência de fraude ao caráter competitivo da tomada de preços, por meio da atuação combinada entre a Ajota e a SDI.

67. Tais cláusulas têm o intuito de limitar a competição entre os licitantes, favorecendo empresas específicas em detrimento de outras, tal como ocorreu no presente caso, em que justamente as empresas Ajota e SDI foram as únicas participantes do certame.

68. Em suma, manifestamos concordância com as conclusões da Comissão Processante, no sentido de rejeitar a alegação da defesa.

Argumento 5: Com relação à imputação de esquema de rodízio, a CPAR não comprovou que a SDI combinou com todas as centenas de outras construtoras do Estado do MS, além de que, em razão do princípio da livre iniciativa, é dado à empresa decidir não participar das licitações

69. A título de contextualização, mencione-se que a Secretaria de Educação do Estado do Mato Grosso do Sul recebeu recursos do Governo Federal para a utilização em reformas e ampliações de escolas estaduais. Para tanto, a SED/MS realizou sete licitações na modalidade tomada de preços (TP).

70. A partir de denúncias realizadas por dois empresários do ramo da construção civil, a Controladoria-Geral da União realizou uma análise conjunta das sete tomadas de preços promovidas pela SED/MS, dentre elas, a TP nº 22/2017. Como resultado, a CGU identificou diversas irregularidades, registradas no Relatório de Operações Especiais (SEI 2472685).

71. Dentre as diversas irregularidades descobertas, a CGU identificou um esquema de rodízio entre as empresas, distribuídas entre as sete licitações. Nesse sentido, observou-se que a concorrência entre as licitantes foi ínfima, de modo que, das sete tomadas de preços analisadas, três tiveram disputa entre duas empresas somente (como foi o caso da TP nº 22/2017), ao passo que quatro contaram com a participação de apenas uma empresa (SEI 2472685, p. 24).

72. Ademais, além da baixa competitividade nas licitações, resultado das cláusulas restritivas dos editais, o conluio entre as empresas é reforçado pelo fato de que cada tomada de preços foi vencida por uma empresa

diferente (SEI 2472685, p. 25).

73. Sendo assim, em razão do farto e robusto conjunto probatório analisado até o momento, não se faz necessário comprovar que a SDI combinou com todas as demais empresas. A análise conjunta das Tomadas de Preços nº 13, 14, 16, 18, 19, 20 e 22/2017/SED/MS pela CGU é mais um indicativo de que houve combinação e esquema de rodízio entre as empresas, inclusive com participação plena e consciente do representante da SDI.

74. As provas de que houve atuação combinada entre a SDI e a Ajota são suficientemente claras: a) aquisição formal do edital pela empresa Ajota posteriormente ao ato de contratação do seguro-garantia; b) interceptações telefônicas dos representantes da Ajota e da SDI mencionando o esquema de fraude às tomadas de preço; e c) cláusulas restritivas com potencial de limitar o número de participantes no certame.

75. Além disso, em um cenário de regularidade, de fato, vige o princípio da livre iniciativa no ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, o que o conjunto probatório demonstra é que a SDI não participou das demais tomadas de preços porque já estava pré-definido pelas empresas participantes do conluio quem seria a vencedora de cada uma delas.

76. Em suma, no que se refere à conduta ora analisada, esta Consultoria Jurídica concorda com as conclusões da Comissão Processante, uma vez que o conjunto probatório denota, com suficiência, que a empresa SDI se ajustou com a empresa Ajota para fraudar o ambiente de competição da Tomada de Preços nº 22/2017/SED/MS.

B) QUANTO À CONDUTA DE NÃO EXECUÇÃO DAS OBRAS E DOS SERVIÇOS PREVISTOS NO CONTRATO Nº 2/2018, CELEBRADO ENTRE A SDI E O ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL, MESMO TENDO RECEBIDO O PAGAMENTO POR ELAS:

77. No que se refere à imputação de não execução das obras e dos serviços previstos no Contrato nº 2/2018, celebrado entre a SDI e o Estado do Mato Grosso do Sul, ressaltamos que o Termo de Indiciação e o Relatório Final basearam a conclusão pela condenação nos resultados apontados no Relatório de Operações Especiais da CGU:

- Pagamento por serviços não executados e previstos no Contrato nº 2/2018 no valor de R\$ 177.696,67 (SEI 2472685, pp. 30-38);
- Inspeção física identificou discrepâncias entre quantitativos medidos/pagos e os efetivamente executados nos seguintes serviços: a) regularização e execução de piso em granilite; b) aplicação manual de pintura com tinta látex acrílica em paredes, duas demãos; c) portão em tela arme galvanizado e moldura em tubos de aço com duas folhas de abrir; d) cabo de cobre flexível isolado; e) locação de caçambas; f) torneira de parede pressmatic antivandalismo; e g) emboço ou massa única em argamassa; e
- Conclusão pelo superfaturamento quantitativo, com base nos projetos, na Memória de Cálculo e no Memorial Descritivo de Serviços, fornecidos pela SED/MS, bem como na Memória de Cálculo da Medição fornecida pelo fiscal do contrato e no Boletim de Medição (BM) nº 2 (período de referência de 1º a 28 de fevereiro de 2018) (SEI 2472685, p. 30).

Por outro lado, a defesa refutou as aludidas conclusões, com os seguintes fundamentos, que passamos a analisar individualmente.

Argumento 1: Laudo de Perícia Criminal Federal nº 427/2022 (SR/PF/MS) concluiu não haver superfaturamento por preço. Sugestão de rejeição do argumento

78. Para contextualizar a conduta imputada pela Comissão, ressaltamos que, em decorrência da TP nº 22/2017/SED/MS, foi celebrado o Contrato nº 2/2018 entre a indiciada SDI, vencedora do certame, e o Estado do MS no dia 03/01/2018, para a realização de reforma e ampliação na Escola Padre Constantino de Monte, no município de Maracajú/MS.

79. No dia 19/04/2018, a equipe da CGU realizou inspeção física na escola *supra* mencionada, tendo concluído que houve superfaturamento quantitativo decorrente de discrepâncias entre quantitativos medidos/pagos e os efetivamente executados, no valor de R\$ 177.696,67.

80. Em sua defesa, a indiciada alegou que o Laudo de Perícia Criminal Federal nº 427/2022, elaborado em 31/03/2022 pela SR/PF/MS, junto à obra da escola Padre Constantino, concluiu que não restou comprovado nenhum superfaturamento por preço.

81. Contudo, não merece acolhimento o argumento defensivo. Da simples leitura das análises realizadas pela CGU e pela Polícia Federal, observa-se que as conclusões dos referidos órgãos tiveram como base parâmetros diferentes e não excludentes entre si.

82. Em outras palavras, esta Consultoria Jurídica entende que, independentemente de a Polícia Federal ter concluído que não restou caracterizado superfaturamento *por preço*, a CGU identificou o superfaturamento *por quantidade*, o que é suficiente para consubstanciar a fraude à execução contratual.

83. Inclusive, o próprio laudo da Polícia Federal expõe, em sua conclusão, que não houve análise da quantidade e da qualidade do serviço prestado pela SDI: "*No presente caso, não restou comprovado nenhuma parcela de dano ao Erário relativa à análise de preços (...). Será analisado em laudo específico, caso seja considerado viável pelos Peritos, a questão das quantidades e qualidade do serviço executado*" (SEI 2553485, p. 17).

84. Em relação ao superfaturamento quantitativo, a CGU realizou um comparativo técnico devidamente fundamentado nos projetos, na Memória de Cálculo e no Memorial Descritivo de Serviços, fornecidos pela SED/MS, bem como na Memória de Cálculo da Medição fornecida pelo fiscal do contrato e no Boletim de Medição (BM) nº 2 (período de referência de 1º a 28 de fevereiro de 2018) (SEI 2472685, p. 30).

85. Como resultado, o órgão de controle interno identificou prejuízo ao erário no valor de R\$ 177.696,67, decorrente de serviços pagos e não executados (SEI 2472685, p. 31). A partir da inspeção física realizada na escola objeto do contrato, devidamente registrada por fotografias, a CGU constatou discrepâncias entre quantitativos medidos/pagos e os efetivamente executados nos seguintes serviços:

- Regularização e execução de piso em granilite: foram medidos os 862,99 m² de piso contratados, mas somente 62,99 m² havia sido executados (SEI 2472685, p. 32);
- Aplicação manual de pintura com tinta látex acrílica em paredes, duas demãos: o item 01.17.05 do contrato incluía a pintura de 1.606,89 m² de muro (externo e interno), no entanto, só foram encontrados 580,17 m² executados (SEI 2472685, pp. 33-34);
- Portão em tela arme galvanizado e moldura em tubos de aço com duas folhas de abrir: não foi constatada a execução do portão de 3,10 m de largura que foi medido pelo BM 02 e deveria estar instalado aproximadamente no meio do alambrado lateral da quadra de esportes (SEI 2472685, p. 34);
- Cabo de cobre flexível isolado: os itens faziam parte do projeto de SPDA e, embora pagos parcialmente pelo BM 02, ainda não havia sido executados e não constavam como executados na Memória de Cálculo do fiscal da obra (SEI 2472685, p. 35);
- Locação de caçambas: não foi encontrada nenhuma caçamba no local das obras, conforme previsto no item 01.02.17 do contrato. Constatou-se, na verdade, a presença de um caminhão da Prefeitura Municipal de Maracaju/MS retirando o entulho da obra (SEI 2472685, p. 35);
- Torneira de parede pressmatic antivandalismo: não foram encontradas, no bebedouro reformado, as torneiras com a especificação prevista no item 01.11.03.03 do contrato (SEI 2472685, p. 36); e
- Emboço ou massa única em argamassa: pagos integralmente, contudo, não constaram como executados na Memória de Cálculo do fiscal da obra (SEI 2472685, p. 36).

86. Sendo assim, ratificamos a conclusão apresentada pela Comissão e sugerimos a rejeição do argumento da defesa, tendo em vista que a Controladoria-Geral da União, por meio de Relatório de Operações Especiais, constatou a ocorrência de fraude à execução contratual, caracterizada por superfaturamento quantitativo.

Argumento 2: As discrepâncias identificadas pela CGU em 19/04/2018 no Relatório de Operações Especiais não servem de suporte probatório, pois não foi realizada inspeção última após o fim da obra. Sugestão de rejeição do argumento

87. A defesa da indiciada SDI sustenta que a discrepância entre os quantitativos medidos/pagos e os efetivamente executados até a data da inspeção física realizada pela CGU em 19/04/2018 não serviria de suporte probatório do superfaturamento quantitativo, uma vez que não teria sido realizada inspeção última após o fim da obra.

88. Entretanto, novamente, sem razão a defesa.

89. De fato, a inspeção física realizada pela CGU em 19/04/2018 ocorreu ainda dentro do prazo de execução do Contrato nº 2/2018, assinado em 03/01/2018. Justamente por conta disso, a fiscalização do órgão tomou como base apenas os itens contratuais que, até aquela data, havia sido pagos e que, em tese, deveriam estar executados.

90. Nesse sentido, a CGU selecionou uma amostra com 28 itens passíveis de verificação, registrados no Boletim de Medição (BM) 02, de 1º de março de 2018 (período de referência de 1º de fevereiro a 28 de fevereiro), conforme devidamente detalhado no Relatório de Operações Especiais:

Com intuito de confirmar a efetiva execução dos serviços do contrato foram selecionados como amostra, 28 itens de serviço passíveis de verificação que constam na última medição realizada, Boletim de Medição 02 — BM 02, de 01 de março de 2018. O valor da amostra é de R\$363.762,26 e corresponde a 45,13% do valor inicial contratado (R\$806.120,19) ou 81,74% do valor acumulado medido pelo BM 02 (R\$445.026,52) (SEI 2472685, p. 30).

91. Sendo assim, manifestamos concordância com a conclusão da CPAR de que, ainda que a execução do contrato estivesse em curso, o fato de a empresa SDI ter recebido valores como contraprestação por serviços que não foram executados (ainda que o tenha feito em momento posterior) configura, em si, superfaturamento quantitativo, o que enseja fraude contratual.

92. Reforça a conclusão acima explanada o fato de que a cláusula quarta do Contrato nº 2/2018 (SEI 2474101, p. 141) previu que os pagamentos seriam efetuados à contratada SDI apenas após medição realizada pela Comissão de Fiscalização que constatasse a efetiva execução do item contratual. Colaciona-se:

4. MEDIÇÃO E PAGAMENTO: Os pagamentos serão efetuados através de depósito em conta corrente do contratado, de acordo com o SPF, **e cada pagamento efetuado, corresponderá uma medição** de acordo com as instruções e especificações da SED em conformidade com as seguintes exigências:

a) Os serviços serão medidos mensalmente por Comissão de Fiscalização, designada pela Secretaria Estadual de Educação;

(...)

e) Os pagamentos serão efetuados em até 30 (trinta) dias, **contados da data da apresentação efetiva da medição, com as respectivas notas fiscais, devidamente, conferidas, aprovadas e atestadas**, acompanhadas dos seguintes documentos:

(...)

f) Para pagamento da primeira fatura, a CONTRATADA deverá apresentar cópia autenticada da matrícula de inscrição da obra/serviços na Previdência Social, quando for o caso;

g) Os demais pagamentos serão efetuados à CONTRATADA, **mediante apresentação** da Guia de Recolhimento do INSS, **da obra/serviço, referente a mês anterior**, e, também, da Certidão de regularidade junto ao FGTS (SEI 2474101, p. 141, grifos nossos).

93. Portanto, mesmo que a empresa tenha executado os itens pagos até o fim da obra, o fato de ter recebido por eles antes da execução configura superfaturamento quantitativo ou, em outras palavras, pagamento indevido, principalmente porque o Contrato nº 2/2018 previu o pagamento apenas após a efetiva entrega do objeto, registrada em boletim de medição.

94. Nesse contexto, conforme descrito na análise do argumento 1 acima, a CGU identificou pagamentos por serviços não executados no valor de R\$ 177.696,67, de modo que, uma vez que foram medidos/faturados e pagos indevidamente à SDI, materializam superfaturamentos quantitativos na execução da obra de Reforma e Ampliação da Escola Padre Constantino de Monte.

95. Em suma, diante do exposto, ratificamos o entendimento da CPAR e igualmente sugerimos a rejeição do argumento da defesa.

C) QUANTO À CONDUTA DE BURLA À FISCALIZAÇÃO PROMOVIDA PELA CGU NO LOCAL DAS OBRAS PREVISTAS NO CONTRATO Nº 2/2018:

96. Em relação à conduta de burla à fiscalização promovida pela CGU, destacamos que o Termo de Indiciação e o Relatório Final basearam a conclusão pela condenação nos seguintes elementos de prova:

- Conversa interceptada no dia 05/04/2018, na qual Marcelo Curvelo da Silva, sócio proprietário da SDI, pergunta a Paulo Malacrida (Diretor Geral de Infraestrutura da SED/MS) o motivo da preocupação de Lily com a visita da CGU, sendo respondido que a planilha deve conferir com os serviços realizados, o que motivou telefonema de Marcelo a Vander para resolução do problema antes da visita da CGU à obra (SEI 2472690, p. 28);
- Conversa interceptada no dia 19/04/2018, data da inspeção física realizada pela CGU, na qual Paulo Malacrida demonstrou preocupação com a obra executada por Marcelo da SDI, assim como receio do fiscal Marco comprometê-los durante a fiscalização da CGU (SEI 2472690, p. 29); e
- Três conversas interceptadas nos dias 20, 23 e 25/04/2018, nas quais Marcelo Curvelo da Silva orienta seu interlocutor a posicionar caçambas de entulho em locais estratégicos, fotografando-a apenas para ludibriar a fiscalização da CGU (SEI 2472690, pp. 29-30).

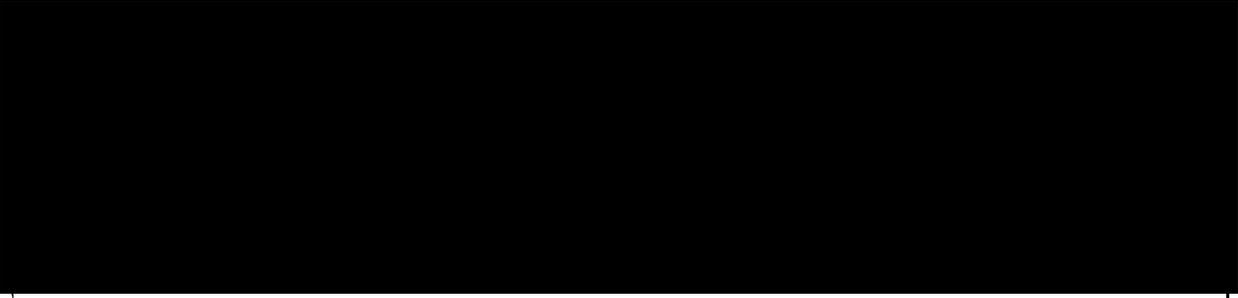
97. Em contrapartida, a defesa refutou as aludidas conclusões, com as seguintes afirmações:

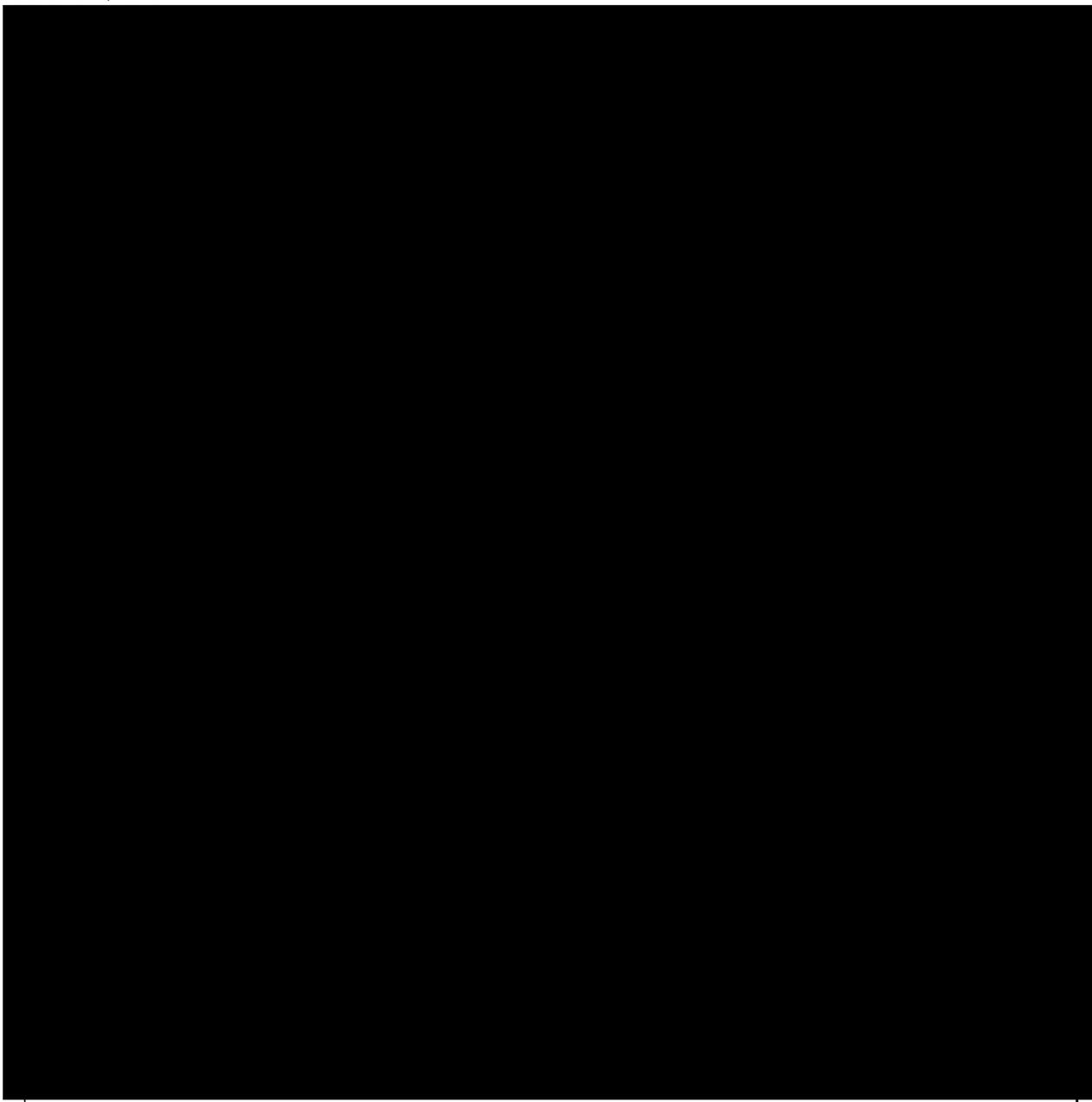
1. O sócio Marcelo Curvelo da Silva demonstrou, nos áudios, total isenção ou lisura, pois evidenciou não saber o porquê da preocupação da servidora Lily com a visita da CGU na obra, expressando preocupação apenas com eventual divergência entre os serviços executados e aqueles informados na planilha de medição, em específico, a quantidade de seis quadros de fórmicas para a sala de aula;
2. Não teria havido receio em relação ao fiscal Marco comprometer os participantes do esquema durante a fiscalização da CGU, como depreendido dos áudios, pois teria afirmado, durante o diálogo, que não estaria andando junto com o fiscal da obra, mas que a preocupação dos interlocutores seria com o temperamento agressivo do fiscal; e
3. A conversa para o posicionamento das caçambas ocorreu em data posterior à fiscalização e serviu apenas para tirar fotos, "*posto que as caçambas locadas e retiradas antes não havia sido feito o registro fotográfico*".

98. Contudo, as alegações da defesa são apenas afirmações que meramente contradizem a imputação da Comissão Processante, razão pela qual recomendamos a sua rejeição.

99. O teor das conversas telefônicas apontadas pela CPAR evidencia, de fato, a intenção do representante da SDI em dificultar a atividade fiscalizatória da CGU, especialmente quando consideramos que o conjunto probatório já analisado demonstra a inidoneidade da empresa por fraudar licitação pública (TP nº 22/2017/SED/MS) e contrato dela decorrente (Contrato nº 2/2018).

100. [REDACTED]





101. Em relação ao posicionamento das caçambas, não importa o fato de a iniciativa ter sido tomada após a fiscalização da CGU, visto que a execução contratual estava em curso e a empresa poderia alegar, ao término das obras, que cumpriu o item 01.02.17 do Contrato nº 2/2018 (locação de caçambas), tese já rebatida nos parágrafos 91 a 93 desta manifestação jurídica.

102. O teor das conversas quanto à locação de caçambas e ao seu posicionamento de forma estratégica (mudá-las de lugar, tirar foto com as caçambas vazias e cheias, posicioná-las em lugar que não está pintado, focar na caçamba porque "os caras" estiveram lá), assim como o conteúdo das demais ligações interceptadas evidenciam, com suficiência, o objetivo da SDI de ocultar os problemas na execução do contrato para que a CGU não os identificasse.

103. Portanto, entendemos assistir razão à Comissão Processante, uma vez que o conjunto probatório acima exposto comprova a ocorrência de burla à fiscalização promovida pela CGU no local das obras previstas no Contrato nº 2/2018.

D) QUANTO À DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CONCORDÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DA COMISSÃO

104. No Termo de Indiciação, a Comissão Processante recomendou a desconsideração da personalidade jurídica da SDI pelo fato de "*a empresa ter sido utilizada para a prática de fraude e visando dificultar a real identidade dos beneficiários dos atos praticados*".
105. Em sua defesa conjunta com a defesa escrita da SDI, o sócio da empresa sustentou que não há, nos autos, análise jurídica que demonstre a ocorrência de abuso de direito.
106. No Relatório Final, a CPAR acatou o argumento da defesa ao reconhecer que não há, nos autos, elementos suficientes que comprovem que a SDI foi criada ou utilizada pelo seu sócio, Marcelo Curvelo, para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos na Lei nº 12.846/2013 ou para provocar confusão patrimonial.
107. Esta Consultoria Jurídica entende que agiu corretamente a Comissão Processante, uma vez que, embora esteja provado nos autos que a SDI cometeu atos lesivos tipificados na Lei Anticorrupção (fraudar a competitividade de licitação e contrato decorrente dela, bem como dificultar a atividade do órgão fiscalizador), isso não implica automaticamente a desconsideração de sua personalidade jurídica.
108. A teor do disposto no art. 14 da Lei nº 12.846/2013, para que a personalidade jurídica de uma empresa seja desconsiderada, não é suficiente a comprovação de que a empresa tenha tão somente praticado atos lesivos previstos no art. 5º da Lei Anticorrupção.
109. É preciso demonstrar, além da prática de ilícito tipificado na LAC, abuso de direito ou confusão patrimonial, condições essenciais que não restaram comprovadas nos autos deste PAR.
110. Portanto, ratificamos a conclusão da Comissão em acatar o argumento da defesa.

2.4 ENQUADRAMENTO LEGAL

111. Por tudo o que foi exposto, entende-se que as condutas perpetradas pela pessoa jurídica SDI Informática e Construções Ltda. enquadram-se nos atos lesivos tipificados no art. 5º, incisos IV, alíneas "a" e "d", e V, da Lei nº 12.846/2013 e no art. 88, incisos II e III, da Lei nº 8.666/1993.
112. Nesse sentido, a empresa indiciada fraudou, mediante ajuste com a empresa Ajota Engenharia e Construção Ltda., o caráter competitivo da Tomada de Preços nº 22/2017/SED/MS, fraudou a execução do Contrato nº 2/2018 por ter recebido pagamento sem a efetiva execução do serviço e dificultou a atividade de fiscalização da CGU, quando da inspeção física do órgão no local de execução das obras. Em razão dessas condutas, a pessoa jurídica SDI demonstrou não possuir idoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública.
113. Ressaltamos que, em que pese estar revogada, a Lei nº 8.666/1993 é aplicável ao presente processo em obediência ao art. 190 da Lei nº 14.133/2021, visto que o Contrato nº 2/2018, firmado entre a SDI e o Estado do MS, foi assinado antes da entrada em vigor desta lei.
114. Passemos, assim, à dosimetria da pena.

2.5 DOSIMETRIA DA PENA

115. A Lei nº 12.846/2013 estabelece, em seu art. 6º, duas sanções administrativas aplicáveis às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos de corrupção, a saber: **a) multa**, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e **b) publicação extraordinária** da decisão condenatória.

116. No presente caso, as penalidades foram calculadas e dosadas pela CPAR com fundamento nas três etapas descritas nos artigos 6º e 7º da Lei nº 12.846/2013 e 22 a 26 do Decreto nº 11.129/2022, bem como nas Instruções Normativas CGU nº 1/2015 e CGU/AGU nº 2/2018, no Decreto-Lei nº 1.598/1977 e no Manual Prático de Cálculo das Sanções da CGU.

2.5.1 Da penalidade de multa

117. Na primeira etapa do cálculo da multa, a Comissão considerou, acertadamente, o valor da receita bruta do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos.

118. Na segunda etapa da dosimetria, foram valoradas, de forma acertada, as agravantes e as atenuantes, resultando em uma alíquota de 8%, ou seja, a diferença entre as agravantes (8%) e as atenuantes aplicadas (0%).

119. Assim, a multa preliminar equivale a R\$ 538.333,52, decorrente da base de cálculo apurada na primeira etapa, multiplicada pela alíquota apontada na segunda etapa.

120. Por derradeiro, na última fase da dosimetria da pena, a Comissão realizou a adequada calibragem da multa, a qual, no presente caso, não pode ser fixada, como não foi, em valor inferior ao da vantagem auferida (R\$ 224.200,01), nem poderá ser arbitrada em quantia superior a três vezes o valor da vantagem auferida (R\$ 672.600,03).

121. Portanto, no âmbito da Lei nº 12.846/2013, **a pessoa jurídica indiciada deve pagar multa no valor de R\$ 538.333,52** (quinhentos e trinta e oito mil, trezentos e trinta e três reais e cinquenta e dois centavos), resultante da multiplicação da base de cálculo no montante de R\$ 6.729.168,96, pela alíquota de 8% (oito por cento), valor que se enquadra entre os limites mínimo e máximo acima destacados.

2.5.2 Da penalidade de publicação extraordinária da decisão administrativa sancionadora

122. No que se refere à dosimetria da penalidade de publicação extraordinária da decisão condenatória, verifica-se que a recomendação da Comissão está em consonância com o prazo mínimo de 30 (trinta) dias estabelecido pela Lei Anticorrupção, bem como com o Manual Prático de Cálculo das Sanções da LAC.

123. Sendo assim, tendo em vista que a alíquota resultante das agravantes e das atenuantes foi de 8%, **concordamos com a sugestão do prazo de 75 dias** apresentada ao caso pela CPAR.

â □ □ 2.5.3 Da penalidade de declaração de inidoneidade

124. O Relatório Final da CPAR (SEI 2858923) concluiu, ao final, pela responsabilização da acusada, indicando o seu enquadramento nos arts. 87, inciso IV, e 88, incisos II e III, da Lei nº 8.666/1993 e a penalidade de **declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública** para a indiciada, o que ora se ratifica.

125. Os elementos de prova do presente PAR demonstram que a indiciada praticou três condutas altamente reprováveis e contrárias aos princípios da competitividade e da isonomia (fraude ao caráter competitivo da licitação, fraude à execução contratual e burla à fiscalização da CGU), o que justifica a aplicação da penalidade mais gravosa.

3. CONCLUSÃO

126. Pelo exposto, com fundamento no conjunto probatório que forma este PAR, restou evidenciado que a pessoa jurídica SDI Informática e Construções Ltda., CNPJ nº 07.085.880/0001-95, praticou as seguintes condutas:

- atuação combinada com a empresa Ajota Engenharia e Construção Ltda. para fraudar o ambiente de competição da Tomada de Preços nº 22/2017/SED/MS, mediante apresentação de proposta de cobertura;
- não execução das obras e dos serviços previstos no Contrato nº 2/2018, celebrado entre a SDI e o Estado do Mato Grosso do Sul, em que pese ter recebido o pagamento por elas; e
- burla à fiscalização promovida pela CGU, caracterizada por alugar caçambas de entulho e posicioná-las em locais estratégicos logo após ter ciência da atuação fiscalizatória da CGU, na tentativa de ocultar os problemas na execução do contrato.

127. As condutas acima descritas incidem nos atos lesivos tipificados no art. 5º, incisos IV, alíneas "a" e "d", e V, da Lei nº 12.846/2013 e no art. 88, incisos II e III, da Lei nº 8.666/1993.

128. Portanto, após a análise apresentada nesta manifestação jurídica, **concorda-se integralmente com o Relatório Final da CPAR** (SEI 2858923) e com a manifestação da Nota Técnica nº 2629/2023/CGIPAV-ACESSO RESTRITO/DIREP/SIPRI (SEI 2911105), aprovada pelo DESPACHO CGIPAV-ACESSO RESTRITO (SEI 3317191) e pelo DESPACHO DIREP (SEI 3317447), no sentido de **RECOMENDAR** à autoridade julgadora a aplicação:

a) da penalidade de **multa** no valor de R\$ 538.333,52 (quinhentos e trinta e oito mil, trezentos e trinta e três reais e cinquenta e dois centavos), nos termos do artigo 6º, inciso I, da Lei nº 12.846/2013;

b) da penalidade de **publicação extraordinária da decisão administrativa sancionadora**, nos termos do artigo 6º, inciso II, da Lei nº 12.846/2013, devendo a empresa promovê-la, na forma de extrato de sentença, às suas expensas, cumulativamente, da seguinte forma:

- em meio de comunicação de grande circulação, física ou eletrônica, na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional;â□□
- 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 (setenta e cinco) dias; e
- em seu sítio eletrônico, em destaque na página principal do referido sítio, pelo prazo de 75 (setenta e cinco) dias; e

c) da penalidade de **declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública**, nos termos do artigo 87, inciso IV, por incidência no artigo 88, incisos II e III, da Lei nº 8.666/1993, devendo a empresa ficar impossibilitada de licitar ou contratar com o poder público, inclusive para fornecer garantias ou fianças a contratos administrativos de terceiros, até que passe por um processo de reabilitação, no qual deve comprovar, cumulativamente, o escoamento do **prazo mínimo de 2 (dois) anos** sem licitar e contratar com a administração pública, contados da data da aplicação da pena, o ressarcimento dos prejuízos causados ao Erário e a superação dos motivos determinantes da punição.

129. Para fins dos encaminhamentos previstos no Cap. VI da Lei nº 12.846/2013 e, também, considerando a previsão constante em seu art. 6º, § 3º, destacamos a identificação dos seguintes valores:

1. â□□â□□â□□ Valor da vantagem auferida: R\$ 224.200,01;
2. Valor da vantagem indevida paga a agente público: não foi possível calcular o valor pago a agentes públicos da SED/MS a título de propina; e
3. Vantagem pretendida pela empresa: R\$ 224.200,01 (como o contrato foi integralmente pago, a vantagem pretendida é o mesmo valor do dano, constante do valor dos serviços não prestados e do lucro do restante do contrato).

130. Em caso de acolhimento do presente parecer, sugerem-se os seguintes encaminhamentos:

1. Nos termos do §2º do art. 49 da Lei nº 14.600/2023 e do § 4º do art. 19 da Lei nº 12.846/2013, envio de ofício ao órgão competente da Advocacia-Geral da União (AGU), para providências referentes à sua esfera de sua competência; e
2. Nos termos do §2º do art. 49 da Lei nº 14.600/2023 e do art. 15 da Lei nº 12.846/2013, envio de ofício ao Ministério Público Federal (MPF), para providências referentes à sua esfera de sua competência.

131. É o parecer.

Brasília, 8 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) 00190106901202238 e da chave de acesso [REDACTED]

[REDACTED] 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 [REDACTED] e chave de acesso [REDACTED] 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: 09-10-2024 09:54. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.
