

Processo: 1071465
Natureza: REPRESENTAÇÃO
Representante: Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais
Órgão: Prefeitura Municipal de Alvarenga
Partes: Maria Izabel da Silva Netto, Marli Maria dos Anjos, Ângela Mayara Ribeiro Serra – ME, Valmir Faria da Silva – ME
Procuradores: João Batista de Oliveira Filho, OAB/MG 20.180; Fabrício Souza Duarte, OAB/MG 94.096; Paulo Henrique de Mattos Studart OAB/MG 99.424; Bernardo Pessoa de Oliveira, OAB/MG 155.123; Leonardo Dias Saraiva, OAB/MG 106.798; Sebastiana do Carmo Braz de Souza, OAB/MG 78.985; Maria Andréia Lemos, OAB/MG 98.421; Ângelo Zampar, OAB/MG 92.513; Mariana Andrade Cristianismo, OAB/MG 190.154
MPTC: Procurador Daniel de Carvalho Guimarães
RELATOR: CONSELHEIRO SUBSTITUTO ADONIAS MONTEIRO

SEGUNDA CÂMARA – 5/3/2020

REPRESENTAÇÃO. PREFEITURA MUNICIPAL. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. PREGÃO PRESENCIAL. AQUISIÇÃO DE MATERIAIS PEDAGÓGICOS. PREJUDICIAL DE MÉRITO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. TRANSCURSO DE PRAZO. RECONHECIMENTO. PRELIMINAR. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. ALEGAÇÃO DA OCORRÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO PRESUMIDO EM RAZÃO DA FRUSTRAÇÃO DA LICITUDE DO CERTAME. MEIO ADEQUADO PARA SE BUSCAR A SATISFAÇÃO DA TUTELA PLEITEADA. COMPETÊNCIA DESTA CORTE. REJEIÇÃO DA PRELIMINAR. MÉRITO. SUSPEITA DE CONLUÍO E FRAUDE AO CERTAME. LUCRO PRESUMIDO. POSSÍVEL DANO AO ERÁRIO. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DA ADMINISTRAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. ARQUIVAMENTO.

1. Demonstrado o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos da ocorrência dos fatos relacionados ao procedimento licitatório, até a primeira causa interruptiva da prescrição, com o despacho que determinou o recebimento da documentação encaminhada como representação, deve ser reconhecida a prescrição da pretensão punitiva desta Corte, nos termos do art. 110-E c/c o art. 110-C, V, ambos da Lei Complementar Estadual n. 102/2008.
2. Diante da alegação da ocorrência de dano ao erário presumido em razão da frustração da licitude do certame, mediante constatação da existência de atos que evidenciarão a ocorrência de conluio entre particulares e agentes públicos para fraudar licitações, quantificado com base no lucro presumido, deve-se afastar a alegação de falta de interesse de agir suscitada, uma vez que a representação, nos termos dos art. 70, *caput* e § 2º, c/c os arts. 65 e 66, todos da Lei Complementar Estadual n. 102/2008, constitui meio adequado para se buscar a satisfação da tutela pleiteada, de competência deste Tribunal, consoante art. 71, II, da Constituição da República, e do art. 74, § 1º, I, da Constituição do Estado de Minas Gerais.
3. A devolução de valores recebidos em decorrência de contrato efetivamente executado, sem apuração e demonstração escoreita de excesso nos preços praticados, representa

enriquecimento sem causa para o Estado e empobrecimento indevido para o particular, se considerado, notadamente, que não há elementos suficientes nos autos que comprovem, de forma inequívoca, o dano ao erário com base no lucro presumido das empresas contratadas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Segunda Câmara, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e diante das razões expendidas na proposta de voto do Relator, em:

- I) reconhecer, na prejudicial de mérito, a prescrição da pretensão punitiva desta Corte, consoante art. 110-A, parágrafo único, quanto às irregularidades passíveis de aplicação de multa ou de declaração de inidoneidade para licitar e contratar com o poder público, consoante o art. 110-E, c/c o art. 110-C, inciso V, ambos da Lei Complementar Estadual n. 102/2008;
- II) afastar a preliminar referente à falta de interesse de agir suscitada, uma vez que a representação, nos termos do art. 70, *caput* e § 2º, c/c os arts. 65 e 66, todos da Lei Complementar Estadual n. 102/2008, constitui meio adequado para se buscar a satisfação da tutela pleiteada, no caso, a ocorrência de dano ao erário presumido em razão da frustração da licitude do certame, em virtude da existência de atos que evidenciariam a ocorrência de conluio entre particulares e agentes públicos para fraudar licitações, quantificado com base no lucro presumido, cuja competência é deste Tribunal, consoante art. 71, inciso II, da Constituição da República, e do art. 74, § 1º, inciso I, da Constituição do Estado de Minas Gerais;
- III) julgar, no mérito, improcedente a pretensão de ressarcimento formulada pelo Ministério Público de Contas em face do Procedimento Licitatório n. 31/2013, Pregão Presencial n. 17/2013, promovido pela Prefeitura Municipal de Alvarenga, considerando que não houve a efetiva demonstração de prejuízo ao erário;
- IV) determinar a intimação dos responsáveis pelo Diário Oficial de Contas (DOC) e do Ministério Público de Contas, na forma regimental;
- V) determinar, após transitada em julgado a decisão, que sejam os autos remetidos ao Ministério Público de Contas, para adoção das providências cabíveis, nos termos do art. 32, inciso VI, da Lei Orgânica do Tribunal de Contas.
- VI) determinar o arquivamento dos autos, promovidas as medidas legais cabíveis à espécie.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Cláudio Couto Terrão, o Conselheiro Gilberto Diniz e o Conselheiro Presidente Wanderley Ávila.

Presente à sessão o Procurador Glaydson Santo Soprani Massaria.

Plenário Governador Milton Campos, 5 de março de 2020.

WANDERLEY ÁVILA
Presidente

ADONIAS MONTEIRO
Relator

(assinado digitalmente)

SEGUNDA CÂMARA – 5/3/2020

CONSELHEIRO SUBSTITUTO ADONIAS MONTEIRO:

I – RELATÓRIO

Trata-se de representação formulada pelo Ministério Público de Contas, às fls. 1/23, instruída com os documentos de fls. 24/386v, em face de Maria Izabel da Silva Netto, ex-Prefeita de Alvarenga, exercícios de 2013 e 2014; Marli Maria dos Anjos, ex-Secretária Municipal de Educação de Alvarenga, nos exercícios de 2013 e 2014; Ângela Mayara Ribeiro Serra – ME, atualmente denominada Potência Acessórios Automotivos Ltda.; e Valmir Faria da Silva – ME, noticiando possíveis irregularidades no Procedimento Licitatório n. 31/2013, Pregão Presencial n. 17/2013, promovido pela Prefeitura Municipal de Alvarenga, que possuía como objeto a aquisição de materiais pedagógicos para a respectiva Secretaria de Educação.

Em síntese, o *Parquet* Especial apontou evidências da existência de conluio entre as empresas Ângela Mayara Ribeiro Serra – ME, João Mendes Soares – ME e Valmir Faria da Silva – ME em inúmeros procedimentos licitatórios realizados nos diversos municípios mineiros, compreendidos em determinada área. Inicialmente, reconheceu que, tendo em vista que o último pagamento à empresa vencedora do certame em exame teria sido realizado em janeiro de 2014, incidiria a prescrição da pretensão punitiva deste Tribunal.

Especificamente no caso do Procedimento Licitatório n. 31/2013, Pregão Presencial n. 17/2013, ressaltou que teria havido direcionamento do certame, tendo em vista a combinação entre as sociedades empresárias Valmir Faria da Silva – ME e Ângela Mayara Ribeiro Serra – ME e a administração municipal, que teria contado com a participação da ex-Prefeita de Alvarenga, Sra. Maria Izabel da Silva Netto, e da então Secretária Municipal de Educação, Sra. Marli Maria dos Anjos, que, assim, teriam impedido a obtenção de propostas mais vantajosas aos cofres do referido município, nos seguintes termos:

83. Na mesma data de 26/12/2013, quando foi realizada a sessão do pregão, foram também assinados o ato de adjudicação, o termo de publicação e a solicitação do parecer jurídico final.

84. Pior que isso, no dia seguinte, 27/12/2013, foram realizados todos esses atos a seguir narrados: (i) parecer jurídico final, (ii) ato de homologação, (iii) solicitação de comparecimento para assinatura do contrato; (iv) assinatura dos contratos n. 047/2013 e 048/2013, com as duas empresas vencedoras, (v) publicação dos extratos dos contratos, (vi) empenho e liquidação de valores às empresas contratadas; e (vi) fornecimento de parte do material, conforme nota de autorização de fornecimento daquela mesma data.

85. Veja bem: a sessão foi supostamente realizada no dia 26/12/2013, tendo as empresas vencedoras sido convocadas para assinatura dos contratos no dia seguinte, 27/12/2013. As assinaturas também ocorreram nesta data.

86. Estariam as empresas esperando, no próprio município de Alvarenga, a assinatura dos contratos no dia posterior ao julgamento da licitação? Afinal, as empresas não possuem seus estabelecimentos no município, mas sim em Belo Horizonte e Governador Valadares.

Assim, citando o Acórdão n. 57/2003, do Plenário do Tribunal de Contas da União – TCU, relatou que a “prova inequívoca de conluio entre licitantes é algo extremamente difícil de ser obtida”, e que o Supremo Tribunal Federal – STF, no julgamento do “Recurso Extraordinário n. 68.006/MG, manifestou o entendimento de que ‘indícios vários e coincidentes são prova’”. Ressaltou que a contratação fraudulenta maculada pela ilegalidade causaria, por si só, prejuízo

ao erário, sendo que os responsáveis deveriam responder pelos atos ilegais conscientemente praticados em detrimento do interesse público, imputando-se o ressarcimento do prejuízo causado, calculado em R\$ 39.392,00 (trinta e nove mil, trezentos e noventa e dois reais), correspondente ao lucro presumido de 32% (trinta e dois por cento) das empresas para os serviços em questão.

A representação foi recebida em 1º/7/2019, consoante despacho de fls. 389.

Às fls. 391/391v, encaminhei os autos à 2ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios – 2ª CFM, que elaborou o relatório de fls. 392/394 e entendeu pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva deste Tribunal, nos termos dos arts. 110-C, V, c/co 110-E, ambos da Lei Complementar Estadual n. 102/2008. Ao final, em razão da possível ocorrência de dano ao erário decorrente de conluio na realização do Procedimento Licitatório n. 31/2013, Pregão Presencial n. 17/2013, concluiu pela citação dos responsáveis.

No despacho de fls. 395/395v, determinei a citação da Sra. Maria Izabel da Silva Netto, Prefeita de Alvarenga e ordenadora de despesas, à época dos fatos; Sra. Marli Maria dos Anjos, Secretária Municipal de Educação e solicitante das despesas, à época dos fatos; Potência Acessórios Automotivos Ltda., denominada Ângela Mayara Ribeiro Serra – ME, à época dos fatos, na pessoa de seu representante legal; e Valmir Faria da Silva – ME, também na pessoa de seu representante legal.

Em sua defesa, Ângela Mayara Ribeiro Serra – ME se manifestou às fls. 407/420 e, em sede de preliminar processual, alegou ausência de interesse de agir, em razão da inexistência de dano ao erário passível de restituição. Ainda, reafirmou que não haveria prejuízo aos cofres públicos e que os serviços foram todos prestados, estando limitado o pedido ministerial ao lucro presumido da contratação. Argumentou que não teria sido alegada a ocorrência de superfaturamento; que os produtos corresponderiam ao preço de mercado; que a licitação teria sido regular e registrou negociação de preços. Sobre a empresa, aduziu que sua constituição é regular; que as alterações de seu objeto se deram depois da conclusão do contrato com o Município, mas muito antes da pesquisa realizada pelo *Parquet* Especial; que os elementos juntados pela defesa comprovariam a realização da atividade de venda de livros à época; e que não há provas concretas da existência de conluio. Juntou os documentos de fls. 421/463.

Já as Sras. Maria Izabel da Silva Netto e Marli Maria dos Anjos apresentaram a defesa de fls. 468/471v, em conjunto, e alegaram que não haveria comprovação inequívoca de conluio e de sua participação na operação impugnada, bem como de eventual atuação dolosa. Arguiram que a celeridade do procedimento se deveu à necessidade do Município em aplicar os recursos da educação ainda em 2013 para alcançar o índice constitucional e que isso não teria prejudicado a regularidade do procedimento. Aduziu, ainda, que não houve a devida individualização das condutas.

Valmir Faria de Silva – ME se defendeu às fls. 475/489 e alegou que o procedimento de aquisição teria sido regular, sem a presença de cláusula que importasse direcionamento; que a existência de lances no procedimento seria comprobatória da existência de efetiva competição. Asseverou, também, que a concentração dos atos no final do ano se vincularia à necessidade de observância do regime de competência para realização da despesa pública; que as notas juntadas comprovariam a saída da mercadoria em 31 de dezembro e que não houve alegação de que as mercadorias não tenham sido fornecidas ou de que houve superfaturamento. Por fim, afirmou que a presunção de dano invocada serviria para aplicação da sanção da Lei de Improbidade, mas não para a condenação a ressarcimento, que demandaria prova de dano concreto.

Às fls. 505/508, foi elaborado relatório técnico pela 2ª CFM, no qual entendeu que teria ocorrido a prescrição da pretensão punitiva desta Corte, nos termos do art. 110-C, V, c/c o art. 110-E, ambos da Lei Complementar Estadual n. 102/2008. Concluiu, ainda, que não existiriam elementos nos autos capazes de demonstrar a efetiva ocorrência de dano ao erário. Assim, nos casos de contratação de particulares para a prestação de serviço ou aquisição de produtos, anotou que deveria haver a efetiva comprovação do prejuízo aos cofres públicos. Ressaltou, por fim, que “a decisão referida do Superior Tribunal de Justiça (AgRg no AREsp 617.563) considera o dano *in reipsa* para atendimento da exigência do *caput* do art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa (Lei Federal n. 8.429/1992)”. Por fim, requereu a improcedência da representação.

O *Parquet* Especial se manifestou por meio do parecer de fls. 511/519v e entendeu que a preliminar de ausência de interesse de agir, arguida por Ângela Mayara Ribeiro Serra – ME, não mereceria prosperar, pois “além do fato de a documentação ter sido submetida ao exame de admissibilidade da presidência do Tribunal de Contas, nos termos regimentais, e devidamente recebida como Representação, a peça inicial ofertada por este Ministério Público de Contas apresentou detalhadamente os fatos, a autoria, as circunstâncias e os elementos de convicção do vício apontado, diante de argumentos jurídicos e teses jurisprudenciais, bem como as provas do que foi narrado, consubstanciadas em relatórios emitidos pelo SICOM e por documentos oriundos do Município de São Geraldo da Piedade, nos autos do inquérito civil n. 101.2018.718”.

Ainda, segundo o Ministério Público de Contas, teria ocorrido, de fato, a prescrição da pretensão punitiva do Tribunal de Contas no caso, nos termos do art. 110-E c/c 110-C, V, da Lei Complementar Estadual n. 102/2008.

Pugnou, ademais, que teriam sido comprovadas as irregularidades no Procedimento Licitatório n. 31/2013, Pregão Presencial n. 17/2013, bem como o conluio entre os gestores públicos e as sociedades empresárias contratadas para o fornecimento do material didático, uma vez que fatos semelhantes teriam ocorrido, em diversos municípios do Estado de Minas Gerais, e, assim, deveriam “ser levadas em consideração para fins de demonstração de prova inequívoca de existência de conluio do certame ora analisado”. Colacionou, destarte, os argumentos que subsidiam a mencionada tese:

Por outro lado, para respaldar ainda mais o conluio verificado entre as empresas ANGELA MAYARA RIBEIRO SERRA – ME, JOÃO MENDES SOARES – ME e VALMIR FARIA DA SILVA – ME, cabe ainda apontar mais algumas informações relevantes sobre os procedimentos licitatórios analisados no curso da investigação.

Em 95% das licitações promovidas nos municípios investigados (com exceção apenas da licitação de Coronel Murta, em que não foi possível verificar as empresas que forneceram os orçamentos prévios), as cotações de preços, na fase interna dos procedimentos, são realizadas com as empresas ANGELA MAYARA RIBEIRO SERRA – ME, JOÃO MENDES SOARES – ME e VALMIR FARIA DA SILVA – ME.

E, coincidência ou não, em quase 100% destas mesmas licitações, a empresa VALMIR FARIA DA SILVA – ME apresenta o orçamento de menor valor, ao passo que as outras duas, ANGELA MAYARA RIBEIRO SERRA – ME e JOÃO MENDES SOARES – ME, apresentam os orçamentos de maior valor.

Das 17 (dezessete) licitações, em 12 (doze) delas a empresa VALMIR FARIA DA SILVA – ME apresentou o orçamento prévio de menor valor na fase interna dos procedimentos licitatórios. Nas outras 5 (cinco) licitações restantes, em 2 (duas) delas o orçamento prévio de menor valor foi apresentado pelas empresas ALEX DE PAULA

MACIEL – ME e ANGELA MAYARA RIBEIRO SERRA – ME, e nas outras 3 (três) não foi possível verificar o apontamento.

(...)

Cabe um destaque aqui para a empresa ALEX DE PAULA MACIEL – ME, que apresentou orçamento prévio em 3 (três) das licitações estudadas, juntamente com as empresas JOÃO MENDES SOARES – ME e VALMIR FARIA DA SILVA – ME. Instituída em 04/07/2013, a pessoa jurídica ALEX DE PAULA MACIEL – ME, CNPJ 18.422.486/0001-11 (ANEXO 4), pertence ao empresário Alex Paula Maciel. Ocorre que, referido empresário, é filho de Agostinho Gonçalves Maciel, sócio da pessoa jurídica ANGELA MAYARA RIBEIRO SERRA – ME, que atualmente é denominada POTÊNCIA ACESSÓRIOS AUTOMOTIVOS LTDA., conforme se verá em tópico a seguir.

Ou seja, a empresa ALEX DE PAULA MACIEL – ME é apenas “de fachada”, servindo como subsídio ao grupo reunido em conluio para a apresentação de um novo orçamento prévio formulado supostamente por uma empresa diferente do grupo.

E, com toda certeza, tais orçamentos prévios foram manipulados e acordados anteriormente para que as empresas chegassem a um valor estimado da contratação dentro dos padrões que haviam imaginado.

Tanto é que a empresa foi utilizada apenas como “fachada” que, apesar de ter iniciado suas atividades em 04/07/2013, foi baixada em menos de um ano depois, em 20/03/2014. Hoje ela não existe mais.

Enfim, as evidências do conluio só aumentam.

Aliado a isso, é preciso destacar ainda que, em 99% das licitações (com exceção daquela realizada em Coronel Murta), uma delas, duas ou as três empresas investigadas, ANGELA MAYARA RIBEIRO SERRA – ME, JOÃO MENDES SOARES – ME e VALMIR FARIA DA SILVA – ME, além de sempre apresentarem orçamento prévio, por coincidência ou não, são também sempre licitantes e vencedoras dos procedimentos licitatórios.

(...)

Observe-se bem o quadro acima. Apesar de todos os editais de licitação serem supostamente publicados, dando visibilidade aos procedimentos, são sempre as empresas investigadas que participam e os vencem. As únicas exceções são os procedimentos de Alvorada de Minas, Coronel Murta e Serra dos Aimorés. Entretanto, mesmo com a participação de outras empresas, nos municípios de Alvorada de Minas e Serra dos Aimorés, as investigadas ANGELA MAYARA RIBEIRO SERRA – ME, JOÃO MENDES SOARES – ME e VALMIR FARIA DA SILVA – ME acabaram também sendo vencedoras das licitações. A apresentação de orçamentos prévios com datas anteriores às requisições dos procedimentos licitatórios, pela secretaria municipal competente, também aconteceu em outros municípios (ANEXO 6).

Por fim, destacou que seria reconhecida a hipótese de dano ao erário presumido quando demonstrada a fraude no procedimento de contratação, citando, neste sentido, o Acórdão n. 3.085/2015, na Sessão do Pleno do dia 2/12/2015 do TCU. Diante da ausência de parâmetro no ordenamento jurídico brasileiro para se quantificar o dano ao erário, o Ministério Público de Contas propôs a adoção da tese do lucro presumido, utilizando-se como orientação a legislação tributária e as normas da Receita Federal do Brasil, que publica anualmente informativo relativo ao lucro presumido dos empresários, para cada tipo de serviço, do respectivo exercício, e reconheceu, portanto, que deveria ser utilizada a alíquota de 8% (oito por cento). Requereu, assim, a condenação dos responsáveis, de forma solidária,

ao ressarcimento ao erário no montante histórico de R\$ 9.848,00 (nove mil, oitocentos e quarenta e oito reais).

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

1. Prejudicial de mérito – Prescrição da pretensão punitiva

A 2ª CFM elencou que a última despesa do processo licitatório objeto da representação teria ocorrido em janeiro de 2014 e, portanto, houve o decurso de mais de cinco anos entre a ocorrência do fato e a primeira causa interruptiva, qual seja, o recebimento da representação, impondo o reconhecimento da pretensão punitiva do Tribunal, nos termos do art. 110-C, V, c/c o art. 110-E, ambos da Lei Complementar Estadual n. 102/2008.

O Ministério Público de Contas, fls. 511/519v, também entendeu pela prescrição da pretensão punitiva desta Corte, uma vez que a última despesa decorrente do Procedimento Licitatório n. 31/2013, Pregão Presencial n. 17/2013, teria ocorrido em janeiro de 2014.

Com efeito, o art. 110-E da Lei Orgânica deste Tribunal estabeleceu o prazo de 5 (cinco) anos para prescrição da pretensão punitiva desta Corte de Contas, considerando-se como termo inicial para contagem do prazo a data da ocorrência do fato.

A seu turno, o art. 110-C, V, ao disciplinar as causas interruptivas da prescrição, estabeleceu:

Art. 110-C. São causas interruptivas da prescrição:

[...]

V – despacho que receber de nuncia ou representação;

[...]

Da análise dos autos, observei que os fatos narrados ocorreram no exercício de 2013, sendo que a última despesa decorrente do Procedimento Licitatório n. 31/2013, Pregão Presencial n. 17/2013, foi realizada em janeiro de 2014. Já a primeira causa interruptiva da prescrição se deu em 1º/7/19, com o despacho que determinou o recebimento da documentação encaminhada pelo *Parquet* Especial como representação, fl. 389.

Destarte, deve-se reconhecer que tal situação se amolda à hipótese de prescrição descrita no art. 110-E da Lei Orgânica deste Tribunal, uma vez que transcorreu prazo superior a 5 (cinco) anos da data dos fatos até a primeira causa interruptiva da prescrição. Diante do exposto, proponho o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva desta Corte, na esteira do entendimento da 2ª CFM e do Ministério Público de Contas, consoante o art. 110-E, c/co art. 110-C, V, ambos da Lei Complementar Estadual n. 102/2008.

2. Preliminar – Ausência de interesse de agir

Ângela Mayara Ribeiro Serra – ME, em defesa apresentada às fls. 407/420, arguiu, preliminarmente, a ausência de interesse de agir do Tribunal de Contas, uma vez que inexistiria qualquer comprovação de dano ao erário, pois, além dos serviços terem sido efetivamente prestados dentro dos preços praticados no mercado, não haveria necessidade de atuação desta Corte em razão da prescrição da pretensão punitiva do Tribunal.

Em sede de reexame, a 2ª CFM não se manifestou especificamente sobre este ponto.

Por sua vez, o *Parquet* Especial, às fls. 511/519v, argumentou que a peça inicial ofertada teria apresentado detalhadamente os fatos, a autoria, as circunstâncias e os elementos de convicção do vício apontado, diante de argumentos jurídicos e teses jurisprudenciais, bem como as provas do que foi narrado, consubstanciadas em relatórios emitidos pelo Sistema Informatizado de Contas dos Municípios – SICOM e por documentos oriundos do Município de São Geraldo da Piedade, nos autos do Inquérito Civil n. 101.2018.718. Aduziu, ademais, que a documentação teria sido submetida ao exame de admissibilidade da presidência desta Casa, e foi, de fato, recebida como representação. Ainda, refutou as alegações da defesa de que não haveria prova inequívoca necessária para demonstração do conluio, tendo colacionado trecho da peça inicial para a sua fundamentação. Por fim, defendeu tese de que haveria dano presumido (*in reipsa*) decorrente da frustração da licitude do Procedimento Licitatório n. 31/2013, Pregão Presencial n. 17/2013.

Segundo o processualista Daniel Amorim Assumpção Neves, “a ideia de interesse de agir, também chamado de interesse processual, está intimamente associada à **utilidade da prestação jurisdicional** que se pretende obter com a movimentação da máquina jurisdicional”¹. Colaciono, nesse sentido, decisão do Superior Tribunal de Justiça – STJ², que entendeu ser “o interesse jurídico-processual, uma das condições do exercício do direito de ação, deflui do binômio necessidade-utilidade da prestação jurisdicional, sendo certo que: ‘Encarta-se no aspecto da utilidade a escolha correta do procedimento adequado à pretensão deduzida’”.

Com efeito, a utilidade do provimento jurisdicional é um dos elementos que compõe o binômio necessidade/utilidade caracterizador do interesse de agir, o qual, por sua vez, é uma das condições da ação.

Havendo a possibilidade de dano ao erário, ao menos em tese, no feito em análise, notadamente diante da alegação do *Parquet* de Contas da existência de diversos atos que evidenciariam a ocorrência de conluio entre particulares e agentes públicos que visavam fraudar licitações públicas, presente se faz o interesse de agir do Ministério Público de Contas e o deste Tribunal em fiscalizar as condutas praticadas no referido procedimento licitatório, especialmente se há indícios de lesividade ao erário.

Inicialmente, vale destacar que a Constituição da República prevê, em seu art. 71, II, a competência desta Corte de julgar as contas de todos aqueles “que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público”. Neste mesmo sentido, estabelece o art. 74, §1º, I, da Constituição do Estado de Minas Gerais.

Já o parágrafo único do art. 1º da Lei Orgânica deste Tribunal dispõe que o controle externo compreende a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e abrange os aspectos de legalidade, legitimidade, economicidade e razoabilidade de atos que gerem receita ou despesa pública. Além disso, o art. 3º, V, do mesmo diploma legal, estipula que compete a esta Corte fixar a responsabilidade de quem tiver dado causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que tenha resultado prejuízo ao Estado ou a Município. Ademais, o

¹ Manual de direito processual civil – Volume único. 8. Ed. Salvador. Editora JusPodivm, 2016. Pág. 74. Grifo original.

² Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Luiz Fux. Processo REsp n. 940.314/RS. Decisão disponibilizada no DJe de 24 mar. 2009.

seu inciso XVI estipula que compete a esta Corte a fiscalização dos procedimentos licitatórios, de modo especial os editais, as atas de julgamento e os contratos celebrados.

A seu turno, os arts. 127 e 129, III, c/co art. 130, da Constituição da República, delimitam a atuação do Ministério Público de Contas na proteção do patrimônio público:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

Art. 130. Aos membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas aplicam-se as disposições desta seção pertinentes a direitos, vedações e forma de investidura.

Em sua missão de fiscal do ordenamento jurídico e de sua execução, com âmbito de atuação restrito aos Tribunais de Contas, o art. 32, I, da Lei Orgânica desta Corte, dispõe sobre a atribuição de defesa da ordem jurídica, em que compete ao *Parquet* Especial “Art. 32 [...] I – promover a defesa da ordem jurídica, requerendo, perante o Tribunal, as medidas de interesse da Justiça, da administração e do erário”. Instrumentaliza-se tal atribuição, dentre os variados meios na tutela do interesse público, pela representação, nos termos dos arts. 65 e 66 c/c o art. 70, *caput* e §2º, todos da Lei Complementar Estadual n. 102/2008, *verbis*:

Art. 65 – Qualquer cidadão, partido político, associação legalmente constituída ou sindicato poderá denunciar perante o Tribunal de Contas irregularidade ou ilegalidade de atos praticados na gestão de recursos públicos sujeitos à fiscalização do Tribunal.

Art. 66 – São requisitos de admissibilidade de denúncia sobre matéria de competência do Tribunal:

I – ser redigida com clareza;

II – conter o nome completo, a qualificação, cópia do documento de identidade e do Cadastro de Pessoa Física e o endereço do denunciante;

III – conter informações sobre o fato e a autoria, as circunstâncias e os elementos de convicção;

IV – indicar as provas que deseja produzir ou indício veemente da existência do fato denunciado.

Parágrafo único – A denúncia apresentada por pessoa jurídica será instruída com prova de sua existência e comprovação de que os signatários têm habilitação para representá-la.

[...]

Art. 70 – Serão recebidos pelo Tribunal como representação os documentos encaminhados por agentes públicos comunicando a ocorrência de ilegalidades ou irregularidades de que tenham conhecimento em virtude do exercício do cargo, emprego ou função, bem como os expedientes de outras origens que devam revestir-se dessa forma, por força de Lei específica.

[...]

§ 2º – Aplicam-se à representação, no que couber, as normas relativas à denúncia.

Do exame dos autos, verifiquei que as imputações realizadas pelo Ministério Público de Contas foram, de fato, detalhadamente elencadas, com a análise de procedimentos licitatórios ocorridos em diferentes municípios do Estado de Minas Gerais, além da especificação dos fatos, da autoria, das circunstâncias e dos elementos de convicção do vício apontado, que concluiu, ao final, pela ocorrência de dano ao erário presumido (tese que, segundo o *Parquet*, é adotada pelo STJ) em razão da frustração da licitude do certame, quantificado com base no lucro presumido.

Constata-se, portanto, a presença de interesse de agir do Ministério Público de Contas, uma vez que a representação, nos termos do art. 70, *caput* e §2º, c/c os arts. 65 e 66, todos da Lei Complementar Estadual n. 102/2008, constitui meio adequado para se buscar a satisfação da tutela pleiteada, de competência deste Tribunal, consoante art. 71, II, da Constituição da República, e do art. 74, §1º, I, da Constituição do Estado de Minas Gerais.

Diante do exposto, sendo necessária a presença, no processo, de todo aquele que possa, pelo menos em tese, ser responsabilizado pelo Tribunal, em face da existência de atos supostamente irregulares praticados pela referida sociedade empresária e sua provável conexão com as irregularidades apuradas pelo *Parquet* Especial que relatam a suposta existência de diversos atos que evidenciariam a ocorrência de conluio entre particulares e agentes públicos que visavam fraudar licitações públicas, proponho que a alegação de ilegitimidade passiva seja afastada, sendo que eventuais fundamentos da imputação devem ser analisados no mérito.

3. Mérito

Compulsando os autos, verifiquei que a representação do Ministério Público de Contas apontou a existência de diversos indícios de irregularidades na realização do Procedimento Licitatório n. 31/2013, Pregão Presencial n. 17/2013, da Prefeitura Municipal de Alvarenga, cujo objeto era a aquisição de materiais pedagógicos para atender a respectiva Secretaria de Educação. Tais evidências demonstrariam, neste caso, o conluio entre as empresas Valmir Faria da Silva – ME e Ângela Mayara Ribeiro Serra – ME e a administração municipal, com a participação da ex-Prefeita de Alvarenga, Sra. Maria Izabel da Silva Netto, e da então Secretária Municipal de Educação, Sra. Marli Maria dos Anjos, que impediriam a obtenção de propostas mais vantajosas aos cofres do referido município. Citando o Acórdão n. 57/2003, do Plenário do TCU, relatou que o STF, no julgamento do “Recurso Extraordinário n. 68.006/MG, manifestou o entendimento de que ‘indícios vários e coincidentes são prova’”. Ressaltou, assim, que a contratação fraudulenta maculada pela ilegalidade causaria, por si só, prejuízo ao erário, sendo que os responsáveis deveriam responder pelos atos ilegais conscientemente praticados em detrimento do interesse público, imputando-se o ressarcimento do prejuízo causado, calculado em R\$ 39.392,00 (trinta e nove mil, trezentos e noventa e dois reais), correspondente ao lucro presumido de 32% (trinta e dois por cento) das empresas para os serviços em questão.

Citados, os responsáveis apresentaram defesa, tal como relatado.

Em sede de reexame, a 2ª CFM entendeu que teria ocorrido a prescrição da pretensão punitiva desta Corte, nos termos do art. 110-C, V, c/c o art. 110-E, ambos da Lei Complementar Estadual n. 102/2008. Concluiu, ainda, que não existiria elementos nos autos capazes de demonstrar a efetiva ocorrência de dano ao erário. Assim, nos casos de contratação de particulares para a prestação de serviço ou aquisição de produtos, anotou que deveria haver a efetiva comprovação do prejuízo aos cofres públicos. Ressaltou, por fim, que “a decisão referida do Superior Tribunal de Justiça (AgRg no AREsp 617.563) considera o dano *in*

reipsa para atendimento da exigência do *caput* do art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa (Lei Federal n. 8.429/1992)”. Por fim, concluiu pela improcedência da representação.

O Ministério Público de Contas, no parecer de fls. 511/519v, ratificou os argumentos iniciais, tendo acatado os argumentos de defesa quanto ao valor do dano, pois a alíquota utilizada para basear o lucro presumido foi de 32%, relativa à prestação de serviços, enquanto deveria ter sido utilizada a alíquota de 8%, relativa às atividades em geral, na qual se inclui o fornecimento de mercadorias. Segundo o *Parquet* Especial, não se pode ignorar o prejuízo ao erário ocasionado pela fraude às licitações somente pelo fato da impossibilidade de se calcular efetivamente, sem presunções, o sobrepreço decorrente da fraude. Por fim, destacou que seria reconhecida a hipótese de dano ao erário presumido quando demonstrada a fraude no procedimento de contratação, citando, neste sentido, o Acórdão n. 3.085/2015, na Sessão do Pleno do dia 2/12/2015 do TCU.

Considerando que a pretensão de aplicação de penalidades por eventuais irregularidades se encontra prescrita, cabe, nesta proposta de voto, apenas a análise quanto à eventual decretação de ressarcimento do alegado dano ao erário.

Nesse cenário, verifico que o Ministério Público de Contas constatou a existência de conluio entre as empresas Valmir Faria da Silva – ME e Ângela Mayara Ribeiro Serra – ME em inúmeros procedimentos licitatórios realizados em diferentes municípios mineiros. No caso do Procedimento Licitatório n. 31/2013 – Pregão Presencial n. 17/2013, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Alvarenga, o arranjo ainda teria contado com a participação de duas agentes públicas, quais sejam, a então Prefeita e a Secretária Municipal de Educação à época.

Assim, o *Parquet* Especial entendeu que deveria ser reconhecida a hipótese de dano ao erário presumido em razão da fraude no procedimento de contratação, pela inobservância aos princípios da legalidade e da igualdade de condições dos participantes da licitação e à seleção da proposta mais vantajosa à Administração Pública municipal. Dessa forma, asseverou que o reconhecimento da ilegalidade do procedimento licitatório induz à nulidade do contrato administrativo celebrado, operando-se retroativamente ao estado em que as partes estavam antes da realização do certame.

Com a devida vênia desse entendimento do Ministério Público de Contas, alinho-me às conclusões apresentadas pela Unidade Técnica pela improcedência do pleito de ressarcimento. Destarte, ainda que fosse reconhecida a irregularidade do certame e do contrato decorrente, não poderia ser determinado automaticamente o ressarcimento dos valores recebidos pela execução do contrato, pois entendo que representaria enriquecimento sem causa para o Estado e empobrecimento indevido para o particular. Concluindo-se que o contrato administrativo tenha sido efetivamente executado de acordo com preços de mercado não haveria que se falar em retorno ao *status quo*, uma vez que considero imprescindível a comprovação de inexecução do objeto contratado ou superfaturamento.

Nesse ponto, cito o art. 59 da Lei n. 8.666/93, que estipula os efeitos de contrato considerado nulo:

Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

Aplicando-se os referidos preceitos ao caso, ainda que configurada a nulidade do contrato, a Administração não estaria exonerada de efetuar os pagamentos devidos ao prestador do serviço ou fornecedor que executou o contrato dentro do preço de mercado.

Vale mencionar, também, que aprova do dano para a condenação de agentes públicos é essencial, como já se manifestou esta Corte de Contas no Processo Administrativo n. 718358, da relatoria do Conselheiro Mauri Torres, senão vejamos:

[...] Dito isso, destaco, por oportuno, o meu posicionamento, já expresso em outras assentadas, acerca da condenação dos agentes públicos à devolução de quantias desembolsadas pelo pagamento das despesas consideradas irregulares. A jurisprudência majoritária tem decidido que não basta a mera presunção de dano para haver condenação dos agentes públicos à devolução de quantias. Mister se faz demonstrar a ocorrência da efetiva lesividade aos cofres públicos e o consequente dano ao erário. (Sessão de 3/5/2016 da Primeira Câmara).

Nesse sentido é o julgado do STJ, consoante ementa abaixo transcrita:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA VISANDO O RESSARCIMENTO DE PREJUÍZOS. INEXISTÊNCIA DA COMPROVAÇÃO EFETIVA DO DANO. IMPROCEDÊNCIA. Para viabilizar a procedência da ação de ressarcimento de prejuízos, a prova da existência do dano efetivamente configurado é pressuposto essencial e indispensável. Ainda mesmo que se comprove a violação de um dever jurídico, e que tenha existido culpa ou dolo por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, desde que, dela, não tenha decorrido prejuízo. A satisfação, pela via judicial, de prejuízo inexistente, implicaria, em relação à parte adversa, em enriquecimento sem causa. O pressuposto da reparação civil está, não só na configuração de conduta “contra jus”, mas, também, na prova efetiva dos ônus, já que se não repõe dano hipotético. Recurso improvido. Decisão por maioria de votos. (Primeira Turma, REsp 20386/RJ, Relator Ministro Demócrito Reinaldo, julgado em 23/5/1994, “DJ” de 27/6/1994).

Especificamente sobre a questão abordada pelo *Parquet* Especial em sua inicial, em que colaciona o Agravo Regimental no AREsp n. 617.563/SP, de Relatoria da Ministra Assusete Magalhães, julgado pela Segunda Turma do STJ em 04/10/2016, DJe 14/10/2016, em decisão recente, o mencionado Tribunal Superior esclareceu a questão sobre a presunção de dano ao erário e seu ressarcimento, e deliberou no sentido de que a aplicação do disposto nos arts. 10, VIII, e 21, I³, da Lei n. 8.429/1992, se restringiria ao juízo de configuração do ato de improbidade administrativa por ausência de regular procedimento licitatório, não devendo abranger a imposição de ressarcimento ao erário, *verbis*:

A partir do exame desses preceitos legais, extrai-se que o art. 10, VIII, da Lei n. 8.429/1992, regula o que deve ser considerado ato de improbidade administrativa, e o art. 21, I, também dessa lei, orienta o juízo, posterior ao primeiro, de imposição das sanções previstas.

³ Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: (...)

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente;

Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe:

I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento;

Na interpretação do art. 10, VIII, da Lei n. 8.429/1992, esta Corte, respeitando o conteúdo normativo do dispositivo, presume o dano ao erário para efeito de configuração do ato de improbidade administrativa, na hipótese de ausência irregular de procedimento licitatório, consoante os precedentes que ora reproduzo:

[...]

Assim, diante da necessidade de interpretação sistemática dos dois dispositivos da mesma lei e de harmonização da jurisprudência desta Corte, impende entender-se que a presunção de dano ao erário se restringe ao juízo de configuração do ato de improbidade administrativa por ausência de regular procedimento licitatório, não abrangendo a imposição de ressarcimento ao erário, cuja determinação pressupõe a demonstração de efetivo prejuízo patrimonial.

Dessa forma, no caso, tendo em vista não ter sido apontado no acórdão prolatado pelo tribunal de origem dano efetivo ao erário, deve ser mantida a condenação por improbidade administrativa, com lastro no art. 10, VIII, da Lei n. 8.429/1992, mas afastada a obrigação de ressarcimento ao erário, impondo-se o retorno dos autos à Corte *a qua* para readequação da proporcionalidade das sanções, ressalvada a possibilidade de realização de diligências no sentido de apurar eventual decréscimo patrimonial. (REsp 1755958/MG, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 13/08/2019, DJe 06/09/2019) (grifo original)

Dessa forma, o STJ considera o dano *in re ipsa*, decorrente de frustração de licitude de procedimento licitatório, apenas para caracterização do ato de improbidade administrativa constante do art. 10, VIII, da Lei n. 8.429/1992, e tem por objetivo a aplicação das respectivas sanções aos agentes públicos, afastada a obrigação de ressarcimento ao erário. O art. 21, I, do mesmo diploma normativo, inclusive, prevê a imprescindibilidade de se comprovar efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público para aplicação da pena de ressarcimento.

Vale ressaltar que o próprio julgado do STJ, citado na representação formulada pelo *Parquet* Especial, negou provimento ao recurso especial para manter o acórdão proferido na apelação que excluiu a pena de ressarcimento de dano ao erário aos responsáveis, com base na já mencionada fundamentação:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. ART. 10, VIII, DA LEI 8.429/92. ACÓRDÃO QUE, EM FACE DOS ELEMENTOS DE PROVA DOS ATOS, CONCLUIU PELA COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO E PELA CONFIGURAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SÚMULA 7/STJ. PREJUÍZO AO ERÁRIO, NA HIPÓTESE. DANO IN RE IPSA. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I. Agravo Regimental interposto contra decisão publicada na vigência do CPC/73. II. No acórdão objeto do Recurso Especial, o Tribunal de origem julgou parcialmente procedente o pedido em Ação Civil Pública, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, na qual postula a condenação dos agravantes, ex-Prefeito e ex-Diretor de Administração do Município de Alumínio/SP, e de outros réus, pela prática de ato de improbidade administrativa, consubstanciado na contratação, sem prévio processo de licitação, de empresa para a realização de Curso de Planejamento Estratégico. Concluiu o acórdão recorrido, em face das provas dos autos, que "o fracionamento dos pagamentos foi o artifício utilizado pelos réus para violar o art. 24, II, da Lei 8.666/93, que autoriza a dispensa da licitação apenas nas hipóteses de prestação de serviços de valor reduzido. Configurado o ato ímprobo e a lesão ao erário já que a dispensa indevida da licitação privou o Estado de selecionar a proposta mais vantajosa e/ou econômica aos municípios de Alumínio". III. Em se tratando de improbidade administrativa, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "a improbidade é

ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos evada de culpa grave, nas do artigo 10" (STJ, AIA 30/AM, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, DJe de 28/09/2011). IV. No caso, o acórdão recorrido, mediante exame do conjunto probatório dos autos, concluiu que "foi demonstrado o dolo na prática do ato ímprobo já que 'os valores pagos são todos iguais e, 'coincidentemente', no exato limite de dispensabilidade da realização de licitação quando foram emitidos". V. Nos termos em que a causa foi decidida, infirmar os fundamentos do acórdão recorrido, para acolher a pretensão dos agravantes e afastar sua condenação pela prática de ato de improbidade administrativa, por não ter sido comprovado o dolo, demandaria o reexame de matéria fática, o que é vedado, em Recurso Especial, nos termos da Súmula 7/STJ. Nesse sentido: STJ, AgRg no AREsp 210.361/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 01/06/2016; AgRg no AREsp 666.459/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/06/2015; AgRg no AREsp 535.720/ES, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 06/04/2016. VI. Quanto à alegada ausência de dano ao Erário, o Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência no sentido de que "a indevida dispensa de licitação, por impedir que a administração pública contrate a melhor proposta, causa dano in reipsa, descabendo exigir do autor da ação civil pública prova a respeito do tema" (STJ, REsp 817.921/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe de 06/12/2012). Com efeito, "a contratação de serviços advocatícios sem procedimento licitatório, quando não caracterizada situação de inexigibilidade de licitação, gera lesividade ao erário, na medida em que o Poder Público deixa de contratar a melhor proposta, dando ensejo ao chamado dano *in reipsa*, decorrente da própria ilegalidade do ato praticado, conforme entendimento adotado por esta Corte. Não cabe exigir a devolução dos valores recebidos pelos serviços efetivamente prestados, ainda que decorrente de contratação ilegal, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração Pública, circunstância que não afasta (ipso facto) as sanções típicas da suspensão dos direitos políticos e da proibição de contratar com o poder público. A vedação de restituição não desqualifica a infração inserida no art. 10, VIII, da Lei 8.429/92 como dispensa indevida de licitação. Não fica afastada a possibilidade de que o ente público praticasse desembolsos menores, na eventualidade de uma proposta mais vantajosa, se tivesse havido o processo licitatório (Lei 8.429/92 - art. 10, VIII)" (STJ, AgRg no AgRg no REsp 1.288.585/RJ, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (Desembargador convocado do TRF/1ª Região), PRIMEIRA TURMA, DJe de 09/03/2016). Nesse mesmo sentido: STJ, AgRg no REsp 1.512.393/SP, Rel. Ministro MAURO CABELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 27/11/2015. VII. Agravo Regimental improvido. (AgRg no AREsp 617.563/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/10/2016, DJe 14/10/2016) (grifei).

Nos próprios documentos anexados pelo Ministério Público de Contas, fls. 366/382v, constam, nas notas de autorização de fornecimento, além do detalhamento dos produtos entregues, a relação das quantias dispendidas pela Administração Pública para adquiri-los. À primeira vista, observo que os valores pagos condizem com os ordinariamente orçados no mercado para materiais escolares, não existindo, aparentemente, superfaturamento. Além disso, não há provas de que os produtos não foram entregues, tal como bem informou a 2ª CFM.

Ressalto, a seu turno, como bem apontou o Ministério Público de Contas, que de fato o TCU tem reconhecido a utilização da denominada prova indiciária, constituída por um conjunto/somatório de indícios que apontam numa mesma direção, como prova inequívoca de conluio de licitantes, nos termos do Recurso Extraordinário n. 68.006-MG do STF, tendo em

vista a dificuldade, nestes casos, de se obter demonstração cabal de que a licitação foi fraudada e que não se tratou de um certame efetivamente competitivo. Destaco, neste sentido, pela clareza do entendimento, os Acórdãos abaixo:

Enunciado

A prova indiciária, constituída por somatório de indícios que apontam na mesma direção, é suficiente para caracterizar fraude a licitação por meio de conluio de licitantes, o que conduz à declaração de inidoneidade das empresas para licitar com a Administração Pública Federal (art. 46 da Lei 8.443/1992). (Acórdão n. 823/2019-Plenário, data da sessão 10/4/2019, Relator Ministro Bruno Dantas).

Enunciado

A inidoneidade para participar de licitação na Administração Pública Federal (art. 46 da Lei 8.443/1992) pode ser declarada diante da existência de vários indícios de conluio entre os participantes do certame, independentemente de o licitante ter colhido algum benefício, bastando que tenha concorrido para a fraude ou dela participado. (Acórdão n. 337/2019-Plenário, data da sessão 20/2/2019, Relator Ministro Augusto Nardes).

Destaco, ainda, os Acórdãos n. 2.908/2017, 1.230/2017, 3.145/2014 e 3.617/2013, todos do Plenário do TCU, em que se declarou a inidoneidade de empresas por fraude à licitação independente do seu resultado, da ocorrência de dano ao erário ou do fato de as empresas terem auferido benefícios.

Vejo, todavia, que tais decisões são utilizadas para a imputação de sanção de inidoneidade às sociedades empresárias que atuaram em conluio com a intenção de fraudar licitações públicas, nos termos do art. 46 da Lei n. 8.443/1992, e não para a imputação de dano ao erário.

Para este tipo de imputação, o Ministério Público de Contas defendeu que é preciso buscar e construir técnicas para cálculo da quantia a ser ressarcida em função de dano ao erário. Assim, citou o julgamento do Acórdão n. 3.089/2015, na Sessão do Pleno do dia 2/12/2015 do TCU, no qual o cálculo do dano ao erário verificado na Operação Lava Jato, mediante a atuação dos cartéis de empresas nas licitações promovidas pela Petrobras, resultou em um valor presumido do dano, em razão da ausência de valores concretos que pudessem corresponder ao sobrepreço efetivamente realizado, embora tenha se verificado nitidamente a ocorrência de prejuízo aos cofres federais.

Nestes casos, no cálculo do *quantum* a ser ressarcido, o referido Órgão de Controle tem utilizado parâmetros definidos na doutrina para se quantificar o dano gerado pela prática do cartel, conforme trecho do referido acórdão:

79. A Comissão Europeia identifica duas abordagens principais para o cálculo dos danos (itens 32 a 36). A primeira baseia-se em métodos comparativos, que estima o cenário contrafactual. A segunda abordagem consiste em modelos de simulação econômica com base em dados do mercado atual e estimativas com base nos custos de produtos. A Comissão Europeia ressalta que todas as técnicas podem ser empregadas para quantificar danos decorrentes de aumento dos preços pagos pelos clientes das empresas infratoras, bem como o prejuízo sofrido pela possível exclusão dos concorrentes do mercado.

[...]

Métodos comparativos reconhecidos pelas cortes americanas

84. Connor (2005, p. 27-28) e Hovenkamp (2011, p. 6) afirmam que os métodos mais comuns de quantificação de danos reconhecidos pela literatura e pelos tribunais americanos procuram comparar o mercado cartelizado com o mesmo mercado em outro

momento do tempo ou, alternativamente, com outros mercados (de produtos ou geográficos) considerados comparáveis e competitivos. Esses métodos com maior uso para quantificar os danos de cartéis são os seguintes:

a) Método “BeforeandAfter” (antes e depois): consiste em comparar os preços praticados no mercado cartelizado em momento distintos: período anterior ou posterior (ou ambos) ao cartel. O sobrepreço será a diferença entre os preços observados no período afetado pelo cartel e os preços nos períodos em que o cartel não esteve ativo. Nesse método tem-se a premissa que outras características do mercado que não associadas à cartelização se mantiveram constante ao longo do tempo.

b) Método Yardstick (comparação de mercados): consiste em comparar os preços do mercado cartelizado com os preços praticados em um mercado similar (de produto ou geográficos). O sobrepreço apurado será a diferença entre o preço cobrado no mercado cartelizado e o preço que prevalece no mercado similar. Esse método é especialmente útil em situações nas quais o cartel se estabelece em uma determinada região geográfica, uma vez que mercados do mesmo produto de outras regiões podem ser utilizados como mercados similares.

[...]

Técnicas de quantificação de danos

93. O Guia Prático da Comissão Europeia (itens 59 a 95) observa que, após a escolha do método adequado para determinar o cenário sem infração, várias técnicas estão disponíveis para aplicá-lo na prática. Para a quantificação dos danos sofridos por cartéis podem ser utilizadas técnicas simples ou complexas. A escolha das técnicas disponíveis depende de uma série de aspectos, como as circunstâncias específicas do caso, o volume de dados, o nível de exatidão e precisão exigidos.

94. As técnicas simples consistem em utilizar dados observados individuais, médias, interpolação e ajustamento simples. Esse tipo de técnica pode ser aplicado, por exemplo, quando for elevado o grau de semelhança entre o mercado afetado pela infração e o mercado ou o período de comparação, o volume de dados observados para a variável de interesse (por exemplo, preço) pode permitir uma comparação direta desses dados no mercado afetado pela infração.

95. A aplicação dos métodos comparativos é aperfeiçoada pela utilização de técnicas complexas, por meio de modelos econométricos que utilizam análise de regressão para combinar teoria econômica com os métodos estatísticos ou quantitativos para identificar e medir as relações econômicas entre variáveis (p. ex.: preço, volume de vendas, quotas de mercado, margens de lucro). O emprego de técnicas econométricas pode resultar em estimativas robustas e precisas.

[...]

Técnicas econométricas

97. Todos os métodos comparativos são, em princípio, suscetíveis de serem aplicados por intermédio de técnicas econométricas com base em análise de regressão, na condição de estarem disponíveis dados suficientes para o efeito. A análise de regressão, por ser uma técnica estatística, permite examinar as relações entre as variáveis econômicas e estabelecer em que medida uma determinada variável de interesse é influenciada por outras variáveis.

98. No caso de danos sofridos por cartéis, as técnicas econométricas permitem avaliar se, e em que medida, outros fatores observáveis que não a infração contribuíram para a diferença entre o valor da variável de interesse (p. ex.: preço) observado no mercado afetado pela infração e o valor observado num mercado comparativo ou durante um

período de comparação, num cenário sem infração. Assim, o sobrepreço será a diferença entre o preço observado e o preço que prevaleceria de acordo com as estimativas econométricas feitas.

99. A literatura especializada destaca duas abordagens principais para proceder a uma análise de regressão para fins de quantificação de danos: variável prospectiva e variável dummy.

100. A variável prospectiva consiste em utilizar dados relativos aos períodos (ou mercados) não afetados pela infração para projetar os preços alternativos em situação de colusão. A equação da regressão é utilizada para prever o efeito da variável de interesse durante o período de infração com base na evolução registrada fora deste período em que ela foi cometida. A equação utilizando-se variável prospectiva é a seguinte:

101. Os parâmetros que são estimados no modelo são um intercepto (α); a relação entre as características das empresas no mercado (X_k) e o preço (β). Com o modelo estimado, obtém-se o preço do cenário contrafactual (preço sem cartel), representada pela variável (P_i). Assim, o sobrepreço seria dado pela diferença entre o preço efetivamente fixado pelo cartel e o preço estimado sem cartel.

102. A variável dummy consiste em utilizar dados relativos ao período (ou mercado) afetado pela infração para estimar a regressão. O efeito da infração será tido em conta na equação de regressão por meio de uma variável indicativa distinta. A equação utilizando-se variável dummy é a seguinte:

103. A análise de regressão busca identificar a relação estatística entre as demais variáveis. Os parâmetros que são estimados no modelo são um intercepto (α); a relação entre as características das empresas no mercado (X_k) e o preço (β); a relação entre a variável dummy (D_i) e o parâmetro γ_i ; e a variável e_i é um elemento aleatório que afeta o preço da empresa i . A variável D_i toma o valor igual a 1 para a empresa que pertence ao mercado em que há prática colusiva e o valor igual a 0 se a empresa pertence ao mercado de comparação.

104. Com o modelo estimado, pode-se calcular o sobrepreço atribuído ao cartel (overprice, nos termos já conceituados) por meio do parâmetro γ_i , que é o principal interesse nessa regressão, por representar a variação média de preços efetivamente fixados pelo cartel. Com isso, o sobrepreço seria dado pela diferença entre o preço estimado sem cartel e o preço efetivamente fixado pelo cartel, em um contexto no qual se está trabalhando com uma base de dados acerca da qual se sabe quais são as observações atribuídas ao cartel e quais não são, seja em comparação baseado no tempo ou em mercados distintos (geográficos ou de produtos).

Destaque-se, também neste ponto, os enunciados dos Acórdãos n. 3.089/2015 e 2.619/2019, ambos do TCU, atinentes à Operação Lava Jato:

Enunciado

Quando caracterizada a atuação de cartel em processos de contratação pública, o prejuízo causado à Administração pode ser avaliado pela diferença entre o preço praticado no ambiente cartelizado e o preço que seria praticado em ambiente competitivo, estimada mediante utilização de técnicas de econometria e de análise de regressão consagradas internacionalmente. O parâmetro assim obtido pode servir de base para avaliação da legalidade e da legitimidade de acordos de leniência que venham a ser pactuados com base na Lei 12.846/2013. (Acórdão n. 3.089/2015-Plenário, data da sessão 2/12/2015, Relator Ministro Benjamin Zymler).

Enunciado

Quando caracterizada a atuação de cartel em processos de contratação pública, o prejuízo causado à Administração pode ser avaliado pela diferença entre o preço praticado no ambiente cartelizado e o preço que seria praticado em ambiente competitivo, estimada mediante utilização de técnicas de econometria e de análise de regressão consagradas internacionalmente. (Acórdão n. 2.619/2019-Plenário, data da sessão 30/10/2019, Relator Ministro Benjamin Zymler).

Analisando os dados e técnicas presentes na decisão do TCU, verifico que a análise para definir o valor do dano ao erário constitui um procedimento complexo e com a presença de inúmeras variáveis, prescindindo de trabalho especializado e de um grande volume de dados. Registre-se que o próprio TCU definiu que a natureza do prejuízo nestes casos se difere do conceito usual aplicado ao sobrepreço, apontado nos processos ordinários de fiscalização de obras, em que se realiza o confronto dos preços contratados com os referenciais de mercado, pois, na prática do cartel, o dano apurado é decorrente da perda econômica decorrente da redução do desconto na licitação e, como visto acima, é calculado pela diferença entre o que a Administração pagou pelo bem ou serviço contratado e o que despenderia, em um ambiente de competição regular, sem a existência de competição artificial, nos seguintes termos:

6. Dessa forma, no âmbito do Fiscobras/2016, a equipe de auditoria propôs o uso dos estudos econométricos produzidos por esta Corte de Contas para quantificar os prejuízos resultantes da cartelização nas contratações da Petrobras. Tais estudos foram aprovados mediante o Acórdão 3.089/2015-Plenário, e o seu emprego nas tomadas de contas especiais foi autorizado pelo Acórdão 1.583/2016-Plenário, de minha relatoria, *in verbis*:

"9.5. autorizar a Seinfra Operações para que, quando da instrução de tomadas de contas especiais instauradas para apurar prejuízos resultantes da atuação de cartel nas contratações da Petrobras, utilize estudos econométricos para apurar os prejuízos nas hipóteses em que a utilização de outros métodos se mostre por demais onerosa e com poucas perspectivas de resultado confiável;"

[...]

17. Mediante o Acórdão 3.089/2015-Plenário, esta Corte de Contas entendeu que, quando caracterizada a atuação de cartel em processos de contratação pública, o prejuízo causado à Administração poderia ser avaliado pela diferença entre o preço praticado no ambiente cartelizado e o preço que seria praticado em ambiente competitivo, estimada mediante utilização de técnicas de econometria e de análise de regressão consagradas internacionalmente.

18. No âmbito do estudo aprovado pelo citado *decisum*, o dano ao erário foi definido como a diferença entre o que a Administração pagou pelo bem ou serviço contratado e o que despenderia, em um ambiente de competição regular, sem a existência de cartel (*overcharge*). No caso das licitações da Petrobras conduzidas pela Diretoria de Abastecimento, o valor mais provável do potencial prejuízo causado à Estatal - ocasionado pela redução dos descontos nas licitações em razão da existência dos cartéis - é de 17% em relação à estimativa de custo das licitações.

19. O parâmetro assim obtido serviria de base para avaliação da legalidade e da economicidade dos contratos celebrados em ambientes de colusão de licitantes, utilizando prática reconhecida na Comunidade Europeia e nos Estados Unidos, em que a Suprema Corte americana já decidiu que aproximações são suficientes para demonstrar a extensão dos danos antitrustes com base em uma inferência justa e razoável, ainda que o resultado seja apenas aproximado.

20. É imperioso observar que, em alguns casos, os atos de corrupção abrangem obras extremamente complexas, com serviços de elevada especificidade, o que causa demasiada dificuldade para se estabelecer o preço paradigma de mercado para os itens avaliados. Há

impossibilidade de quantificação do dano pelos métodos tradicionais, pois, além de se tratar de obras industriais com a previsão de serviços específicos e o emprego de equipamentos especiais, os quais não contam com sistemas de referência de custos, o grande volume de dados a ser analisado demandaria elevado tempo de análise, com risco de ineficácia processual. É exatamente essa a situação do ajuste ora examinado.

21. Diante dessas considerações, o Acórdão 2.005/2017-Plenário entendeu adequada a quantificação do dano realizada pela equipe de auditoria, calculado da forma indicada no estudo econométrico, considerado como o valor resultante da multiplicação do percentual demonstrado de 17% pelo valor da estimativa da Petrobras, ou seja: R\$ 108.417.300,31 (R\$ 637.748.825,34 x 17%). Tais valores estão a preços de setembro de 2007.

22. A natureza do referido prejuízo difere do conceito de sobrepreço que usualmente é apontado nos processos ordinários do TCU de fiscalização de obras, em que se realiza o confronto dos preços contratados com os referenciais de mercado. In casu, o dano apurado é uma perda econômica decorrente da redução do desconto na licitação, oriunda da atuação cartelizada de licitantes nos certames da Petrobras. (Acórdão n. 2.619/2019-Plenário, data da sessão 30/10/2019, Relator Ministro Benjamin Zymler) (grifei).

No caso destes autos, notei que o Ministério Público de Contas, com a devida vênia, não se utilizou de tais métodos, não tendo calculado o dano ao erário pela diferença entre o que a Administração pagou pelo bem ou serviço contratado e o que despenderia, em um ambiente de competição regular, sem a existência de cartel. Ao contrário, apenas estimou um valor de dano com fundamento no lucro presumido⁴, o que poderia, aqui, servir de parâmetro para a aplicação de multa, como faz o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE (Processo Administrativo n. 08012.001029/2007-66)⁵.

Registro, nesse ponto, que considero louvável a tentativa de valorar o possível dano ao erário em casos como este investigado pelo Ministério Público de Contas, em que estão presentes fortes indícios de irregularidades em diversas licitações de municípios distintos e que, de fato, há uma dificuldade para se estabelecer o preço paradigma de mercado para os itens avaliados.

Existe, no entanto, como visto acima, metodologia lastreada, basicamente, em comparações dos preços ofertados em diferentes ambientes, com e sem competição efetiva entre as empresas do ramo, sejam simples ou complexas, amparada na doutrina ou mesmo na jurisprudência do TCU. Dessa maneira, apesar do provável conluio indicado no Município de Alvarenga, creio que o cálculo do prejuízo com base na perda econômica decorrente da redução do desconto na licitação, oriunda da atuação cartelizada de licitantes nos mencionados certames representados, não foi efetivado, pois, a tese do lucro presumido

⁴ Método escolhido pelo Ministério Público de Contas que se baseia nos percentuais padrões fixados anualmente pela Receita Federal do Brasil, que publica anualmente informativo relativo ao lucro presumido dos empresários, para cada tipo de serviço, do respectivo exercício. Assim, utilizou a alíquota de 8% (oito por cento), que é a relativa às atividades em geral, na qual se inclui o fornecimento de mercadorias, para quantificar o valor do prejuízo ao erário.

⁵109. Na esfera administrativa, segundo Francisco (2014, p. 82-83), a imposição da condenação pode prescindir de uma aferição criteriosa do montante dos prejuízos causados pela infração concorrencial. Em diversos julgamentos realizados pelo Cade, a condenação administrativa independe de qualquer cálculo prévio acerca dos prejuízos causados pela conduta anticoncorrencial, sendo a multa calculada com base no critério do faturamento bruto aferido pelo infrator no último exercício anterior à instauração do processo administrativo. (Acórdão n. 3.089/2015-Plenário, data da sessão 2/12/2015, Relator Ministro Benjamin Zymler).

contido na legislação tributária⁶, em razão de lacuna no ordenamento jurídico para a questão apontada pelo Ministério Público de Contas, não está, reiterada vênha, atrelada aos parâmetros consolidados de modelos econométricos que utilizam análise de regressão para combinar teoria econômica com os métodos quantitativos para identificar e medir as relações econômicas entre variáveis (dentre elas, como mencionado pelo TCU, a margem de lucro). Cito, aqui, opinião da doutrina neste sentido:

Não se pode, contudo, interpretar o que está sendo dito aqui como uma defesa ao poder discricionário dos juizes e à utilização de critérios arbitrários ou baseados em pouca cientificidade. Ao contrário, defende-se o estabelecimento de regras claras e definidas para encontrar soluções para a “armadilha” do princípio da reparação integral em ARDCs. Não se defende, por exemplo, a utilização indiscriminada de critérios fixos de sobrepreço com base em estimativas de valores médios para o sobrepreço. Nenhum dos estudos que sugerem valores médios para o sobrepreço a um consenso para um valor razoável de sobrepreço que se aplique a todos os cartéis. Aplicar esse método implicaria necessariamente em uma injustiça para uma das partes da ARDC e se utilizar-se desses estudos não passaria de uma arbitrariedade. (CARVALHO, Henrique Araújo de. Quantificação do dano em ações reparatórias individuais por danos decorrentes da prática de cartel no Brasil: indo além do *andebeat*. Revista de Defesa da Concorrência. 7 n. 1, 2019, p. 124).

Isso porque, o lucro presumido é regime tributário em que a empresa realiza a apuração simplificada do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL. Assim, a Receita Federal presume, num determinado percentual do faturamento, para cada tipo de serviço do respectivo exercício, o respectivo lucro. Neste caso, o *Parquet* utilizou-se da alíquota de 8% (oito por cento), contida na lei tributária, que é a relativa às atividades em geral e na qual se inclui o fornecimento de mercadorias, e que poderia servir de variável para cálculo do referido dano. Contudo, entendo que deixou de estimar a “[...] diferença entre o preço praticado no ambiente cartelizado e o preço que seria praticado em ambiente competitivo” (Acórdão n. 3.089/2015-Plenário, data da sessão 2/12/2015, Relator Ministro Benjamin Zymler), fundamental para se apontar eventual prejuízo nestes casos, que podem ser assim resumidos em métodos comparativos, de simulação ou baseados nos custos e no desempenho financeiro:

Em geral, as técnicas para o cálculo do sobrepreço resumem-se à análise da diferença entre o preço praticado no mercado factual (no mercado em que foi comprovada a existência de cartel) e o preço praticado no mercado contrafactual (o preço praticado no mesmo mercado, na hipótese de haver competição plena). A expectativa é de que a diferença entre essas posições indique, ao fim, a medida da alteração provocada no

⁶ Segundo a Receita Federal, esta é a legislação atualmente em vigor que rege a tributação pelo lucro presumido: Lei n. 8.383/1991, art. 65, §§ 1º e 2º; Lei n. 8.981/1995, art. 27 e 45; Lei n. 9.065/1995, art. 1º; Lei n. 9.249/1995, art. 1º, art. 9º, art. 10, art. 11, art. 15 e 17, art. 21, art. 22, § 1º, art. 27, 29 e 30 e art. 36, V; Lei n. 9.250/1995, art. 40; Lei n. 9.393/1996, art. 19; Lei n. 9.430/1996, art. 1º, 4º, 5º, 7º e 8º, art. 19, § 7º, art. 22, § 3º, art. 24 a 26, 51 a 54, 58, 70 e art. 88, XXVI; Lei n. 9.532, de 1997, art. 1º; Lei n. 9.716/1998, art. 5º; Lei n. 9.718/1998, art. 13 e 14; MP n. 2.158-35/2001, art. 20, 30 e 31; Lei n. 10.637/2002, art. 46 e art. 68, III; Lei n. 10.684, de 2003, art. 22 e art. 29, III; Lei n. 10.833/2003, art. 30 a 33, 35, 36 e 93; Lei n. 11.033/2004, art. 8º; Lei n. 11.051/2004, art. 1º e 32; Lei n. 11.196/2005, art. 34; Lei n. 11.491/2009, art. 15, §§ 1º a 3º e art. 20, §§ 1º a 3º; Lei n. 11.941/2009, art. 20; e Lei n. 12.249/2010, art. 22; Lei n. 12.814/2013, art. 7º. Lei nº 12.973/2014; RIR/1999, art. 516 a 528. Disponível em <<http://receita.economia.gov.br/orientacao/tributaria/declaracoes-e-demonstrativos/ecf-escrituracao-contabil-fiscal/perguntas-e-respostas-pessoa-juridica-2018-arquivos/capitulo-xiii-irpj-lucro-presumido-2018.pdf>>. Acesso: 22 jan. 2020.

patrimônio da vítima. As metodologias utilizadas para o cálculo podem ser divididas em: a) métodos comparativos; b) métodos de simulação; ou c) métodos baseados nos custos e no desempenho financeiro.

Os métodos comparativos baseiam-se num confronto entre a situação do mercado factual e uma situação de mercado contrafactual. Os métodos comparativos podem ser subdivididos em: a) comparação ao longo do tempo; b) comparação com um diferente, mas similar, mercado geográfico; c) comparação com um diferente, mas similar, mercado de produto; e d) comparação ao longo tempo em mercados diferentes, mas similares, em área geográfica e produto.

[...]

Apesar de os métodos comparativos serem os mais confiáveis, eles esbarram em problemas que podem inviabilizar a estimação do dano sofrido pela vítima de cartel. Em primeiro lugar, pode ocorrer que as diferenças entre os preços comparados ao longo do tempo ou em mercados diferentes não decorram somente do cartel, mas de outras variáveis, como a oscilação de preços dos insumos e dos custos envolvidos na produção e fornecimento do produto no mercado cartelizado, dentre outras. É necessário avaliar se os mercados contrafactuais estão sujeitos às mesmas condições que o mercado factual, ou se não foram alterados pelo mercado factual. Em segundo lugar, haja vista que algumas infrações iniciam ou cessam gradualmente, existe a possibilidade de que o cartel tenha estendido seus efeitos por mais tempo do que o período de duração da conduta ou mesmo que não tenha tido efeitos durante todo o período de duração da conduta. Nada obstante os problemas acima descritos, os métodos podem ser ajustados de acordo com as informações disponíveis. Em verdade, todo método de quantificação de danos pode, e deve, ser ajustado às especificidades do caso.

[...]

Métodos de simulação dos mercados baseados em modelos econômicos são outros tipos de métodos que podem ser utilizados alternativamente aos métodos de comparação. Esses métodos se utilizam de uma comparação do mercado factual com mercados contrafactuais hipotéticos, cujos efeitos são conhecidos pela teoria econômica. Por meio de uma simulação, pode-se estimar como o mercado factual teria se comportado caso não houvesse o cartel. Como evidente, esses métodos dependem muito mais de presunções que os métodos comparativos, o que cria maior incerteza nos cálculos.

Outros métodos que podem ser utilizados são os métodos baseados nos custos e no desempenho financeiro. Esses são métodos ainda mais incertos, em que se utilizam presunções de lucros “razoáveis” em um mercado hipoteticamente competitivo ou a performance financeira dos membros do cartel para se chegar a um sobrepreço no mercado factual. Da mesma forma que nos métodos de simulação, os métodos baseados nos custos e no desempenho financeiro dependem muito mais de presunções que os métodos comparativos, o que cria maior incerteza nos cálculos. (CARVALHO, Henrique Araújo de. Quantificação do dano em ações reparatórias individuais por danos decorrentes da prática de cartel no Brasil: indo além do *andebatur*. Revista de Defesa da Concorrência v. 7 n. 1, 2019, p. 117-118)

Ressalte-se que a presunção de lucros “razoáveis” em um mercado hipoteticamente competitivo, citada acima, deve vir acompanhada de outros elementos, tais como os preços praticados pelas empresas em ambiente de competição – real ou hipotética, com valores extraídos de outros locais, ao longo do tempo, por exemplo –, comum a construção sistemática dos cálculos dos prejuízos sofridos pela Administração Pública baseados nos princípios da estatística. A partir da mera utilização da alíquota de 8% (oito por cento) de lucro presumido contida na lei tributária, considero que haveria incerteza em se condenar os responsáveis ao ressarcimento pelo suposto dano ao erário, o que não deve ser admitido por

esta Corte, pois não poderia ser determinada a devolução de valores recebidos pela execução efetiva de um contrato, sem questionamento adequado dos preços praticados, o que representaria enriquecimento sem causa para o Estado e empobrecimento indevido para o particular.

Destaco, por fim, que a Segunda Câmara deste Tribunal, em sessão ocorrida no dia 6/2/2020, decidiu, por unanimidade, pela não aplicação da tese de dano presumido na Representação n. 1066734, também oferecida pelo Ministério Público de Contas, de relatoria do Conselheiro Gilberto Diniz. Naqueles autos, o *Parquet* Especial entendeu pela possível formação de cartel entre determinadas empresas em licitações públicas realizadas por municípios do Estado de Minas Gerais, inclusive no município de Ferros, para fornecimento de peças e serviços automotivos e concluiu pela configuração de dano ao erário correspondente a 32% (trinta e dois por cento) do valor relativo aos serviços já prestados pelas contratadas e pagos pelo ente municipal.

O relator utilizou os seguintes fundamentos para rejeitar a tese ministerial, os quais reforçam o entendimento exposto nesta proposta de voto:

Apreciados os elementos e fundamentos invocados pelo representante, entendo, em convergência com a argumentação delineada pela Unidade Técnica, que não se pode pressagiar a ocorrência de efetivo prejuízo aos cofres do Município de Ferros, no caso em exame, sobretudo pela ausência, nos autos, de conjunto probatório capaz de atestar que o preço ofertado pelas adjudicatárias era, efetivamente, superior àqueles praticados no mercado. E, conforme apurado pela Unidade Técnica (fl. 43):

Além disso, cabe ressaltar que os descontos ofertados pelas empresas envolvidas em conluio ficaram numa média de 60%, o que representa aproximadamente o dobro dos percentuais ofertados nos descontos dos outros 3 (três) licitantes - Agra Motors Comércio de Veículos Ltda., Autopeças Caminho Novo Ltda. e Direções Automotivas Ltda., como apurado nos Demonstrativos 1, 2 e 3 em anexo ao presente Relatório, elaborados por esta Unidade Técnica.

Nesse contexto, dada a precariedade dos dados concernentes à constatação do valor médio de mercado dos produtos adquiridos, à época, pela Administração Municipal de Ferros, aliada, a meu sentir, à fragilidade e à controvérsia da assertiva do representante de que a fraude às licitações induz, certamente, à ocorrência de prejuízo ao erário, apesar da "(...) impossibilidade de se calcular, efetivamente, sem presunções, o sobrepreço decorrente da atuação do cartel" (fl. 90-v), entendo insubsistente, para o caso tratado nesta representação, a invocação da tese do lucro presumido, como critério de quantificação do dano aos cofres públicos. Ora, seria presumir um dano com base em outra presunção. (grifo original)

Ante o exposto, embora grave o cenário desenhado neste processo pelo Ministério Público de Contas, considerando que não há elementos suficientes nos autos que comprovem, de forma inequívoca, o dano ao erário com base no lucro presumido das empresas contratadas, proponho, reiterada vênua, que o apontamento de irregularidade da representação seja julgado improcedente.

III – CONCLUSÃO

Pelo exposto, quanto às irregularidades passíveis de aplicação de multa ou de declaração de inidoneidade para licitar e contratar com o poder público, proponho que seja reconhecida, consoante art. 110-A, parágrafo único, a prescrição da pretensão punitiva desta Corte, nos termos do art. 110-E c/c o art. 110-C, V, todos da Lei Orgânica do Tribunal.

Ainda, afasto a preliminar referente à falta de interesse de agir suscitada, uma vez que a representação, nos termos do art. 70, *caput* e §2º, c/c os arts. 65 e 66, todos da Lei Complementar Estadual n. 102/2008, constitui meio adequado para se buscar a satisfação da tutela pleiteada, *in casu*, a ocorrência de dano ao erário presumido em razão da frustração da licitude do certame, em virtude da existência de atos que evidenciariam a ocorrência de conluio entre particulares e agentes públicos para fraudar licitações, quantificado com base no lucro presumido, cuja competência é deste Tribunal, consoante art. 71, II, da Constituição da República, e do art. 74, §1º, I, da Constituição do Estado de Minas Gerais.

Quanto ao mérito, com a devida vênia, proponho seja julgada improcedente a pretensão de ressarcimento formulada pelo Ministério Público de Contas em face do Procedimento Licitatório n. 31/2013, Pregão Presencial n. 17/2013, promovido pela Prefeitura Municipal de Alvarenga, por entender que não houve a efetiva demonstração de prejuízo ao erário.

Intimem-se os responsáveis pelo DOC e o Ministério Público de Contas, na forma regimental.

Transitado em julgado, remetam-se os autos ao Ministério Público de Contas, para adoção das providências cabíveis, nos termos do art. 32, VI, da Lei Orgânica do Tribunal de Contas.

Promovidas as medidas legais cabíveis à espécie, arquivem-se os autos.

* * * * *