

Processo: 1077017
Natureza: DENÚNCIA
Denunciantes: Edulab - Comércio de Produtos e Equipamentos Ltda., Poliarte & Cia Ltda.
Denunciada: Consórcio Intermunicipal Multifinalitário da Área Mineira da Sudene – Cimams
Apenso: Denúncia n. 1077020
Partes: Edmarcio Moura Leal, Alisson Rafael Alves Santos, Luiz Wanderley dos Santos Lobo, PAE Editora e Distribuidora de Livros Ltda., Didatis Comércio e Serviços em Educação Ltda., Educare Distribuidora de Materiais Didáticos Eireli
Procuradores: João Augusto de Pádua Cardoso, OAB/MG n. 154.351, Acácio Wilde Emílio dos Santos, OAB/MG n. 81.810, Jorge Washington Cançado Neto, OAB/MG n. 109.208, Cíntia Lima Gasparino, OAB/MG n. 172.595, Raquel Maia Silveira, OAB/MG n. 172.256, Rodrigo Ribeiro Romano, OAB/RN n. 9.365, José Augusto Barbalho Simonetti, OAB/RN n. 9.512, Júnia Mara do Vale, OAB/MG n. 64.830
MPTC: Procurador Marcílio Barenco Corrêa de Mello
RELATOR: CONSELHEIRO SUBSTITUTO ADONIAS MONTEIRO

PRIMEIRA CÂMARA – 27/9/2022

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. CONSÓRCIO DE MUNICÍPIOS. REGISTRO DE PREÇOS. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA NA IMPLANTAÇÃO E FORNECIMENTO DE PROJETO PARA RECURSOS INSTRUTIVOS. REVOGAÇÃO DO CERTAME. PERDA DO OBJETO EM RELAÇÃO ÀS IRREGULARIDADES APONTADAS PELAS DENÚNCIAS NO EDITAL DE LICITAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE IMPEDIMENTO À CONTINUIDADE DA AÇÃO DE CONTROLE. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE. DESNECESSIDADE DE OBTENÇÃO DE VANTAGEM. DIRECIONAMENTO E CONLUÍO. NECESSIDADE DE CONJUNTO ROBUSTO DE ELEMENTOS CONVERGENTES, CUMULATIVOS E CONCORDANTES ENTRE SI. NÃO COMPROVAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. PRÁTICA DE LOBBY. NÃO COMPROVAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. REVOGAÇÃO DO CERTAME. FUGA À ATIVIDADE FISCALIZATÓRIA. NÃO COMPROVAÇÃO DOS MOTIVOS DO ATO. DESVIO DE FINALIDADE. PROCEDÊNCIA. MULTA. DANO AO ERÁRIO INDIRETO. NÃO COMPROVAÇÃO DE DANO EFETIVO. IMPROCEDÊNCIA. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. OBSERVÂNCIA APÓS A HOMOLOGAÇÃO DO CERTAME E ADJUDICAÇÃO DO OBJETO. IMPROCEDÊNCIA. DESCUMPRIMENTO DE DETERMINAÇÃO EXARADA EM DESPACHO. PREJUÍZO À ATIVIDADE DE CONTROLE. MULTA. ARQUIVAMENTO.

1. A superveniente revogação de procedimento licitatório pela Administração acarreta a perda de objeto dos apontamentos constantes das denúncias apresentadas, ensejando a extinção do processo sem julgamento de mérito neste ponto, com fundamento no art. 176, III, do Regimento Interno desta Casa, c/c o art. 485, IV, do Código de Processo Civil, aplicável supletivamente por força do art. 379 do referido Regimento.
2. A revogação do certame licitatório não configura impedimento para a eventual aplicação da sanção de declaração de inidoneidade, e, para a configuração do ilícito, não é necessário que a licitante autora da fraude tenha obtido vantagem ou tenha sido efetivamente contratada, nos termos da jurisprudência do Tribunal de Contas da União – TCU.
3. Consoante jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF e do TCU, a existência de indícios, constituídos por conjunto robusto de elementos convergentes, cumulativos e concordantes entre si, que permitam a formação de juízo de que ocorreu ação combinada

entre empresas e gestores públicos com o objetivo de frustrar certames licitatórios, constitui prova suficiente para ensejar a punição dos envolvidos. Contudo, quando os indícios constantes dos autos ensejam certas suspeitas quanto à ocorrência de irregularidades no certame, mas não são suficientes para a comprovação do suposto direcionamento do certame e do eventual conluio entre os responsáveis, deve-se julgar improcedente o apontamento de irregularidade.

4. A divisão do objeto licitado torna a concorrência autônoma em cada lote, não se aplicando, portanto, o disposto no art. 33, IV, da Lei n. 8.666/1993, que proíbe que a licitante dispute, no mesmo certame, de forma consorciada e isoladamente.
5. A comprovação da prática de *lobby*, caracterizada pelo exercício de influência e controle sobre certames realizados pelo poder público com o objetivo de promover suposta “venda” de ata de registro de preços, deve ser fundamentada em indícios e provas suficientes dos atos ilícitos perpetrados, notadamente o modo e a forma pela qual os agentes exerceriam influência e controle sobre procedimentos licitatórios realizados pela Administração, não podendo se presumir que a vitória de licitante em mais de um certame realizado pelo mesmo órgão ou entidade, por si só, configure atividade ilícita.
6. A revogação da licitação deve ocorrer por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, nos termos do art. 49 da Lei n. 8.666/1993, e está sujeita ao controle das Cortes de Contas, as quais devem analisar a motivação do referido ato e o vínculo entre a decisão e seus fundamentos.
7. A validade da revogação do certame está atrelada às razões declaradas pelo gestor como fundamento para tal decisão. Desse modo, o motivo indicado como justificativa deve estar em consonância com a situação de fato indicada para a prática do ato administrativo discricionário, sob pena de ilegalidade.
8. A falta de pertinência entre as razões indicadas para a revogação de certame e o contexto fático que a determinou caracteriza vício de motivação e invalida o ato.
9. A revogação do certame configura desvio de finalidade quando utilizada para evitar a atividade fiscalizatória e justifica a imputação de multa, nos termos do art. 85, IV, da Lei Complementar n. 102/2008 e do art. 318, IV, do Regimento Interno desta Corte.
10. O apontamento de que a revogação do procedimento licitatório poderia acarretar dano indireto ao erário, uma vez que implicou gastos de recursos humanos e materiais para realização de contratação que não ocorreu, pressupõe a efetiva demonstração da existência de prejuízos aos cofres públicos, que deve ser descrita identificando-se o suposto valor do dano, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ e desta Corte de Contas.
11. O direito ao contraditório e à ampla defesa nos procedimentos licitatórios revogados deve ser observado após a homologação do certame e adjudicação do objeto, conforme jurisprudência do STJ.
12. O descumprimento de determinação exarada em despacho proferido por este Tribunal enseja a aplicação da multa prevista no art. 85, III, da Lei Complementar Estadual n. 102/2008 e no art. 318, III, do Regimento Interno desta Corte.

ACÓRDÃO

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

- I) julgar extinto o processo, sem julgamento de mérito, com o consequente arquivamento dos autos, nos termos do art. 176, III, da Resolução n. 12/2008 c/c o art. 485, IV, do Código de Processo Civil, aplicável supletivamente ao Regimento Interno por força de

seu art. 379, em relação aos apontamentos de irregularidade constantes das denúncias apresentadas, diante da perda de objeto decorrente da revogação do Processo Licitatório n. 30/2019, Pregão Presencial n. 21/2019, deflagrado pelo Consórcio Intermunicipal Multifinalitário da Área Mineira da Sudene – Cimams;

- II)** julgar parcialmente procedentes os apontamentos complementares apresentados pela Unidade Técnica, nos termos do art. 196, § 2º, do Regimento Interno c/c o art. 487, I, do Código de Processo Civil, e aplicar multa:
- a)** no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), individualmente, ao Sr. Alisson Alves dos Santos, pregoeiro e signatário da ata da reunião que decidiu pela revogação do certame, e ao Sr. Edmarcio Moura Leal, então presidente do Cimams, uma vez que o desfazimento da licitação configurou desvio de finalidade, em verdadeira fuga ao controle externo realizado por esta Corte, com fundamento no disposto no art. 85, IV, da Lei Complementar Estadual n. 102/2008, e do art. 318, IV, do Regimento Interno deste Tribunal;
 - b)** no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) ao Sr. Edmarcio Moura Leal, então presidente do Cimams, pelo descumprimento do despacho que determinou o encaminhamento da documentação relativa ao Processo Licitatório n. 11/2017, Pregão Presencial n. 9/2017, nos termos do art. 85, III, da Lei Complementar Estadual n. 102/2008 c/c o art. 318, III, do Regimento Interno desta Corte;
- III)** determinar que sejam comunicadas as denunciadas pelo DOC e intimadas os responsáveis por via postal e pelo DOC, bem como o Ministério Público de Contas, na forma regimental;
- IV)** determinar, promovidas as medidas cabíveis à espécie, o arquivamento dos autos, nos termos do art. 176, I, do Regimento Interno.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro José Alves Viana, o Conselheiro Durval Ângelo e o Conselheiro Substituto Hamilton Coelho.

Presente à sessão a Procuradora Elke Andrade Soares de Moura.

Plenário Governador Milton Campos, 27 de setembro de 2022.

JOSÉ ALVES VIANA
Presidente em exercício

ADONIAS MONTEIRO
Relator

(assinado digitalmente)

NOTAS TAQUIGRÁFICAS
PRIMEIRA CÂMARA – 8/2/2022

CONSELHEIRO SUBSTITUTO ADONIAS MONTEIRO:

I – RELATÓRIO

Trata-se de denúncia formulada por Edulab Comércio de Produtos e Equipamentos Ltda. (código do arquivo n. 2208216, peça n. 14, fls. 1/15, dos autos de n. 1077017) em face do Processo Licitatório n. 30/2019, Pregão Presencial n. 21/2019, deflagrado pelo Consórcio Intermunicipal Multifinalitário da Área Mineira da Sudene – Cimams, tendo como objeto o registro de preços para futura e eventual contratação de empresa especializada na implantação e fornecimento de projeto para recursos instrutivos, com objetivo de atender às necessidades dos Municípios integrantes do referido consórcio.

Em síntese (código do arquivo n. 2208216, peça n. 14, fls. 1/15, autos do processo n. 1077017), a empresa denunciante alegou que (i) o objeto da licitação teria sido descrito de forma “subjéctiva, obscura e imprecisa” e que (ii) a contratação de “recursos instrutivos” teria sido licitada, sem a consulta pública exigida por lei, no vultoso valor de R\$ 221.183.409,00. Além disso, aduziu que (iii) o termo de referência do edital traria itens com preços “superestimados”, conforme exemplos inseridos na peça inicial, e (iv) que seria nulo o edital, porque seria composto de “amontoados de itens desconexos”, com imprecisões que impossibilitariam a elaboração das propostas.

Por sua vez (código do arquivo n. 2208255, peça n. 2, dos autos de n. 1077020, fls. 1/10), a sociedade empresária Poliarte & Cia Ltda. – ME também apresentou denúncia em face do aludido certame, autuada sob o n. 1077020, em apenso, na qual indicou que (v) a licitação não teria destinado itens de preços a serem registrados para microempresas e empresas de pequeno porte, em afronta ao art. 47 da Lei Complementar n. 123/2006, e que (vi) haveria violação ao princípio do julgamento objetivo, em razão da não obrigatoriedade da apresentação de amostras/protótipo dos itens cotados.

Recebidas como denúncia, as documentações foram autuadas e distribuídas ao meu gabinete, em cumprimento ao despacho da presidência anexado ao SGAP como peça n. 14, código do arquivo n. 2208216, fl. 137.

Inicialmente, mediante despacho (código do arquivo n. 2208216, peça n. 14, fls. 140/140v) determinei a intimação dos gestores públicos responsáveis para que encaminhassem a documentação relativa ao certame, informassem seu estágio e apresentassem justificativas e esclarecimentos que entendessem pertinentes. Contudo, os referidos gestores não se manifestaram.

Após a análise dos autos, em especial do Anexo II – Termo de Referência, indeferi o pedido de suspensão liminar do certame (código do arquivo n. 2208216, peça n. 14, fls. 148/150v), por não ter vislumbrado que a continuidade da licitação acarretaria prejuízo efetivo ao erário ou ao interesse público.

Na sequência, o Cimams apresentou manifestação (código do arquivo n. 2208216, peça n. 14, fls. 152/154) e esclareceu que o valor estimado da licitação era inferior ao previsto no art. 39 da Lei n. 8.666/1993 e, por isso, não haveria necessidade de realizar consulta pública prévia. Afirmou que, no Anexo II – Termo de Referência, teriam sido descritos de forma clara e precisa todos os itens licitados. Esclareceu que o objeto do certame possuiria, assim, a finalidade pedagógica, ao contrário dos produtos citados pela denunciante para demonstrar o sobrepreço

dos valores orçados no certame. Com esses fundamentos, o consórcio requereu a improcedência da denúncia.

Após analisar os autos e as informações disponibilizadas nos *sites* do Cimams, das licitantes e das empresas que realizaram a cotação de preços na fase interna do certame, a Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação – Cfel apurou (código do arquivo n. 2208239, peça n. 18, fls. 912/915v), em síntese, o seguinte: a) o certame foi revogado em 28/10/2019; b) o processo licitatório foi deflagrado sem o respaldo em estudo de demandas ou atas de fóruns e/ou seminários promovidos pelo Cimams, conforme exige o item III,7 do seu Estatuto; c) nenhuma das participantes da pesquisa de mercado competiu no certame, embora comercializasse pelo menos um lote do objeto licitado; d) a licitante PAE Editora e Distribuidora de Livros Ltda., vencedora do lote 1, um dos mais vultosos do certame, possuía vínculo com as empresas que forneceram orçamento na fase interna da licitação, tendo apresentado atestado de capacidade técnica emitido pelo Grupo Educare Distribuidora de Materiais Didáticos – EPP e nomeado, como sua procuradora, a proprietária da empresa Didatis Comércio e Serviços em Educação Ltda. – ME; f) a descrição do lote 1 corresponde à reprodução de anúncios de produtos comercializados nos *sites* do Grupo Educare Distribuidora de Materiais Didáticos – EPP, Didatis Comércio e Serviços em Educação Ltda. – ME e PAE Editora e Distribuidora de Livros Ltda.; g) a empresa Conesul Comercial e Tecnologia Educacional Eireli venceu os lotes 5, 6 e 7, embora estivesse concorrendo no certame em consórcio com a empresa Idea Comércio de Jogos Pedagógicos nos lotes 3 e 4; h) no *site* da empresa Conesul Comercial e Tecnologia Educacional Eireli, há documento denominado “Ata de Registro de Preços”, evidenciando a “venda de ata de registro de preços”, o que pode ser resultado de *lobby* e, conseqüentemente, indício de fraude; i) a cotação de preços, a ata da sessão do pregão e o mapa de apuração dos lances suscitam dúvidas sobre a lisura do certame, tendo em vista a baixa competitividade e a existência de vínculos entre algumas empresas; j) tramita, perante a justiça federal, ação de improbidade administrativa contra a PAE Editora e Distribuidora de Livros Ltda. e seu proprietário; l) o Ministério Público do Estado da Paraíba instaurou investigação contra a empresa Conesul Comercial e Tecnologia Educacional Eireli, e seu proprietário; m) este Tribunal recebeu considerável número de denúncias contra certames promovidos pelo Cimams.

No entanto, considerou que a revogação do certame implicaria perda do objeto e sugeriu a extinção do feito sem julgamento de mérito. Porém, em razão da importância do Cimams para o desenvolvimento econômico e social da região norte do Estado, propôs a realização de inspeção e auditoria contábil, financeira, orçamentária, patrimonial e operacional dos atos de gestão dos responsáveis pelo consórcio.

Em sua manifestação preliminar (código do arquivo n. 2008668, peça n. 8), o Ministério Público de Contas destacou que a fraude ou má-fé presentes no instrumento convocatório poderiam ensejar a declaração de inidoneidade para licitar e contratar com o poder público e a inabilitação dos agentes públicos para exercício de cargo em comissão e função de confiança, nos termos do art. 83, III, c/c o art. 93 da Lei Complementar Estadual n. 102/2008. Além disso, propôs a citação dos representantes legais das empresas envolvidas e dos agentes públicos responsáveis. Lado outro, quanto à empresa Conesul Comercial e Tecnologia Educacional Eireli, concluiu que não houve irregularidade em sua participação, em consórcio e individualmente, pois o disposto no art. 33, IV, da Lei n. 8.666/1993 não se aplicaria aos casos em que o certame foi dividido em lotes, uma vez que cada um deles corresponderia a um procedimento próprio e independente.

Embora o Cimams tenha revogado o procedimento licitatório em exame, entendi que os responsáveis deveriam ser citados (código do arquivo n. 2012096, peça n. 9), nos termos da

jurisprudência do Tribunal de Contas da União – TCU¹, para apresentarem justificativas complementares e/ou documentos que julgassem pertinentes sobre a análise elaborada pela Unidade Técnica. Os responsáveis apresentaram defesa (Educare Distribuidora de Materiais Didáticos – EPP, código do arquivo n. 2208239, disponível no SGAP como peça n. 18, fls. 953/959; Didatis Comércio e Serviços em Educação Ltda. – ME, código do arquivo n. 2208239, disponível no SGAP como peça n. 18, fls. 977/979v, PAE Editora e Distribuidora de Livros Ltda., código do arquivo n. 2208239, disponível no SGAP como peça n. 18, fls. 994/997v, e Cimams, código do arquivo n. 2208239, disponível no SGAP como peça n. 18, fls. 1.009/1.018).

Após a análise das manifestações encaminhadas, a Unidade Técnica manteve a conclusão exarada em seu estudo anterior que apontou a existência de indícios de direcionamento do certame e conluio entre as participantes, o que justificaria a declaração de inidoneidade das empresas para licitar e contratar com o poder público e a inabilitação dos agentes públicos para exercício de cargo comissionado e função de confiança (código do arquivo n. 2208239, peça n. 18, fls. 1.027/1.038).

Não obstante, diante do risco de dano indireto ao erário e da obscuridade dos motivos que levaram o consórcio a revogar o certame, sugeriu a intimação do Cimams para que encaminhasse a prova dos fatos supervenientes que justificaram o desfazimento da licitação, bem como comprovasse que foi assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa às empresas vencedoras do certame. Requereu, ainda, a citação da empresa Conesul Comercial e Tecnologia Educacional Eireli, que participou do certame de forma isolada e em consórcio, bem como a intimação da Educare Distribuidora de Materiais Didáticos – EPP, para que encaminhasse a nota fiscal comprovando a transação comercial declarada no atestado de capacidade técnica apresentado pela vencedora do lote 1.

A seu turno, o Ministério Público de Contas propôs (código do arquivo n. 2217375, peça n 20) a realização das diligências complementares sugeridas pela Unidade Técnica, com exceção da citação da Conesul Comercial e Tecnologia Educacional Eireli.

Considerando as diligências apontadas pela Cfel e pelo *Parquet* Especial, determinei (código do arquivo n. 2220539, peça n 21) a intimação do Cimams para que encaminhasse a documentação relacionada à revogação do certame e da Educare Distribuidora de Materiais Didáticos – EPP, bem como para juntada do documento fiscal que comprovasse a transação comercial declarada no atestado de capacidade técnica fornecido à licitante PAE Editora e Distribuidora de Livros Ltda.

Intimados, a empresa Educare Distribuidora de Materiais Didáticos – EPP e o Cimams encaminharam os documentos disponíveis no SGAP como peças n. 28, 29, 33, 35 e 36, códigos dos arquivos n. 2427172, 2231776, 2242669, 2242944 e 2242945, respectivamente.

Após o exame da documentação enviada, a Cfel reiterou a necessidade de citação da sociedade empresária Conesul Comercial e Tecnologia Educacional Eireli. Sugeriu, ainda, a intimação do Cimams para que enviasse os documentos referentes ao Processo de Licitação n. 11/2017, Pregão Presencial n. 9/2017, o estudo de demanda, o termo de referência, a pesquisa de preços, a ata da sessão do pregão e o respectivo mapa de apuração de lances, o termo de adjudicação, a ata de registro de preços, os contratos firmados e as notas de empenho emitidas (código do arquivo n. 2267577, peça n. 38).

¹ A revogação do certame licitatório não configura impedimento para a aplicação da sanção de declaração de inidoneidade (art. 46 da Lei 8.443/1992). Para a configuração do ilícito não é necessário que a licitante autora da fraude tenha obtido vantagem ou sido efetivamente contratada. (Acórdão n. 1744/2018 – Plenário, relator ministro Benjamin Zymler, sessão do dia 1/8/2018).

Em 29/10/2020, proferi despacho (código do arquivo n. 2271321, peça n. 40) em que indeferi o pedido de citação da empresa Conesul Comercial e Tecnologia Educacional Eireli, corroborando a manifestação do *Parquet* Especial, e determinei a realização da diligência sugerida pela Unidade Técnica.

Em cumprimento ao despacho, o Cimams encaminhou a manifestação e os documentos anexados de forma eletrônica aos autos (códigos dos arquivos n. 2288595, 2288596, 2288597 e 2288578, peças n. 45 a 48).

Em novo exame, a Cfel concluiu que haveria indício de direcionamento em benefício das empresas PAE Editora e Distribuidora de Livros Ltda. e Conesul Comercial e Tecnologia Educacional Eireli; tentativa de fuga à atividade fiscalizatória, por meio do desfazimento da licitação; descumprimento do despacho que determinou o encaminhamento dos documentos referentes ao Processo de Licitação n. 11/2017, Pregão Presencial n. 9/2017 e conluio entre a Educare Distribuidora de Materiais Didáticos – EPP, Didatis Comércio e Serviços em Educação Ltda – ME e PAE Editora e Distribuidora de Livros Ltda. (código do arquivo n. 2327223, peça n. 51).

Nesse contexto, em observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, determinei a abertura de vista ao Sr. Edmarcio Moura Leal, presidente do Cimams; Sr. Alisson Rafael Alves dos Santos, pregoeiro do Cimams; Sr. Luiz Wanderley dos Santos Lobo, secretário executivo do Cimams; empresa PAE Editora e Distribuidora de Livros Ltda.; empresa Didatis Comércio e Serviços em Educação Ltda. – ME; sociedade empresária Educare Distribuidora de Materiais Didáticos – EPP (código do arquivo n. 2333309, peça n. 53).

Em seguida, a Educare Distribuidora de Materiais Didáticos – EPP, a PAE Editora e Distribuidora de Livros Ltda., a Didatis Comércio e Serviços em Educação Ltda. – ME, o Cimams e o Sr. Edmarcio Moura Leal manifestaram-se nos autos (códigos dos arquivos n. 2427173, 2427172, 2465101, 2465102, 2462198, 2471154, 2461542 e 2461543, peças n. 55, 56, 60, 61, 63, 64, 67 e 68).

Ato contínuo, a Cfel ratificou a conclusão exarada em seu estudo anterior, uma vez que não teriam sido apresentadas justificativas ou documentos novos sobre os fatos aduzidos nas análises técnicas complementares (código do arquivo n. 2525702, peça n. 72). Assim, por vislumbrar indícios de tentativa de direcionamento e conluio, propôs a aplicação da pena de inabilitação para o exercício de cargo em comissão e função de confiança e declaração de inidoneidade para licitar e contratar com o poder público, além de multa. Considerou que a revogação do certame configurou tentativa de fuga à atividade fiscalizatória e pugnou pela condenação dos responsáveis ao pagamento de multa. Por fim, propôs a aplicação de sanção pecuniária ao Sr. Edmarcio Moura Leal, presidente do Cimams, pelo não encaminhamento dos documentos relativos ao Processo Licitatório n. 11/2017, Pregão Presencial n. 9/2017.

Já o Ministério Público de Contas opinou pela aplicação de multa aos responsáveis pelo certame, em razão da tentativa de fuga à atividade de controle, com a revogação do certame, e em razão do não encaminhamento dos documentos requisitados (código do arquivo n. 2535267, peça n. 74). No tocante aos indícios de fraude à licitação, entendeu que não existiam elementos de convicção necessários para impor penalidade aos envolvidos.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

1. Da perda de objeto em relação aos apontamentos da denúncia

As denúncias relatam irregularidades no edital do Processo Licitatório n. 30/2019, Pregão Presencial n. 21/2019, com os seguintes apontamentos, em síntese: (i) o objeto da licitação teria

sido descrito de forma “subjativa, obscura e imprecisa”; (ii) a contratação de “recursos instrutivos” teria sido licitada, sem a consulta pública exigida por lei, no vultoso valor de R\$ 221.183.409,00; (iii) o termo de referência do edital traria itens com preços “superestimados”, conforme exemplos inseridos na peça inicial; (iv) que seria nulo o edital, porque seria composto de “amontoados de itens desconexos”, com imprecisões que impossibilitariam a elaboração das propostas; (v) a licitação não teria destinado itens de preços a serem registrados para microempresas e empresas de pequeno porte, em afronta ao art. 47 da Lei Complementar n. 123/2006; e que (vi) haveria violação ao princípio do julgamento objetivo, em razão da não obrigatoriedade da apresentação de amostras/protótipo dos itens cotados.

Ocorre que, consoante informações anexadas aos autos (códigos dos arquivos n. 2242944 e 2242945, disponíveis no SGAP como peças n. 35 e 36), o certame foi revogado em 28/10/2019.

Dessa forma, a revogação do certame provocou a perda de objeto das irregularidades apontadas pelas denunciantes relacionadas ao edital da licitação. Cito, nesse sentido, as decisões proferidas no âmbito das Denúncias n. 1054151², 1046781³, 997611⁴ e 1015601⁵, em que este Tribunal entendeu que a anulação ou a revogação da licitação ocasiona a perda de objeto dos apontamentos da denúncia, pois não se produziriam quaisquer efeitos jurídicos passíveis de controle por esta Corte.

Nesse contexto, demonstrada a publicidade da revogação do certame, entendo que o processo deva ser extinto, sem julgamento de mérito, em relação às irregularidades apontadas nas denúncias, em razão da perda de objeto decorrente da revogação do Processo Licitatório n. 30/2019, Pregão Presencial n. 21/2019, deflagrado pelo Cimams, nos termos do art. 176, III, do Regimento Interno c/c o art. 485, IV, do Código de Processo Civil, aplicável supletivamente ao Regimento Interno por força de seu art. 379.

Todavia, embora tenha ocorrido a perda do objeto no que tange aos referidos apontamentos de irregularidade no momento em que ocorreu a superveniente revogação do procedimento licitatório pela Administração, verifiquei, conforme despacho disponível no SGAP como peça n. 9, código do arquivo n. 2012096, que os apontamentos da Unidade Técnica constituíam fatos graves – indícios de tentativa de direcionamento da contratação e de conluio entre as empresas licitantes – que, se confirmados, independentemente do prosseguimento do certame, poderiam, em tese, acarretar sanções para os licitantes e agentes públicos envolvidos. Assim, entendi que a revogação do procedimento licitatório em exame não seria empecilho à eventual aplicação de sanção aos licitantes e agentes públicos envolvidos, nos termos da jurisprudência do TCU, a exemplo do Acórdão n. 1744/2018 – Plenário, relator ministro Benjamin Zymler, sessão do dia 1/8/2018).

Portanto, tendo em vista a continuidade da ação de controle com a citação de diversos responsáveis em razão dos apontamentos complementares formulados pela Unidade Técnica, passo à análise a seguir.

2. Indícios de direcionamento e de conluio na disputa do lote 1 do certame

Conforme relatado, a Unidade Técnica apontou a existência de suposto vínculo entre a vencedora do lote 1, PAE Editora e Distribuidora de Livros Ltda., com duas participantes da pesquisa de preços realizada pela Administração, Educare Distribuidora de Materiais Didáticos – EPP e Didatis Comércio e Serviços em Educação Ltda. – ME. Destacou, assim, que a PAE

2 Relator conselheiro Durval Ângelo, Primeira Câmara, sessão do dia 5/2/2019.

3 Relator conselheiro José Alves Viana, Segunda Câmara, sessão do dia 31/1/2019.

4 Relator conselheiro substituto Victor Meyer, Segunda Câmara, sessão do dia 3/9/2020.

5 Relator conselheiro Durval Ângelo, Primeira Câmara, sessão do dia 15/9/2020.

Editora e Distribuidora de Livros Ltda., vencedora do lote 1, teria apresentado atestado de capacidade técnica emitido pela Educare Distribuidora de Materiais Didáticos – EPP e nomeado como sua procuradora a proprietária da Didatis Comércio e Serviços em Educação Ltda. – ME.

Assim, considerou, como indício de direcionamento, a descrição do lote 1, que correspondeu à reprodução dos anúncios de produtos comercializados pela Educare Distribuidora de Materiais Didáticos – EPP, pela Didatis Comércio e Serviços em Educação Ltda. – ME e pela PAE Editora e Distribuidora de Livros Ltda., pois tratava-se “[...] na realidade, de reprodução de anúncios de produtos com alguns itens semelhantes comercializados nos sites das empresas Grupo Educare, Didatis e PAE Editora, conforme impressos anexados neste relatório”.

Seguindo essa linha de raciocínio, entendeu que, com o objetivo de se consumir suposta fraude, o Cimams teria solicitado orçamento prévio à Educare Distribuidora de Materiais Didáticos – EPP e à Didatis Comércio e Serviços em Educação Ltda. – ME que, embora comercializassem os produtos licitados, decidiram não participar do certame para favorecer a contratação da PAE Editora e Distribuidora de Livros Ltda.

A tentativa de conluio, por sua vez, estaria consubstanciada nos vínculos que a vencedora do lote 1, um dos mais vultosos, mantinha com as participantes da pesquisa de preço. Nesse cenário, a PAE Editora e Distribuidora de Livros Ltda. teria apresentado atestado de capacidade técnica emitido pela Educare Distribuidora de Materiais Didáticos – EPP e nomeado, como sua representante, a procuradora da Didatis Comércio e Serviços em Educação Ltda. – ME.

Destacou, por fim, que a baixa competitividade do certame, a existência de vínculo entre a vencedora do lote 1 e algumas das empresas que participaram da pesquisa de preços, assim como o considerável número de denúncias que este Tribunal recebeu em face de licitações realizadas pelo Cimams seriam aspectos que atestariam a falta de lisura do certame. Verificou, ainda, sobre a idoneidade da licitante vencedora do lote 1, que há ação de improbidade administrativa em face da sociedade empresária PAE Editora e Distribuidora de Livros Ltda. e de seu proprietário.

Todavia, em razão da posterior revogação do certame, propôs a extinção do processo, com arquivamento destes autos e a realização de inspeção *in loco* para apurar a legalidade dos atos de gestão praticados pelo consórcio.

O Ministério Público de Contas (código do arquivo n. 2208239, peça n. 18, fls. 939/942v), por sua vez, propôs a citação dos responsáveis, uma vez que, na linha de entendimento da Unidade Técnica, haveria a presença de fraude ou má-fé, o que poderia ensejar declaração de inidoneidade para licitar e contratar com o poder público e a inabilitação dos agentes públicos para exercício de cargo em comissão e função de confiança.

Citada, a Educare Distribuidora de Materiais Didáticos – EPP (código do arquivo n. 2208239, peça n. 18, fls. 953/959), no tocante aos indícios de fraude, notadamente sobre o questionamento de não ter participado do certame, embora atrativo, alegou que atravessava período de crescente inadimplência e temeu não ter capacidade para cumprir a proposta apresentada. Por entender que não era obrigada a licitar, decidiu não participar do procedimento licitatório. Ainda, sobre o fornecimento de atestado técnico em favor da empresa PAE Editora (vencedora do lote 1), esclareceu que a Educare Distribuidora de Materiais Didáticos – EPP teria como objeto social, além da edição e venda/distribuição de livros e materiais pedagógicos, a representação comercial de livros e materiais pedagógicos, tendo outrora adquirido daquela empresa exemplares de obra por ela produzida denominada “Espaço Lúdico Infantil”, cuja nota fiscal seguiu anexa. Afirmou, por fim, que não haveria impedimento para o fornecimento da declaração por empresas do mesmo ramo comercial.

Por sua vez, a Didatis Comércio e Serviços em Educação Ltda. – ME (código do arquivo n. 2208239, peça n. 18, fls. 977/979v) argumentou que teria fornecido orçamento a pedido do Cimams e que não teve acesso a quaisquer informações sobre as demais empresas consultadas. Especialmente sobre o fato de não ter participado do certame, esclareceu que não teria condições de atender aos critérios de qualificação econômico-financeira. Afirmou, ainda, que a Sra. Aline Pinheiro de Souza, indicada como procuradora da licitante vencedora do lote 1, não seria sua proprietária, mas apenas sua representante comercial, sem contrato de exclusividade, e que a real proprietária da empresa seria a Sra. Mariana Pinheiro de Souza, conforme contrato social carreado na defesa. Sustentou, por fim, que “[...] no trato comercial é muito comum um representante experiente na venda para órgãos públicos, dada a peculiaridade de tais participações, representar diversas empresas, eventualmente até no mesmo certame, sem que isso represente qualquer ilegalidade ou irregularidade para sua atuação, desde que por óbvio respeitados os limites éticos e legais pertinentes”.

A seu turno, a PAE Editora e Distribuidora de Livros Ltda. (código do arquivo n. 2208239, peça n. 18, fls. 994/997v) informou que não participou da pesquisa de preços e que não saberia explicitar quais seriam as empresas consultadas sobre os valores de mercado dos itens. No que se refere aos vínculos que teria com as responsáveis pelo fornecimento de orçamento na fase interna da licitação, afirmou que a Sra. Aline Pinheiro de Souza não estaria impedida de ser sua representante, ainda que fosse proprietária da Didatis Comércio e Serviços em Educação Ltda. – ME, uma vez que não houve competição entre as empresas representadas. Sobre o atestado de capacidade técnica, emitido pela Educare Distribuidora de Materiais Didáticos – EPP, afirmou que seria legítimo e legal, além de precedido de operação comercial lícita.

No tocante aos apontamentos de irregularidade, o Cimams informou (código do arquivo n. 2208239, peça n. 18, fls. 1.009/1.018) que, devido à complexidade, o objeto foi licitado na forma de kits e itens específicos, e que a sua descrição, embora semelhante, não seria idêntica à especificação contida em *sites* de algumas das sociedades empresárias envolvidas no processo de contratação. Ademais, argumentou que, ainda que fossem iguais as especificações detalhadas, não haveria irregularidade se apenas tais itens atendessem ao interesse público.

Sobre a não participação no certame das empresas que apresentaram orçamento na fase interna da licitação, o Cimams informou que não teria controle sobre tal decisão.

Quanto ao atestado de capacidade técnica apresentado pela PAE Editora e Distribuidora de Livros Ltda., emitido pela Educare Distribuidora de Materiais Didáticos – EPP, o Cimams afirmou que não existiriam quaisquer indícios de ilegalidade. Informou, ademais, que não teria como saber que a representante legal de uma das licitantes seria proprietária de sociedade que forneceu orçamento na fase interna do processo licitatório.

Em seu reexame, a Unidade Técnica entendeu que as defesas apresentadas não seriam suficientes para afastar os apontamentos de irregularidade (código do arquivo n. 2194001, peça n. 10). Nesse aspecto, não acolheu as justificativas apresentadas pela Educare Distribuidora de Materiais Didáticos – EPP para explicar seu desinteresse no certame, por entender que o orçamento por ela apresentado, no valor de R\$ 3.857.500,00, representaria ótima oportunidade para incrementar seus negócios. Destacou que eventuais dificuldades de estoque e logística poderiam ser solucionadas por meio de participação da empresa em consórcio.

Entendeu que persistiriam dúvidas sobre a veracidade do atestado de capacidade técnica fornecido à vencedora do lote 1 e, por isso, propôs a intimação da defendente para que encaminhasse as notas fiscais que comprovassem a transação comercial, pois apontou que essa não poderia ser comprovada em sua totalidade pela nota fiscal eletrônica n. 7.880, citada no referido atestado e posteriormente carreada aos autos pela defendente.

No que se refere à nomeação da Sra. Aline Pinheiro de Souza como representante da PAE Editora e Distribuidora de Livros Ltda., vencedora do lote 1, esclareceu que a conclusão sobre a titularidade da empresa participante da pesquisa de preços teria sido extraída de orçamento apresentado na fase interna do certame. No entanto, após apresentação da Quinta Alteração Contratual pela Didatis, retificou o apontamento, pois entendeu que não haveria irregularidade na procuração outorgada, pois a Sra. Aline Pinheiro de Souza não seria proprietária da Didatis Comércio e Serviços em Educação Ltda. – ME. Contudo, ressaltou que o referido instrumento conferido era muito amplo e extrapolava os atos meramente negociais.

Ademais, entendeu que o desinteresse da Didatis Comércio e Serviços em Educação Ltda. – ME em participar do certame, somado à baixa competitividade e à nomeação de sua administradora como procuradora da vencedora do lote 1, despertaria dúvida sobre a existência de vínculo entre as citadas empresas.

Com base nesses fundamentos, a Unidade Técnica manteve a conclusão de que haveria indícios de tentativa de conluio entre as sociedades empresárias envolvidas no processo de contratação, pois as empresas Didatis Comércio e Serviços em Educação Ltda. – ME e Educare Distribuidora de Materiais Didáticos – EPP não participaram da licitação, no intuito de frustrar a competição e beneficiar a PAE Editora e Distribuidora de Livros Ltda.

Destacou, ainda, que a ação de improbidade administrativa ajuizada em face da PAE Editora e Distribuidora de Livros Ltda. teria sido julgada parcialmente procedente, com a condenação dos aludidos agentes públicos e da empresa por fraude em procedimento licitatório para compra de brinquedoteca, inclusoteca, espaço cultura itinerante e pilares da educação junto à empresa PAE Editora e Distribuição de Livros Ltda. Ressaltou, além disso, que a referida ação estaria em fase recursal.

Assim, após citar o Acórdão n. 333/2015 – Plenário do TCU, segundo o qual a existência de um conjunto de indícios de fraude seria suficiente para imputar penalidades aos responsáveis, ratificou seu estudo anterior que apontou o direcionamento e o conluio na licitação. Requereu, então, a intimação do consórcio para que apresentasse os documentos relativos ao Processo Licitatório n. 11/2017, Pregão Presencial n. 9/2017, cujo objeto era semelhante ao certame ora analisado e propôs também a citação da empresa Conesul Comercial e Tecnologia Educacional Eireli, para analisar suposta prática de cartel.

O Ministério Público de Contas (código do arquivo n. 2217375, peça n. 20) concordou com as diligências propostas pela Unidade Técnica, à exceção da citação da empresa Conesul Comercial e Tecnologia Educacional Eireli, por entender que não haveria irregularidade na participação da empresa, de forma individual e em consórcio, em lotes diferentes do certame.

Em resposta à intimação, a Educare Distribuidora de Materiais Didáticos – EPP (códigos dos arquivos n. 2231775 e 2231776, peças n. 28 e 29) encaminhou os documentos fiscais relacionados ao atestado de capacidade técnica fornecido à licitante PAE Editora e Distribuidora de Livros Ltda.

O Cimams (código do arquivo n. 2242669, peça n. 33), a seu turno, informou que, apesar de devidamente instruídas as fases interna e externa, o certame teria sido revogado em razão da apresentação de diversos questionamentos e do ajuizamento do Mandado de Segurança n. 5014506-54.2019.8.13.0433, além das notícias publicadas em veículos de comunicação sobre a deflagração de procedimento investigatório pela Polícia Federal, denominado “Operação Calvário”, envolvendo uma das empresas participantes do certame.

Após analisar as manifestações, a Unidade Técnica concluiu (código do arquivo n. 2267577, peça n. 38) que teriam sido juntados documentos suficientes para corroborar o teor do mencionado atestado técnico, pois a Educare Distribuidora de Materiais Didáticos – EPP

apresentou outras notas fiscais de livros e kits/projetos adquiridos da PAE Editora e Distribuidora de Livros Ltda., nos anos de 2017 e 2018, como forma de evidenciar a relação comercial mantida. Sobre as notas fiscais, destacou que “[...] é importante registrar que a autenticidade de cada uma delas foi verificada no site da Receita Federal, não tendo sido encontrados indícios de irregularidade”. Concluiu, assim, que haveria relação comercial anterior entre as referidas sociedades empresárias.

Todavia, entendeu que a existência de denúncias e questionamentos judiciais não justificariam a revogação do certame, uma vez que tal medida caracteriza fuga à atividade de controle. No tocante ao procedimento investigatório em curso, destacou que as matérias veiculadas sobre a operação da Polícia Federal são posteriores à ata da reunião que decidiu pela revogação do certame.

Com estes fundamentos, manteve o entendimento exarado no estudo anterior que apontou diversos indícios de direcionamento no certame, com o fim de beneficiar as empresas PAE Editora e Distribuidora de Livros Ltda. e Conesul Comercial e Tecnologia Educacional Eireli, bem como indícios de conluio entre estas empresas e a Educare Distribuidora de Materiais Didáticos – EPP e a Didatis Comércio e Serviços em Educação Ltda. – ME, que poderiam caracterizar fraude à licitação e ensejar a aplicação da pena de inabilitação para o exercício de cargo em comissão e função de confiança e declaração de inidoneidade para licitar e contratar com o poder público. A fim de demonstrar a fraude, sugeriu a intimação do Cimams para que encaminhasse cópia dos documentos relativos ao Processo Licitatório n. 11/2017, Pregão Presencial n. 9/2017, que teve como fornecedoras as empresas Didatis Comércio e Serviços em Educação Ltda. – ME e Conesul Comercial e Tecnologia Educacional Eireli.

Em cumprimento ao despacho que determinou o encaminhamento dos documentos listados no estudo técnico, o consórcio enviou cópia do Processo Licitatório n. 30/2019, Pregão Presencial n. 21/2019 (códigos dos arquivos n. 2288595, 2288596, 2288597 e 2288578, peças n. 45, 46, 47 e 48).

Em novo exame (código do arquivo n. 2327223, peça n. 51), a Unidade Técnica concluiu que haveria indício de direcionamento em benefício das empresas PAE Editora e Distribuidora de Livros Ltda. e Conesul Comercial e Tecnologia Educacional Eireli; tentativa de fuga à atividade fiscalizatória por meio do desfazimento da licitação; descumprimento do despacho que determinou o encaminhamento dos documentos referentes ao Processo de Licitação n. 11/2017, Pregão Presencial n. 9/2017 e conluio entre a Educare Distribuidora de Materiais Didáticos – EPP, a Didatis Comércio e Serviços em Educação Ltda. – ME e a PAE Editora e Distribuidora de Livros Ltda.

Assim, em observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, determinei a abertura de vista ao Sr. Edmarcio Moura Leal, presidente do Cimams; Sr. Alisson Rafael Alves dos Santos, pregoeiro do Cimams; Sr. Luiz Wanderley dos Santos Lobo, secretário executivo do Cimams; empresa PAE Editora e Distribuidora de Livros Ltda.; empresa Didatis Comércio e Serviços em Educação Ltda. – ME; sociedade empresária Educare Distribuidora de Materiais Didáticos – EPP (código do arquivo n. 2333309, peça n. 53).

Em seguida, a Educare Distribuidora de Materiais Didáticos – EPP reafirmou as razões de não participar do certame e mencionou o estudo técnico, o qual concluiu que não encontrou indícios de irregularidades nos documentos fiscais apresentados (códigos dos arquivos n. 2427173 e 2427172, disponíveis no SGAP como peças n. 55/56). A empresa PAE Editora e Distribuidora de Livros Ltda., por sua vez, alegou que o suposto conluio não passa de ilação, uma vez que não há provas concretas de sua prática (código do arquivo n. 2465101 e 2465102, disponíveis no SGAP como peça n. 60/61). Em sua defesa, a Didatis Comércio e Serviços em Educação Ltda. – ME reiterou os argumentos apresentados em suas manifestações anteriores (códigos dos

arquivos n. 2462198 e 2471154, disponíveis no SGAP como peças n. 63 e 64). Por fim, o Címams e o Sr. Edmarcio Moura Leal afirmaram que não foi comprovada qualquer irregularidade na condução do certame (código do arquivo eletrônico n. 2461542 e 2461543, peça n. 67/68).

Após analisar as manifestações apresentadas, a Unidade Técnica manteve a conclusão exarada nos estudos anteriores que apontou a existência de indícios de tentativa de direcionamento e conluio e propôs a aplicação da sanção prevista no art. 85, III, e art. 93 da Lei Complementar n.102/2008 (código do arquivo n. 2525702, peça n. 72).

Em seu parecer conclusivo, o Ministério Público de Contas reviu seu posicionamento sobre a aplicação das sanções de declaração de inabilitação para exercício de cargo em comissão e função de confiança e de inidoneidade para licitar e contratar com o poder público, por entender que o direcionamento e o conluio não estariam devidamente comprovados nos autos (código do arquivo n. 2535267, peça n. 74).

Compulsando os autos, verifiquei que o objeto do certame foi dividido em sete lotes, cujo valor total foi estimado em R\$ 221.183.409,00, conforme termo de referência (código do arquivo n. 2208216, peça n. 14, fls. 65/110). A propósito, o lote 1, questionado na denúncia, estimado em R\$ 35.610.263,00, não era o de maior valor, tendo sido cotado por preço inferior ao do lote 4, avaliado em R\$ 151.878.250,00. Assim, considerando o valor global da licitação, o lote 1, indicado como objeto de conluio, representou 16,09% do total a ser contratado.

Em relação ao suposto direcionamento, destaco que não vislumbrei, na descrição dos itens do lote 1, elementos que pudessem indicar a suposta tentativa de beneficiar a contratação da sociedade empresária PAE Editora e Distribuidora de Livros Ltda.

Nesse aspecto, a leitura atenta dos autos revelou que as especificações técnicas de alguns dos produtos licitados nos itens 1 e 6 possuem algumas características semelhantes aos materiais anunciados pelas participantes do processo de contratação, como ocorre com a especificação das camas empilháveis anunciadas pela Didatis Comércio e Serviços em Educação Ltda. – ME, o conteúdo dos livros e os itens relativos ao baú de livros, *playground*, pula-pula, cavalinho e tapete de EVA, contidos no anúncio da PAE Editora e Distribuidora de Livro Ltda. Entretanto, os demais produtos contêm especificações diferentes daquelas descritas nos impressos anexados ao relatório da Unidade Técnica (código do arquivo n. 2208239, peça n. 18, fls. 920, 924 e 927).

Cumprir mencionar, ainda, que o detalhamento dos itens 3 e 7 não guardaram similitude com os produtos comercializados pelas empresas apontadas pela Unidade Técnica como participantes do conluio (código do arquivo n. 2208239, peça n. 18, fls. 918 e 921).

No tocante ao item 5, que lista os materiais necessários à instalação de inclusoteca, constatei que há considerável semelhança com as descrições contidas nos anúncios de fls. 919 e 925 (código do arquivo n. 2208239, peça n. 18). Entretanto, entendo que a correspondência pode ser explicada pela necessidade de se cumprir os ditames estabelecidos na Lei n. 9.394/1996, que impõe a utilização de métodos, técnicas, recursos educativos e organização específicos, para atender às necessidades da educação especial, conforme disposto no art. 59 do citado diploma legal. Ademais, ressalto que a especificação dos materiais destinados à educação especial, estabelecida no edital, constou também em diversos *sites*⁶ que trataram do assunto e em outros instrumentos convocatórios⁷ com objeto análogo.

⁶ Disponível em: <<https://blogtendadosaber.com.br/projeto-inclusoteca/>>. Acesso em: 16/12/2021.

⁷ Disponível em: <http://comprasnet.gov.br/ConsultaLicitacoes/download/download_editais_detalhe.asp?coduasg=982707&modprp=5&numprp=162020>. Acesso em: 16/12/2021.

Destarte, é pertinente ressaltar que a semelhança ou até mesmo a identidade entre os itens licitados e os produtos divulgados em *sites* de licitantes ou participantes da pesquisa de mercado não é suficiente, por si só, para caracterizar o direcionamento do procedimento licitatório. Isso porque o direcionamento em certames públicos se observa no momento em que o edital impõe condições ou cláusulas que privilegiem determinada interessada em detrimento das demais, situação que não foi comprovada no caso analisado, nem mesmo do exame conjunto dos indícios apresentados, tal como se verá adiante, embora, de fato, os produtos tenham sido descritos de forma genérica, sem o adequado detalhamento para que se atendessem às necessidades públicas.

Aliás, questão análoga à discutida nos autos foi objeto de interessante manifestação do TCU, que afastou a hipótese de favorecimento a determinada sociedade empresária por entender que o “[...] direcionamento na descrição do objeto caracteriza-se pela inserção, no instrumento convocatório, de características atípicas dos bens ou serviços a serem adquiridos”, como, “[...] por exemplo, mediante a utilização de critério subjetivo, o favorecimento a alguma empresa, a preferência inadequada por determinada marca, a ausência do devido parcelamento ou o estabelecimento de exigências excessivas/limitadoras” (Acórdão n. 2.829/2015, relator ministro Bruno Dantas, Plenário, data da sessão: 4/11/2015).

Diante desse quadro, em que pese reconhecer a existência de semelhanças em relação a alguns dos itens licitados e dos produtos oferecidos pelas empresas envolvidas no processo de contratação, com a devida vênia aos argumentos da Unidade Técnica, entendo que tal constatação não impõe o reconhecimento de direcionamento do certame, tal como concluiu o *Parquet* Especial, pois a descrição do objeto *in casu* não continha exigência atípica direcionada a beneficiar determinado fornecedor, mediante a utilização de critério subjetivo, pois, do modo como foi especificada, poderia ser atendida por um número razoável de estabelecimentos que atuam neste mercado.

Por outro lado, embora a Unidade Técnica tenha apontado que as sociedades empresárias Educare Distribuidora de Materiais Didáticos – EPP e Didatis Comércio e Serviços em Educação Ltda. – ME forneceram orçamentos na fase interna do certame, mas não participaram da licitação com o fim deliberado de favorecer a contratação da PAE Editora e Distribuidora de Livros Ltda., constatei, do exame dos autos, que tais empresas não foram as únicas que forneceram orçamentos na fase interna da licitação e decidiram não participar do certame. Conforme pode ser observado, o Cimams também solicitou orçamentos das sociedades empresárias Mundobrink Brinquedos Divertidos, Unicursos Ltda., Editora Iracema Ltda. – ME e Ótima Editora Ltda., que apresentaram orçamentos, mas não ofereceram proposta na licitação (código do arquivo n. 2288596, peça n. 46, fls. 23/117).

Ocorre que, como bem observou o Ministério Público de Contas, a “[...] apresentação de cotação por empresa e a sua não participação na licitação subsequente, não significa, por si só, indício de fraude” (código do arquivo n. 2535267, peça n. 74).

Ademais, a análise dos autos revela que inexistem elementos, mesmo que indiciários, que pudessem evidenciar o nexo de causalidade entre a apresentação de orçamento por solicitação do Cimams às referidas empresas, e a posterior decisão destas de não participarem do certame licitatório, com o suposto favorecimento à PAE Editora e Distribuidora de Livros Ltda.

Dessa forma, entendo que tais fatos, mesmo que analisados em conjunto com os demais indícios apresentados, em especial o suposto vínculo entre a vencedora do lote 1 e as empresas que forneceram orçamento prévio ao Cimams, não comprovam que as participantes da pesquisa de preço tenham tomado tal decisão com o objetivo de favorecer a PAE Editora e Distribuidora de Livros Ltda.

Sobre este ponto, inclusive, identifiquei que o atestado de capacidade técnica emitido pela Educare Distribuidora de Materiais Didáticos – EPP, e apresentado no certame pela PAE Editora e Distribuidora de Livros Ltda., não contém quaisquer indícios de irregularidades que pudessem levantar suspeita sobre a tentativa de conluio (código do arquivo n. 2208237, peça n. 17, fl. 625).

Nesse contexto, importante ressaltar que o art. 30, § 1º, da Lei n. 8.666/1993, estabeleceu a possibilidade de comprovação da aptidão técnica por meio de atestado emitido por pessoa jurídica de direito privado. Além da disposição legal, a jurisprudência consolidada⁸ sobre o tema impede que os editais limitem a aceitação de atestados emitidos apenas por entidades de direito público.

Somados a estes fatos, ainda que houvesse dúvida sobre a veracidade do atestado de capacidade técnica, tais suspeitas foram elididas com a apresentação das notas fiscais (códigos dos arquivos n. 2231775 e 2231776, peças n. 28 e 29), que comprovaram, em tese, a regularidade da transação comercial declarada no documento, mesmo que sem detalhes da especificação.

Além disso, constatei que não há, nos autos, quaisquer indícios ou apontamentos de falsidade documental, o que afasta, com a devida vênia aos argumentos lançados pela Unidade Técnica, a hipótese de que o aludido atestado tivesse sido emitido visando o favorecimento de participante no certame. O mencionado documento apenas comprova o fato de que, no passado, ambas sociedades tiveram uma relação comercial, mas não é hábil a comprovar, por si só, eventual conluio entre as empresas ou o direcionamento do lote 1 do certame.

Noutro giro, no tocante à suposta existência de vínculo entre a vencedora do lote 1 e a Didatis Comércio e Serviços em Educação Ltda. – ME, observei que o orçamento apresentado na fase interna do certame foi assinado pela Sra. Aline Pinheiro de Souza (código do arquivo n. 2208231, peça n. 15, fl. 293), que também figura como representante da PAE Editora e Distribuidora de Livros Ltda., conforme consta da ata da sessão de julgamento (código do arquivo n. 2208239, peça n. 18, fls. 857/859).

Contudo, apesar de os documentos confirmarem a informação de que as duas empresas eram representadas pela mesma pessoa, entendo que não há irregularidade no fato apurado, pois, como bem destacou o *Parquet* Especial (código do arquivo n. 2535267, peça n. 74): “[...] embora a Sra. Aline tenha sido indicada como proprietária da empresa Didatis Comércio e Serviços em Educação Ltda., que apresentou cotação para pesquisa de preços, em consulta ao CNPJ no sítio eletrônico da Receita Federal, ela não consta nessa condição. Na realidade, sua nomeação como procuradora da PAE Editora, participante no certame, por se tratar de representante comercial sem exclusividade, não permite afirmar que existia conluio entre as empresas”.

Ademais, entendo que, neste caso, não ocorreu o apontado conflito de interesses com afronta ao princípio da igualdade ou violação ao sigilo da proposta, uma vez que a empresa Didatis Comércio e Serviços em Educação Ltda. – ME sequer participou do certame, não havendo,

⁸ TCU. Acórdão n. 2.971/2016. Relator: ministro substituto Augusto Sherman. Primeira Câmara. Data da Sessão: 10/5/2016. TCEMG: Denúncia n. 1058853, relator conselheiro Cláudio Terrão, sessão do dia 12/8/2020, Segunda Câmara, e o Edital de Licitação n. 1015893, relator conselheiro substituto Hamilton Coelho, sessão do dia 25/5/2021, Primeira Câmara.

portanto, disputa entre as empresas representadas pela Sra. Aline Pinheiro de Souza, tendo a PAE Editora e Distribuidora de Livros Ltda. alegado, inclusive, que “[...] a representação por pessoa legitimamente escolhida pela empresa, ainda mais quando esta não figurava como representante de outra empresa participante do processo licitatório, não configura qualquer impedimento legal, tampouco prova contundente que comprove o conluio sustentado”.

Sobre o tema, convém destacar decisão proferida pelo TCU no Acórdão n. 1400/2014 – Plenário, de relatoria do ministro substituto Augusto Sherman, julgado na sessão do dia 28/5/2014, que reconheceu a existência de fraude e de violação ao princípio da competitividade no caso em que as sociedades empresárias teriam participado da licitação com o mesmo sócio majoritário e mesmo procurador, pois constitui atentado aos princípios que regem os procedimentos licitatórios, uma vez que “[...] foi demonstrado que a participação concomitante da [...] nos certames promovidos pela Prefeitura afastou qualquer possibilidade de competição entre os interessados. Não há como existir competição entre duas firmas que possuem um mesmo controlador (proprietário), um mesmo procurador / representante e quadros societários compostos integralmente por membros de uma mesma família”.

Todavia, diferentemente do que ocorreu no julgado mencionado, no caso em análise nestes autos, o lote supostamente objeto de conluio foi disputado por apenas uma licitante, tendo as demais empresas apontadas como responsáveis pela fraude somente participado da pesquisa de preços na fase interna da licitação, oferecendo orçamento prévio para atender solicitação do Cimams.

Nesse cenário, não vejo como as decisões de não disputar o certame, tomadas pelas sociedades empresárias Educare Distribuidora de Materiais Didáticos – EPP e Didatis Comércio e Serviços em Educação Ltda. – ME, poderiam garantir a vitória da PAE Editora e Distribuidora de Livros Ltda., supostamente favorecida na licitação.

Somados a estes eventos, destaque-se que, diversamente do que apontou a Unidade Técnica, reiterada vênua, mesmo sendo possível a participação das referidas sociedades empresárias no certame, não competiria a esta Corte de Contas questionar a decisão empresarial delas de não participarem da licitação, o que, mesmo em conjunto com outros elementos apresentados, não permite conclusão acerca de que tal não participação foi intencional, com o objetivo de beneficiar a vencedora do lote do certame em exame.

Além disso, entendo que a procuração outorgada à Sra. Aline Pinheiro de Souza, embora seja ampla, não concorre para a imputação de direcionamento do certame ou conluio entre as empresas referidas.

Por fim, sobre a existência de procedimentos que depunham contra a idoneidade da licitante PAE Editora e Distribuidora de Livros Ltda., destaco que o ajuizamento de Ação de Improbidade n. 0809967-23.2017.4.05.8000, perante a Justiça Federal de Alagoas, à época da realização do certame, não seria suficiente para impedir sua participação no procedimento licitatório. Destaco que há decisão de segunda instância que transitou em julgado nos referidos autos⁹, que manteve a condenação da referida sociedade empresária à multa, nos termos do art. 12, II, da Lei de Improbidade Administrativa, no valor de R\$ 30.000,00 em razão de:

- a) ausência de qualquer pesquisa de preço, necessária para o procedimento de dispensa ou de exigibilidade; b) ausência de termo de Referência no Ofício que deu origem ao procedimento de contratação (violação ao art. 14 da Lei nº 8.666/93); c) celeridade incomum nos atos praticados para a contratação: c.1) foram praticados na mesma data,

⁹Disponível

em: <https://pje.jfal.jus.br/pjeconsulta/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.seam?signedIdProcessoTrf=d53ba9de542775defa9782b82671f2d2#>>. Acesso em: 16/12/2021.

31/08/2016, o termo de ratificação e homologação do certame, o termo de contrato de fornecimento e a ordem de fornecimento; c.2) a solicitação da despesa, a informação de disponibilidade financeira e orçamentária e a autorização para empenho e liquidação ocorreram no dia posterior, em 01/09/2016 (Id. 4058000.5214968); c.3) no mesmo dia da emissão da Nota Fiscal, em 13/12/2016, a empresa PAE entregou à municipalidade 20.000 (vinte mil) unidades diversas do produto. Tal fato foi atestado por servidora municipal (Id. 4058000.5214968); e d) a declaração de exclusividade emitida pela CBL não comprova a singularidade dos bens adquiridos. (Apelação Cível n. 0809967-23.2017.4.05.8000, Relator desembargador federal Elio Wanderley de Siqueira Filho, 1ª Turma, julgado em 19/10/2020).

No entanto, destaco que, à época da realização da sessão do Pregão Presencial n. 21/2019, em 4/10/2019, segundo consta do *site* de consulta do andamento processual eletrônico da Justiça Federal de Alagoas¹⁰, a referida sociedade empresária não havia sido sequer condenada em primeira instância, o que veio ocorrer somente em 29/4/2020.

Desse modo, entendo que qualquer decisão dos responsáveis pela licitação, naquele momento, no sentido de se excluir a empresa PAE Editora e Distribuidora de Livros Ltda., não teria respaldo legal, pois, nos termos da legislação em vigor, somente em face de comprovada inidoneidade para licitar e contratar com o poder público, declarada nos termos do art. 87, IV, da Lei n. 8.666/1993, ou da condenação por ato de improbidade administrativa, aplicada consoante o disposto no art. 12 da Lei n. 8.429/1992, é que se teria fundamento jurídico para se impedir a participação da empresa no mencionado certame. Aplica-se, *in casu*, o princípio da presunção de inocência, consoante dispõe o art. 5º, LVII, da Constituição da República.

Portanto, como bem destacou o Ministério Público de Contas, “[...] **embora ensejem certas suspeitas quanto à idoneidade do certame, não são capazes de apresentar elementos de convicção necessários para a imposição de penalidade em face dos envolvidos. Isso porque não foram apresentados provas concretas de conluio ou direcionamento da licitação**” (Destaques do original).

Assim, considero que não há, nos autos, o conjunto de indícios convergentes, cumulativos e concordantes entre si que permitiria a formação de juízo sobre a ocorrência do apontado direcionamento da licitação visando favorecer a sociedade empresária PAE Editora e Distribuidora de Livros Ltda., nos termos da decisão prolatada pelo Plenário do TCU, em 4/3/2015, mencionada pela Unidade Técnica, que adotou entendimento do Supremo Tribunal Federal – STF de que as provas indiciárias seriam suficientes para comprovar a fraude em licitação pública, nos seguintes termos:

PEDIDOS DE REEXAME EM SEDE DE RELATÓRIO DE INSPEÇÃO. VERIFICAÇÃO DA CONFORMIDADE DE CONVÊNIOS E INSTRUMENTOS CONGÊNERES. FORÇA-TAREFA ENTRE TCU, SENADO FEDERAL E POLÍCIA FEDERAL. CONSTATAÇÃO DE DIVERSAS IRREGULARIDADES EM LICITAÇÕES E CONTRATOS. FORTES INDÍCIOS DE FRAUDE À LICITAÇÃO E CONLUIO ENTRE LICITANTES. MULTA AOS GESTORES. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE DAS EMPRESAS. CONEXÃO ENTRE ALGUMAS IRREGULARIDADES APONTADAS NESTA FISCALIZAÇÃO E MATÉRIAS PENDENTES DE JULGAMENTO EM PROCESSOS DE TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. ALEGAÇÕES RECURSAIS INSUFICIENTES PARA AFASTAR AS IRREGULARIDADES OU A RESPONSABILIDADE DOS GESTORES E DAS EMPRESAS SOBRE ELAS. NÃO OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DA

¹⁰ Disponível em: <https://pje.jfal.jus.br/pje/ConsultaPublica/listView.seam>. Acesso em: 16/12/2021.

PRETENSÃO PUNITIVA DESTE TRIBUNAL. CONHECIMENTO. NEGATIVA DE PROVIMENTO. CIÊNCIA.

8. No tocante à alegação de que não é cabível a aplicação do artigo 46 da Lei 8.443/1992 a este caso concreto, uma vez que não haveria nos autos a comprovação da fraude, ressalto que, há tempos, a prova indiciária é admitida por este Tribunal e, inclusive, pelo STF para caracterizar a fraude. Por elucidativo, transcrevo o seguinte trecho do voto condutor do Acórdão 57/2003-TCU-Plenário, em que o relator, Ministro Ubiratan Aguiar, discutiu essa questão:

“5. (...). Entendo que prova inequívoca de conluio entre licitantes é algo extremamente difícil de ser obtido, uma vez que, quando ‘acertos’ desse tipo ocorrem, não se faz, por óbvio, qualquer tipo de registro escrito. Uma outra forma de comprovação seria a escuta telefônica, procedimento que não é utilizado nas atividades deste Tribunal. Assim, possivelmente, se o Tribunal só fosse declarar a inidoneidade de empresas a partir de ‘provas inquestionáveis’, como defendo o Analista, o art. 46 se tornaria praticamente ‘letra morta’.

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

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

30. Por conseguinte, considerando que os recorrentes não trouxeram elementos capazes de desconstituir os sólidos indícios de fraude constatados no âmbito da Tomada de Preços 2/2001, conforme considerações tecidas acima e consoante as análises da Serur acerca das demais alegações recursais não discutidas neste voto, com as quais manifesto minha anuência, devem ser mantidas as sanções a eles aplicadas. (Acórdão n. 333/2015. Relator: Bruno Dantas. Plenário. Data da Sessão: 4/3/2015).

Logo, tendo em vista que os indícios apurados pela Unidade Técnica não constituem elementos de convicção necessários para impor sanções aos envolvidos no processo de contratação, por não representarem prova, mesmo que indiciária, de conluio e direcionamento, entendo que tais fatos, mesmo se considerados conjuntamente, não são convergentes no sentido de demonstrar o favorecimento à empresa PAE Editora e Distribuidora de Livros Ltda., vencedora do lote 1, com a participação, inclusive, dos gestores públicos responsáveis.

Isso porque considero que a descrição do objeto, embora contenha impropriedades, não incluiu exigência atípica, indicação de marca ou outro critério subjetivo que pudesse restringir o universo de participantes e favorecer a PAE Editora e Distribuidora de Livros Ltda., pois, tal como foi especificada, poderia ser atendida por um número razoável de estabelecimentos que atuam neste mercado. Além disso, entendo que a leitura atenta dos autos revelou que apenas algumas das especificações técnicas de poucos produtos licitados possuíam características semelhantes aos materiais anunciados pelas participantes do processo licitatório, mas que não constituiriam elemento atípico no sentido de direcionamento do certame.

Ademais, não há elementos, na atuação das sociedades empresárias Educare Distribuidora de Materiais Didáticos – EPP e Didatis Comércio e Serviços em Educação Ltda. – ME, que indiquem a intenção de realizar a alegada combinação para impedir a competitividade e frustrar o objetivo do certame de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, havendo

somente indícios que denotariam suposta relação entre tais empresas, mas não definitiva e conclusiva a ponto de comprovar o direcionamento, pois tais fatos não teriam convergência necessária e tampouco são cumulativos e concordantes entre si para se constituir o apontado benefício ilegal no caso, notadamente pelo fato de que não há ilegalidade ou mesmo indícios de falsidade no atestado de capacidade técnica apresentado pela vencedora do lote 1 (emitido pela Educare Distribuidora de Materiais Didáticos – EPP) ou mesmo irregularidades na nomeação da representante da vencedora do lote 1, tal como concluiu o Ministério Público de Contas.

Vale mencionar, nesse sentido, o Acórdão n. 1.744/2018 – Plenário do TCU, de relatoria do ministro Benjamin Zymler, sessão do dia 1º/8/2018, que elenca o seguinte conjunto probatório no caso então analisado: “[...] sentenças judiciais na esfera penal, delações premiadas, acordos de leniência firmados no âmbito do Cade, acordos de cooperação firmados com empresas no âmbito judicial, documentação apreendida pela Polícia Federal e análises estatísticas indicam que a [...] compunha o denominado Clube de empreiteiras, bem como associou-se, de forma ilícita, para dominar o mercado de grandes obras da [...] e para eliminar a real concorrência dos certames licitatórios da companhia estatal”. Vê-se, portanto, que tal conjunto probatório é muito diferente dos documentos que instruem estes autos, que não comprovam o mencionado direcionamento da licitação.

Frise-se, também, que não foi demonstrado como as decisões de não disputar o certame, tomadas pelas sociedades empresárias Educare Distribuidora de Materiais Didáticos – EPP e Didatis Comércio e Serviços em Educação Ltda. – ME, poderiam garantir a vitória da PAE Editora e Distribuidora de Livros Ltda., supostamente favorecida na licitação, especialmente pelo fato de não haver prova de sobrepreço praticado, e de que não competiria a esta Corte questionar tais decisões empresariais, que, aliás, tal como visto nas defesas apresentadas, são plausíveis.

Por conseguinte, ainda que o TCU admita a prova indiciária como meio de demonstração de fraude e/ou conluio em licitações, “[...] há de se ressaltar que os indícios só têm força de prova se ‘vários e concordantes’, conforme decidiu o STF, devendo ser convergentes e concludentes no sentido de que os acusados atuaram diretamente na consecução do ilícito”.

Ante o exposto, na linha do entendimento do Ministério Público de Contas, proponho que este apontamento de irregularidade seja julgado improcedente, tendo em vista que os indícios apresentados não são convergentes, cumulativos e concordantes entre si, sendo, portanto, insuficientes para permitir a comprovação do direcionamento do certame destinado a favorecer a sociedade empresária PAE Editora e Distribuidora de Livros Ltda.

Não obstante, tal constatação não impede que, posteriormente, sejam identificadas provas indiciárias da ilegalidade, como, por exemplo, mediante a realização de inspeção no Címams, conforme proposta que fiz nos autos n. 1102135 e foi aprovada pela Segunda Câmara na sessão do dia 17/6/2021.

3. Irregularidades na disputa dos lotes 5, 6 e 7 e prática de lobby

A Unidade Técnica apontou, ainda, a existência de indícios de fraude na licitação em relação aos lotes 5, 6 e 7 do certame, que foram vencidos pela sociedade empresária Conesul Comercial e Tecnologia Educacional Eireli. Em conformidade com o estudo técnico, tal empresa não poderia ter disputado os mencionados lotes, uma vez que concorria, nos lotes 3 e 4, em consórcio com a empresa Idea Comércio de Jogos Pedagógicos (código do arquivo n. 2208239, peça n. 18, fls. 912/915v).

Em consulta ao *site* da licitante, a Cfel apurou a existência, ainda, de documento denominado “Ata de Registro de Preços”, o que evidenciaria a prática de “venda de ata de registro de

preços”, de *lobby* e de indício de fraude, e que haveria, ainda, instauração de investigação pelo Ministério Público do Estado da Paraíba, em face da referida empresa, para apuração de suposto esquema criminoso na aquisição de materiais didáticos (código do arquivo n. 2327223, peça n. 51).

Com base nesses fundamentos, a Cfel propôs a intimação do Cimams para juntar aos autos cópia integral da fase interna e externa do Processo de Licitação n. 11/2017, Pregão Presencial n. 9/2017, que culminou na ata de registro de preços para fornecimento de brinquedotecas e kits pedagógicos/educativos, a qual teve como fornecedoras as empresas Didatis Comércio e Serviços em Educação Ltda – ME e a Conesul Comercial e Tecnologia Educacional Eireli.

Sobre a existência de fraude na licitação dos lotes 5, 6 e 7, vencidos pela empresa Conesul Comercial e Tecnologia Educacional Eireli, o Ministério Público de Contas não vislumbrou irregularidade, por entender que a mencionada empresa poderia participar da licitação, individualmente e em consórcio, em lotes distintos do certame (código do arquivo n. 2208239, peça n. 18, fls. 939/942v), motivo pelo qual indeferi a solicitação de sua citação (código do arquivo n. 2271321, peça n. 40).

Registro que, em relação à participação da Conesul Comercial e Tecnologia Educacional Eireli no certame, não verifiquei irregularidade, uma vez que as propostas apresentadas às fls. 528/536 e 569/596 (código do arquivo n. 2208233, peça n. 16) comprovaram que a sociedade empresária disputou, em consórcio, os lotes 3 e 4 e concorreu individualmente nos lotes 1, 2, 5, 6 e 7, tal como opinou o *Parquet* Especial e nos termos do entendimento por mim exarado no despacho peça n. 40, código do arquivo n. 2271321.

Nesse cenário, a divisão do objeto licitado em lotes torna a concorrência autônoma em cada um deles, inexistindo, portanto, ofensa ao disposto no art. 33, IV, da Lei n. 8.666/1993, que impede a participação de empresa consorciada, na mesma licitação, por meio de mais de um consórcio ou isoladamente, em consonância com o entendimento do professor Egon Bockmann Moreira, pois “[...] é viável a participação de uma mesma empresa em mais de um consórcio numa mesma licitação, desde que em lotes (ou itens) diferentes e observados os limites expressos do edital.”¹¹

No que se refere à apontada prática de *lobby*, caracterizada por suposta venda de ata de registro de preços, entendo, com a devida vênia, que a Unidade Técnica não especificou de que maneira a sociedade empresária exerceria influência e controle sobre certames realizados pelo poder público, bem como não descreveu os atos ilícitos cometidos pela licitante e os indícios de prática da atividade ilegal.

Nessa perspectiva, as evidências de *lobby*, conforme apurado pela Unidade Técnica, estariam consubstanciadas no resultado do Processo Licitatório n. 11/2017, Pregão Presencial n. 9/2017, que teve como vencedora a Conesul Comercial e Tecnologia Educacional Eireli, e na existência de documento intitulado “Ata de Registro de Preços”, no *site* da mencionada sociedade empresária. Contudo, tal como anteriormente explicitado, considero que tais fatos, por si sós, não são suficientes para comprovar a referida prática de ato ilegal pela licitante e justificar declaração de inidoneidade para licitar e contratar com o poder público.

Ante o exposto, proponho que os apontamentos relacionados às irregularidades na disputa dos lotes 5, 6 e 7 e à prática de *lobby* sejam julgados improcedentes, uma vez que não há irregularidade no fato de a mencionada empresa ter participado do certame individualmente e em consórcio em lotes distintos do certame e em razão de as evidências levantadas pela Unidade

¹¹ Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC) n. 126, ago/2004, p. 756, seção “Direitos dos licitantes e contratados”, título “Os consórcios empresariais e as licitações públicas – Considerações em torno do art. 33 da Lei nº 8.666/93”.

Técnica não serem suficientes para a comprovação da prática de ato ilegal sobre a prática de *lobby* e, assim, fundamentar a aplicação das sanções de declaração de inidoneidade para licitar e contratar com o poder público e da inabilitação para exercer cargo em comissão e função de confiança.

4. Fuga à atividade de controle e suposto dano ao erário indireto

A Unidade Técnica destacou (código do arquivo n. 2194001, peça n. 10) que o desfazimento do procedimento licitatório em análise poderia acarretar dano indireto ao erário, uma vez que implicou gastos de recursos humanos e materiais para realização de contratação que não ocorreu. Alertou, ainda, para a necessidade de serem observados os pressupostos que autorizam a revogação do certame, especialmente após o advento da Lei n. 13.655/2018, e o direito ao contraditório e à ampla defesa das licitantes, nos termos do art. 49, § 3º, da Lei n. 8.666/1993.

Intimado para juntar aos autos prova do fato superveniente que justificou a mencionada revogação do Processo Licitatório n. 30/2019, Pregão Presencial n. 21/2019, bem como a comprovação da abertura de contraditório e ampla defesa às empresas licitantes vencedoras (código do arquivo n. 2220539, peça n. 21), o Cimams esclareceu que, apesar de devidamente instruídas as fases interna e externa, o certame foi revogado em razão da apresentação de diversos questionamentos e do ajuizamento do Mandado de Segurança n. 5014506-54.2019.8.13.0433, além das notícias publicadas em veículos de comunicação sobre a deflagração de procedimento investigatório pela Polícia Federal, denominado “Operação Calvário”, envolvendo uma das empresas participantes do certame (código do arquivo n. 2242669, peça n. 33).

Em reexame, a Unidade Técnica entendeu que haveria tentativa de fuga à atividade fiscalizatória por meio do desfazimento da licitação e, por isso, pugnou pela aplicação de multa ao pregoeiro, Sr. Alisson Rafael Alves dos Santos, signatário da ata da reunião que sugeriu a revogação do certame apontando fatos ilegítimos e extemporâneos (fls. 882 e 883 da peça n. 48 do SGAP), e ao presidente do Cimams, Sr. Edmarcio Moura Leal, signatário do termo de revogação do certame, conforme art. 85, IV, da Lei Complementar Estadual n. 102/2008 (código do arquivo n. 2525702, peça n. 72).

O Ministério Público de Contas, em concordância com a Cfel, por também entender que a revogação do certame teria configurado tentativa dos responsáveis de eximirem-se da atividade fiscalizatória (código do arquivo n. 2535267, peça n. 74), considerou que os atos praticados pelo então pregoeiro e pelo presidente do consórcio fossem julgados irregulares.

Inicialmente, ressalto que a Administração pode rever seus atos, de ofício, mediante prerrogativa da autotutela, anulando-os, quando ilegais, ou revogando-os, em juízo de conveniência e oportunidade. Nesse sentido, vale mencionar a Súmula n. 473 do Supremo Tribunal Federal:

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Neste sentido, o art. 49 da Lei n. 8.666/1993, dispõe sobre o exercício da autotutela no âmbito do processo licitatório, nos seguintes termos:

Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

Assim, tal como destaquei nesta proposta de voto, a revogação do certame provocou a perda de objeto em relação a alguns dos apontamentos da denúncia. Citei, inclusive, nesse sentido, as decisões proferidas no âmbito das Denúncias n. 1054151¹², 1046781¹³, 997611¹⁴ e 1015601¹⁵, em que este Tribunal entendeu que a anulação ou a revogação da licitação ocasionaria a perda de objeto da denúncia ou representação, pois não se produziriam quaisquer efeitos jurídicos passíveis de controle por esta Corte.

Contudo, ante a continuidade da ação de controle, fundamentada em jurisprudência do TCU, a Cfel apontou a existência de dano indireto ao erário, uma vez que teria implicado gastos de recursos humanos e materiais para realização de contratação que não ocorreu, bem como a mencionada fuga ao controle.

Vale mencionar que, embora o ato de revogação seja decorrente de juízo de conveniência da Administração, deve ser fundamentado por razões de interesse público, derivado de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, nos termos do art. 49 da Lei n. 8.666/1993.

A propósito, ressalto que o referido ato está sujeito ao controle desta Corte de Contas, que, aliás, possui competência para efetuar o exame sobre a sua motivação e eventual vínculo entre a decisão tomada e seus fundamentos. Este Tribunal de Contas, inclusive, em resposta à Consulta n. 987977, de relatoria do conselheiro Cláudio Couto Terrão, aprovada por unanimidade na sessão plenária de 22/2/2017, adotou entendimento segundo o qual é possível a revogação de licitação, desde que devidamente “[...] motivada por fatos supervenientes que tenham alterado a conveniência e a oportunidade que originalmente justificaram o ato” – gestor público deve, todavia, caso intente deflagrar nova licitação, “[...] atentar-se para a necessidade de que as ilegalidades ensejadoras da anulação estejam devidamente corrigidas, sob pena de sua conduta ser considerada desvio de finalidade e caracterizada como tentativa de fuga ao controle”.

(Grifei)

Assim, sob o enfoque da teoria dos motivos determinantes, a validade do desfazimento do certame está vinculada às razões declaradas pelo gestor como fundamento para tal decisão. Consoante esta teoria, o motivo indicado como justificativa do ato administrativo discricionário deve ser compatível com a situação que de fato gerou a manifestação de vontade, sob pena de ilegalidade. Nesse sentido, colaciono decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ e pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal – TJDF:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. PROVA DISCURSIVA. RECURSO ADMINISTRATIVO PARCIALMENTE PROVIDO, SEM A ATRIBUIÇÃO RESPECTIVA DOS PONTOS. NULIDADE. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA MOTIVAÇÃO, CONFIANÇA LEGÍTIMA DO ADMINISTRADO E VEDAÇÃO AO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO. 1. Na forma da jurisprudência desta Corte, "a motivação do ato administrativo deve ser explícita, clara e congruente, vinculando o agir do administrador público e conferindo o atributo de validade ao ato. Viciada a motivação, inválido resultará o ato, por força da teoria dos motivos determinantes. Inteligência do art. 50, § 1.º, da Lei n. 9.784/1999" (RMS 59.024/SC, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 08/09/2020). (STJ. REsp 1907044 / GO. Reator: Ministro Benedito Gonçalves. Primeira Turma. Data da Sessão: 10/8/2021).

12 Relator conselheiro Durval Ângelo, Primeira Câmara, sessão do dia 5/2/2019.

13 Relator conselheiro José Alves Viana, Segunda Câmara, sessão do dia 31/1/2019.

14 Relator conselheiro substituto Victor Meyer, Segunda Câmara, sessão do dia 3/9/2020.

15 Relator conselheiro Durval Ângelo, Primeira Câmara, sessão do dia 15/9/2020.

ADMINISTRATIVO. MILITAR. REPOSICIONAMENTO HIERÁRQUICO. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. VINCULAÇÃO. PROMOÇÃO. EFEITOS RETROATIVOS. POSSIBILIDADE.

[...]

3. É entendimento desta Corte que a teoria dos motivos determinantes estabelece que, em havendo motivação escrita, ainda que a lei não determine, passa o administrador a estar vinculado àquela motivação.

4. Hipótese em que se constatava do exame do ato coator e das próprias informações prestadas pela parte demandada que o único obstáculo ao reposicionamento do impetrante à situação hierárquica correspondente ao seu ano de ingresso no serviço militar seria a pendência de recurso ordinário em mandado de segurança no Supremo Tribunal Federal, de modo que, uma vez superado tal óbice, fica provado o direito reclamado.

5. Agravo interno não provido. (STJ. AgInt no MS 21548 / DF. Relator: Ministro Gurgel de Faria. Primeira Sessão. Data da Sessão: 31/8/2021)

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO. CARGO EM COMISSÃO. ATO DISCRICIONÁRIO. LIVRE NOMEAÇÃO E EXONERAÇÃO AD NUTUM. A PEDIDO. MOTIVO E MOTIVAÇÃO. ELEMENTOS DO ATO ADMINISTRATIVO. INCOMPATIBILIDADE ENTRE O MOTIVO EXPRESSO NO ATO E REALIDADE FÁTICA. CONFIGURAÇÃO. NULIDADE DO ATO. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. APLICABILIDADE. SENTENÇA MANTIDA.

[...]

4. Quando a Administração realiza a motivação do ato administrativo, vincula-se a ela, de modo que pela "Teoria dos Motivos Determinantes", a validade desse ato está atrelada à existência e à veracidade dos motivos apontados como fundamentos para a sua adoção.

5. Negado provimento ao reexame necessário e recurso de apelação. (TJDF. Processo n. 20140110639549APO - (0014774-24.2014.8.07.0018 - Res. 65 CNJ). Registro do Acórdão n. 932849. Relator: J.J. Costa Carvalho. Segunda Câmara Cível. Data da Sessão: 6/4/2016).

Vale ressaltar que, no caso em análise, os responsáveis indicaram como motivos que culminaram na revogação do certame a impetração do Mandado de Segurança n. 5014506-54.2019.8.13.0433 pela empresa Poliarte & Cia Ltda. e a instauração de investigação denominada “Operação Calvário”, envolvendo a empresa Conesul Comercial e Tecnologia Educacional Eireli (ata de reunião realizada pelo pregoeiro e a equipe de apoio, documento peça n. 35, código do arquivo n. 2242944, datada de 24/10/2019).

Analisando as razões apresentadas, verifiquei que a referida ação mandamental, impetrada pela empresa Poliarte & Cia Ltda. – MG, foi distribuída em 8/10/2019, e teve a comunicação via sistema expedida em 24/10/2019, mesma data da reunião que decidiu pela revogação da licitação. Tal ação foi extinta por ausência de pressupostos processuais, conforme decisão prolatada em 29/11/2019¹⁶, em razão do “cancelamento do procedimento licitatório”.

No tocante ao motivo apontado, considero importante ressaltar que a judicialização do procedimento licitatório não justifica, por si só, o desfazimento da licitação, uma vez que a submissão do certame à apreciação do Judiciário é relativamente comum, especialmente quando envolve contratações de valor vultoso, como é o caso do procedimento analisado.

¹⁶ Disponível em: <<https://pje.tjmg.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=45e2ab111b3f6710db1a482636a49786e9d3b63c993523>>. Acesso em 16/12/2021.

Além disso, a ata da reunião que decidiu pela revogação do certame mencionou como razão para o seu desfazimento o envolvimento da licitante Conesul Comercial e Tecnologia Educacional Eireli na operação deflagrada pela Polícia Federal denominada “Operação Calvário”. No documento, os responsáveis mencionam que a operação foi amplamente divulgada em *sites* de notícias¹⁷ e, assim, por entenderem que o procedimento instaurado traria insegurança jurídica, decidiram revogar o certame.

Entretanto, como bem ressaltou a Unidade Técnica (código do arquivo n. 2267577, peça n. 38), a matéria mencionada pela defesa não fez qualquer menção à empresa Conesul Comercial e Tecnologia Educacional Eireli ou ao seu proprietário (código do arquivo n. 2327223, peça n. 51). Ressaltou, nesse sentido, que a errata não esclareceu como o Cimams teve notícias do envolvimento da empresa no esquema criminoso, já que a notícia informada pela defesa não fez alusão à referida licitante.

Ademais, a ata da reunião que revogou a licitação tem a data de 24/10/2019, enquanto as matérias mencionadas no documento somente foram divulgadas em 17/12/2019 e 29/1/2020. Assim, tal fato é um forte indício de que a ata de reunião foi elaborada em data posterior à 24/10/2019, uma vez que as notícias nela mencionadas ainda não haviam sido divulgadas na referida data.

Questionados acerca de tal incongruência, os responsáveis informaram que houve erro no *link* e esclareceram que a reportagem correta teria sido divulgada no *site*: <https://g1.globo.com/pb/paraiba/noticia/2019/04/14/operacao-calvario-entenda-investigacao-que-desarticulouesquema-em-hospitais-na-paraiba.ghtml>, código do arquivo n. 2288578, peça n. 48.

Entretanto, não se trata de mero erro na citação de endereço de sítio eletrônico da internet, pois o endereço eletrônico que foi expressamente citado na ata de reunião continha a data da notícia, de 17/12/2019, nos seguintes termos: <https://g1.globo.com/pb/paraiba/noticia/2019/12/17/ex-governador-ricardo-coutinho-e-alvo-da-setima-fase-daoperacao-calvario-na-paraiba.ghtml> (destaquei). Ou seja, o trecho destacado do endereço eletrônico, **2019/12/17**, corresponde justamente à data de publicação da notícia na internet, 17/12/2019. Assim, não há sustentação lógica para que uma notícia publicada na internet apenas em 17/12/2019 constasse em uma ata de reunião que supostamente ocorreu em 24/10/2019. Destaco que a situação evidenciada é grave e, inclusive, pode, em tese, configurar crime, não tendo a errata apresentada para esclarecer o apontamento da Unidade Técnica dissipado as dúvidas sobre o real motivo para a revogação da licitação, pois, embora mencionasse o procedimento instaurado pela Polícia Federal, a notícia jornalística indicada pela defesa não citou a participante Conesul Comercial e Tecnologia Educacional Eireli ou mesmo o seu proprietário, além de haver fortes indícios de que a ata de reunião contida no processo foi elaborada em data posterior àquela da suposta reunião ocorrida em 24/10/2019.

Esclareço, ainda, que mesmo que os responsáveis lograssem êxito em demonstrar que a publicação de notícias sobre a participação da licitante em esquema de desvio de recursos públicos fosse a causa do desfazimento do certame, a solução adotada não se afigurou, com a devida vênia, a mais adequada. Isso porque o procedimento policial instaurado poderia justificar apenas a revogação parcial do certame, abrangendo apenas o lote vencido pela Conesul Comercial e Tecnologia Educacional Eireli. Nesse caso, a manutenção do resultado relativo aos demais lotes do certame se coadunaria com o princípio da conservação dos atos administrativos,

¹⁷ Disponível em: <https://g1.globo.com/pb/paraiba/noticia/2019/12/17/ex-governador-ricardo-coutinho-e-alvo-da-setima-fase-daoperacao-calvario-na-paraiba.ghtml>. Acesso em: 16/12/2021.

² Disponível em: <https://paraibaja.com.br/policia-federal-prende-empresario-foragido-da-operacao-calvario/>. Acesso em: 16/12/2021.

uma vez que não havia motivo para revogação do procedimento em relação aos outros lotes do objeto licitado.

Outrossim, considero que a deflagração de operação policial, para investigação de fatos ocorridos em outro Estado da Federação, também não justifica, por si só, a revogação do certame, notadamente em razão do princípio da presunção de inocência.

Noutro giro, chama atenção a quantidade de denúncias apresentadas ao Tribunal em face de licitações realizadas pelo Cimams, como bem ressaltou a Unidade Técnica (código do arquivo n. 1996325, peça n. 6), nos seguintes termos:

Ademais, impende salientar que, desde o ano passado, esta Unidade Técnica já recebeu considerável número de denúncias em face dos editais de pregão para registro de preços, deflagrados pelo CIMAMS, conforme quadro abaixo, tendo algumas dessas denúncias impugnado também a subjetividade e obscuridade do Consórcio na definição dos itens que compunham o objeto licitado, a saber:

Nº Denúncia	Nº Edital	Objeto Licitado	Status da Licitação
1048059/2018	Edital para Registro de Preços nº 026/2018, Processo Licitatório nº 030/2018	Contratação de empresa para fornecimento de kit de enxoval.	Suspensão
1071521/2019 e 1071564/2019	Edital para Registro de Preços nº 008/2019, Processo Licitatório nº 012/2019	Contratação de pessoa jurídica para o fornecimento de artefatos lúdicos, brinquedos recreativos e mobiliário escolar.	Suspensão
1071548/2019	Edital para Registro de Preços nº 009/2019, Processo Licitatório nº 014/2019.	Contratação de empresa para aquisição de conjuntos científicos, matemáticos, robóticos e equipamentos sensível.	Cancelado
1077017/2019 e 1077020/2019	Edital para Registro de Preços nº 021/2019, Processo Licitatório nº 030/2019.	Contratação de empresa para implantação e fornecimento de projeto para recursos instrutivos.	Revogado
1076975/2019	Edital para Registro de Preços nº 016/2019, Processo Licitatório nº 024/2019.	Contratação de empresa especializada em tecnologia da informação para licenciamento de uso de sistemas de informática integrados para a gestão pública municipal de saúde, com serviços de migração de dados, treinamento, implantação, suporte e manutenção em plataforma de arquitetura no modelo SAAS.	Fase Recursal
1066673/2019	Edital para Registro de Preços nº 002/2019, Processo Licitatório nº 003/2019.	Contratação de empresa para prestação de serviços terceirizados de mão de obra, sem o fornecimento de material.	Ata de Registro de Preços assinada

Neste ponto, importante salientar que, mediante pesquisa realizada no SGAP, constatei e que existem, atualmente, sessenta e uma denúncias em trâmite neste Tribunal em face de licitações deflagradas pelo Cimams. Deste total, quatorze processos foram extintos sem julgamento de mérito por perda de objeto, em razão do desfazimento dos processos licitatórios questionados.

De acordo com o levantamento efetuado, em quase 23% dos procedimentos instaurados o Cimams optou pelo desfazimento da licitação, evitando, desse modo, a análise de mérito das denúncias e eventual condenação dos responsáveis, conforme retratado na tabela abaixo:

Processo n.	Conteúdo da decisão
997813	Extinção do processo sem julgamento do mérito, por perda de objeto do processo em razão da anulação do certame.
1015825	Extinção do processo sem julgamento do mérito, por perda de objeto, em face da anulação do certame.
1024681	Extinção do processo sem julgamento do mérito, por perda de objeto, em face da anulação do certame. Decisão ainda não transitou em julgado.
1054164	Extinção do processo sem julgamento do mérito, por perda de objeto, em face da anulação do certame.
1066827	Extinção do processo sem julgamento do mérito por perda de objeto, em face do cancelamento do certame.
1071521	Extinção do processo sem julgamento do mérito por perda de objeto, em face da revogação do certame.
1071548	Extinção do processo sem julgamento do mérito por perda de objeto, em face da anulação do certame.
1071564	Extinção do processo sem julgamento do mérito por perda de objeto, em face da revogação do certame.
1076850	Extinção do processo sem julgamento do mérito por perda de objeto, em face da anulação do certame.
1077005	Extinção do processo sem julgamento do mérito por perda de objeto, em face do cancelamento do certame.
1082597	Extinção do processo por perda de objeto, em face da anulação do certame.
1098325	Extinção do processo por perda de objeto, em face do desfazimento do certame.
1098328	Extinção do processo por perda de objeto, em face da revogação do certame.
1098343	Extinção do processo por perda de objeto, em face da anulação do certame.

Este quadro de elevada quantidade de processos deste Tribunal extintos por perda de objeto em razão de desfazimento do certame corrobora o apontamento efetuado pela Unidade Técnica e ratificado pelo Ministério Público de Contas relativo à fuga à atividade de controle pelos responsáveis pelo Cimams. Assim, a revogação do certame configurou desvio de finalidade, pois, de fato, ocorreu a prática de “[...] ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência”¹⁸, notadamente ante as inconsistências já apresentadas, pois denota que a revogação do certame licitatório visou a extinção da denúncia instaurada neste Tribunal.

Tais inconsistências, como amplamente demonstrado, estão atreladas ao conteúdo da ata de reunião que decidiu pelo desfazimento do procedimento licitatório, notadamente à menção de notícia inexistente na data da reunião indicada na ata; ao contexto fático em que se deu a consubstanciação do ato, que, conforme visto, afigura-se como prática reiterada dos responsáveis pelo Cimams no âmbito deste Tribunal; além da inadequação da revogação de todo o procedimento licitatório em vez da revogação apenas do lote vencido pela Conesul Comercial e Tecnologia Educacional Eireli.

Destaque-se, por fim, como observou Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁹, em face da grande dificuldade na comprovação do referido desvio de finalidade, não é possível que se demonstre, na prática, a intenção do agente público, pois “[...] o agente não declara a sua verdadeira intenção; ele procura ocultá-la para produzir a enganosa impressão de que o ato é legal”.

¹⁸ MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 14ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 26ª edição. São Paulo: Atlas, 2020.

Portanto, o desvio de finalidade “[...] comprova-se por meio de indícios; são os ‘sintomas’ a que se refere Cretella Júnior (1977: 209-210): a) a motivação insuficiente; b) a motivação contraditória; c) a irracionalidade do procedimento, acompanhada da edição do ato; d) a contradição do ato com as resultantes dos atos; e) a camuflagem dos fatos; f) a inadequação entre os motivos e os efeitos; g) o excesso de motivação”, o que entendo que foi comprovado neste caso.

Ante o exposto, na esteira do entendimento da Unidade Técnica e do Ministério Público de Contas, concluo que houve desvio de finalidade do ato de revogação, uma vez que os responsáveis pela licitação promoveram o seu desfazimento com o propósito de impedir a atividade fiscalizatória desta Corte e, assim, proponho que seja aplicada multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), individualmente, ao Sr. Alisson Alves dos Santos, pregoeiro e signatário da ata da reunião que decidiu pela revogação do certame, e ao Sr. Edmarcio Moura Leal, então presidente do Cimams, com fundamento no disposto no art. 85, IV, da Lei Complementar Estadual n. 102/2008, e do art. 318, IV, do Regimento Interno deste Tribunal.

Noutro giro, observei, com a devida vênia, que os argumentos relacionados a eventuais prejuízos aos cofres públicos foram apresentados de forma genérica, tendo se limitado à arguição de que teriam sido gastos recursos humanos e materiais para realização de contratação que não aconteceu, sem apontar, com detalhes, qual seria o suposto valor do dano ao erário e a efetiva lesão ocorrida, nos termos do que têm exigido a jurisprudência do STJ²⁰ e desta Corte de Contas²¹.

Dessa forma, não tendo a Unidade Técnica se desincumbido de provar o efetivo dano ao erário, julgo improcedente o apontamento apresentado.

Por fim, sobre a suposta afronta ao direito ao contraditório e à ampla defesa apontado pela Unidade Técnica, pertinente destacar a decisão proferida pelo STJ, flexibilizou o disposto no art. 43, § 3º, da Lei n. 8.666/1993, interpretando que tais garantias constitucionais somente deveriam ser observadas após a homologação do certame e adjudicação do objeto, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO LICITAÇÃO MODALIDADE PREGÃO ELETRÔNICO
REVOGAÇÃO CONTRADITÓRIO.

1. Licitação obstada pela revogação por razões de interesse público.
2. Avaliação, pelo Judiciário, dos motivos de conveniência e oportunidade do administrador, dentro de um procedimento essencialmente vinculado.
3. Falta de competitividade que se vislumbra pela só participação de duas empresas, com ofertas em valor bem aproximado ao limite máximo estabelecido.
4. A revogação da licitação, quando antecedente da homologação e adjudicação, é perfeitamente pertinente e não enseja contraditório.
5. Só há contraditório antecedendo a revogação quando há direito adquirido das empresas concorrentes, o que só ocorre após a homologação e adjudicação do serviço licitado.
6. O mero titular de uma expectativa de direito não goza da garantia do contraditório.
7. Recurso ordinário não provido. (STJ. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. n. 200602710804, Relatora: Eliana Calmon. Segunda Turma. Data da Sessão: 18/3/2008).

Ademais, ressalto o entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro²² neste sentido, isto é, de que há possibilidade de supressão do contraditório e da ampla defesa nos casos em que o

²⁰ AgInt no REsp 1451163/PR, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 5/6/2018, DJe 11/6/2018.

²¹ Processo Administrativo n. 54174, em sessão da Segunda Câmara do dia 13/2/2020, de minha relatoria.

²² Direito Administrativo, 33ª ed., revista atualizada e ampliada, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020, pág. 487.

desfazimento do processo de contratação ocorra antes da homologação do certame e da adjudicação do objeto, uma vez que a “[...] adjudicação é ato discricionário pelo qual a Administração entrega ao vencedor o objeto da licitação. É ato discricionário no sentido de que a Administração pode deixar de praticá-lo, revogando a licitação”.

Desse modo, o caso em análise se amolda à hipótese apreciada no julgado do STJ que dispensou a observância do contraditório e da ampla defesa, uma vez que não ocorreu a adjudicação do objeto e a homologação do certame, não havendo, portanto, que se falar em irregularidade.

Diante do exposto, proponho que seja julgado procedente o apontamento complementar apresentado pela Unidade Técnica relativo à tentativa de fuga à atividade de controle, uma vez que inexistem pertinência e adequação dos fundamentos de fato explicitados no ato de revogação do certame, sobressaindo do contexto fático que o desfazimento da licitação teve o objetivo de evitar atividade fiscalizatória, o que configura desvio de finalidade e justifica a imposição da multa prevista no art. 85, IV, da Lei Orgânica deste Tribunal ao Sr. Alisson Alves dos Santos, pregoeiro e signatário da ata que revogou a licitação, bem como ao Sr. Edmarcio Moura Leal, então presidente do Cimams.

Contudo, proponho que sejam julgados improcedentes os demais apontamentos complementares efetuados pela Unidade Técnica referentes ao dano indireto ao erário e à inobservância ao contraditório e à ampla defesa, uma vez que a lesão ao patrimônio público não ficou demonstrada e o certame não havia sido adjudicado e homologado, hipótese em que a jurisprudência do STJ dispensa a observância do contraditório e da ampla defesa.

5. Descumprimento de determinação exarada por este Tribunal

Mediante despacho disponível no SGAP como peça n. 40, código do arquivo n. 2271321, determinei que o Cimams fosse intimado, na figura de seu representante, para que encaminhasse a este Tribunal os documentos relativos ao Processo Licitatório n. 11/2017, Pregão Presencial n. 9/2017, especificamente “o estudo de demanda, o termo de referência, a pesquisa de preços, a ata da sessão do pregão e respectivo mapa de apuração de lances, o termo de adjudicação, a ata de registro de preços, os contratos eventualmente firmados e as notas de empenho emitidas e todos os documentos relativos às fases posteriores à etapa de apresentação das amostras”, com o objetivo de melhor instruir o feito e verificar, conforme pontuado em exame da Unidade Técnica (código do arquivo n. 21940001, peça n. 10), possível conluio entre os participantes do certame objeto dos autos.

Nesses termos, a Secretaria da Segunda Câmara realizou a intimação (código do arquivo n. 2274383, peça n. 41), via e-mail (código do arquivo n. 2274462, peça n. 42), tendo sido acusado o seu recebimento pela Comissão de Licitação do referido consórcio.

O Cimams manifestou-se parcialmente sobre o despacho, por intermédio de seus procuradores (código do arquivo n. 2288591, peça n. 44), prestando informações especialmente a respeito da justificativa que ensejou a revogação do edital n. 30/2019, Pregão Presencial n. 21/2019, objeto destes autos, apresentando em seguida cópias do processo referente a este certame (códigos dos arquivos n. 2288596, 2288597 e 2288578, como peças n. 46 a 48). Entretanto, conforme bem pontuou a Unidade Técnica em seus exames (códigos dos arquivos n. 2327223 e 2525702, peças n. 51 e 72) e o *Parquet* Especial (código do arquivo n. 2535267, peça n. 74), não foi apresentada cópia dos documentos relativos ao Processo Licitatório n. 11/2017, Pregão Presencial n. 9/2017, restando, assim, descumprida a determinação exarada.

Com efeito, o descumprimento de determinação advinda deste Tribunal de Contas enseja a aplicação de multa, conforme previsto no art. 85, III, da Lei Complementar Estadual n. 102/2008 c/c o art. 318, III, do Regimento Interno desta Casa. Vale mencionar, ainda, que a

intimação eletrônica é meio de comunicação oficial dos atos desta Corte, que conta, inclusive, com previsão regimental, consubstanciada no disposto no art. 166, § 1º, VI, da Resolução n. 12/2008 do TCEMG.

Frise-se, neste sentido, que o reconhecimento da inexistência de provas das irregularidades aqui apontadas, quais sejam, de suposto direcionamento, conluio e prática de *lobby*, não são suficientes para desobrigar os responsáveis de arcar com o seu dever, visto que o objetivo do comando era exatamente o de adicionar o substrato probatório presente no feito, o que não foi observado pelos agentes responsáveis do Cimams. Buscar-se-ia, com os documentos pleiteados, verificar a situação das empresas participantes “Didatis Comércio e Serviços em Educação Ltda. – ME” e “Conesul Comercial e Tecnologia Educacional Eireli” no Pregão Presencial n. 9/2017, levando em conta principalmente que o objeto da ata de registro de preços desta licitação em muito se assemelhava com o da questionada nestes autos, sendo ambas promovidas pelo Cimams. Visava-se, assim, melhor apuração dos apontamentos de irregularidade e possível comparação dos quadros fáticos, a fim de analisar eventual prática de *lobby* entre as participantes, e, portanto, o descumprimento de ordem desta Casa se deu com prejuízo à atividade de controle.

Destaco, ademais, que não há que se cogitar em eventual desconhecimento da mencionada intimação por parte gestor público, uma vez que o referido representante do Cimams chegou a enviar parte da documentação requisitada no citado despacho, que, aliás, foi regularmente recebido pela Comissão de Licitação do referido consórcio.

Ressalto, por fim, que a Unidade Técnica informou, em seu estudo (código do arquivo n. 21940001, peça n. 10), que o processo referente ao certame realizado em 2017 não se encontrava disponível no *site* do Cimams, o que agrava a conduta por ele adotada, diante da indisponibilidade de outros possíveis meios para consulta à documentação.

Ante todo o exposto, tendo em vista as manifestações da Unidade Técnica e do Ministério Público de Contas, proponho a aplicação de multa de R\$ 2.000,00 ao Sr. Edmarcio Moura Leal, pelo descumprimento do despacho que determinou o encaminhamento da documentação relativa ao Processo Licitatório n. 11/2017, Pregão Presencial n. 9/2017, consoante o disposto no art. 85, III, da Lei Complementar Estadual n. 102/2008 e no art. 318, III, do Regimento Interno desta Corte.

III – CONCLUSÃO

Diante do exposto, proponho a extinção do processo, sem julgamento de mérito, com o consequente arquivamento dos autos, nos termos do art. 176, III, da Resolução n. 12/2008 c/c o art. 485, IV, do Código de Processo Civil, aplicável supletivamente ao Regimento Interno por força de seu art. 379, em relação aos apontamentos de irregularidade constantes das denúncias apresentadas, diante da perda de objeto decorrente da revogação do Processo Licitatório n. 30/2019, Pregão Presencial n. 21/2019, deflagrado pelo Cimams.

Proponho, ainda, que os apontamentos complementares apresentados pela Unidade Técnica sejam julgados parcialmente procedentes, nos termos do art. 196, § 2º, do Regimento Interno c/c o art. 487, I, do Código de Processo Civil, e que seja aplicada multa:

- a) no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), individualmente, ao Sr. Alisson Alves dos Santos, pregoeiro e signatário da ata da reunião que decidiu pela revogação do certame, e ao Sr. Edmarcio Moura Leal, então presidente do Cimams, uma vez que o desfazimento da licitação configurou desvio de finalidade, em verdadeira fuga ao controle externo realizado por esta Corte, com fundamento

no disposto no art. 85, IV, da Lei Complementar Estadual n. 102/2008, e do art. 318, IV, do Regimento Interno deste Tribunal;

- b) no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) ao Sr. Edmarcio Moura Leal, então presidente do Cimams, pelo descumprimento do despacho que determinou o encaminhamento da documentação relativa ao Processo Licitatório n. 11/2017, Pregão Presencial n. 9/2017, nos termos do art. 85, III, da Lei Complementar Estadual n. 102/2008 c/c o art. 318, III, do Regimento Interno desta Corte.

Comuniquem-se as denunciantes pelo DOC e intimem-se os responsáveis por via postal e pelo DOC, bem como o Ministério Público de Contas, na forma regimental.

Promovidas as medidas cabíveis à espécie, arquivem-se os autos, nos termos do art. 176, I, do Regimento Interno.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

De acordo.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

Peço vista.

CONSELHEIRO PRESIDENTE GILBERTO DINIZ:

VISTA CONCEDIDA AO CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO.

(PRESENTE À SESSÃO O PROCURADOR MARCÍLIO BARENCO CORRÊA DE MELLO.)

**RETORNO DE VISTA
NOTAS TAQUIGRÁFICAS
PRIMEIRA CÂMARA – 27/9/2022**

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

I – RELATÓRIO

Tratam os autos de denúncia apresentada por Edulab Comércio de Produtos e Equipamentos Ltda., peça 14 do SGAP, em razão de supostas irregularidades no Processo Licitatório n. 30/2019, Pregão Presencial n. 21/2019, deflagrado pelo Consórcio Intermunicipal Multifinalitário da Área Mineira da Sudene – Cimams, tendo como objeto o registro de preços para futura e eventual contratação de empresa especializada na implantação e fornecimento de projeto para recursos instrutivos, com objetivo de atender às necessidades dos municípios integrantes do referido consórcio.

Na 1ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara, realizada no dia 08/02/2022, o Conselheiro Relator, Adonias Monteiro apresentou a seguinte proposta de voto:

Diante do exposto, proponho a extinção do processo, sem julgamento de mérito, com o consequente arquivamento dos autos, nos termos do art. 176, III, da Resolução n. 12/2008

c/c o art. 485, IV, do Código de Processo Civil, aplicável supletivamente ao Regimento Interno por força de seu art. 379, em relação aos apontamentos de irregularidade constantes das denúncias apresentadas, diante da perda de objeto decorrente da revogação do Processo Licitatório n. 30/2019, Pregão Presencial n. 21/2019, deflagrado pelo Cimams.

Proponho, ainda, que os apontamentos complementares apresentados pela Unidade Técnica sejam julgados parcialmente procedentes, nos termos do art. 196, § 2º, do Regimento Interno c/c o art. 487, I, do Código de Processo Civil, e que seja aplicada multa:

- a) no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), individualmente, ao Sr. Alisson Alves dos Santos, pregoeiro e signatário da ata da reunião que decidiu pela revogação do certame, e ao Sr. Edmarcio Moura Leal, então presidente do Cimams, uma vez que o desfazimento da licitação configurou desvio de finalidade, em verdadeira fuga ao controle externo realizado por esta Corte, com fundamento no disposto no art. 85, IV, da Lei Complementar Estadual n. 102/2008, e do art. 318, IV, do Regimento Interno deste Tribunal;
- b) no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) ao Sr. Edmarcio Moura Leal, então presidente do Cimams, pelo descumprimento do despacho que determinou o encaminhamento da documentação relativa ao Processo Licitatório n. 11/2017, Pregão Presencial n. 9/2017, nos termos do art. 85, III, da Lei Complementar Estadual n. 102/2008 c/c o art. 318, III, do Regimento Interno desta Corte.

Comuniquem-se as denunciantes pelo DOC e intimem-se os responsáveis por via postal e pelo DOC, bem como o Ministério Público de Contas, na forma regimental.

Promovidas as medidas cabíveis à espécie, arquivem-se os autos, nos termos do art. 176, I, do Regimento Interno.

O Conselheiro José Alves Viana acolheu a proposta e, em seguida, pedi vista dos autos para maior compreensão da matéria.

II – FUNDAMENTAÇÃO

O relator destaca do parecer da Unidade Técnica que “o desfazimento do procedimento licitatório em análise poderia acarretar dano indireto ao erário, uma vez que implicou gastos de recursos humanos e materiais para realização de contratação que não ocorreu”. Aduz que as justificativas apresentadas pela Cimams para revogação do certame não foram específicas, mencionando apenas o ajuizamento do Mandado de Segurança n. 5014506-54.2019.8.13.0433 e as notícias publicadas em veículos de comunicação sobre a deflagração de procedimento investigatório pela Polícia Federal, denominado “Operação Calvário”.

Explica, ainda, o relator, que a Administração pode rever seus atos, de ofício, mediante prerrogativa da autotutela, pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, conforme dispõe o art. 49 da Lei n. 8.666/1993, entretanto, ante a continuidade da ação de controle, é necessário verificar a existência de dano indireto ao erário.

O relator também assevera que o ato de revogação do certame está sujeito ao controle desta Corte de Contas, “que, aliás, possui competência para efetuar o exame sobre a sua motivação e eventual vínculo entre a decisão tomada e seus fundamentos”. Ou seja, a validade do desfazimento do certame estaria ligada as razões declaradas pelo gestor como fundamento para sua decisão.

Verifica-se, conforme mencionado na proposta de voto, que o Mandado de Segurança “impetrado pela empresa Poliarte & Cia Ltda. – MG, foi distribuído em 8/10/2019, e teve a comunicação via sistema expedida em 24/10/2019, mesma data da reunião que decidiu pela revogação da licitação”. E, ainda, que a ação mandamental foi extinta por ausência de pressupostos processuais, quando o procedimento licitatório foi cancelado.

O relator conclui que a judicialização do procedimento licitatório não justifica o desfazimento da licitação, porque em caso de contratações vultuosas, principalmente, esses questionamentos são comuns.

O relator também justifica a multa imputada aos gestores relatando as inúmeras denúncias apresentadas ao Tribunal em face de licitações realizadas pelo Cimams, bem como a quantidade de certames revogados que impediram a análise do mérito e, conseqüentemente, uma possível condenação por este Tribunal.

O cerne da questão cinge-se a ausência de comprovação, por parte da Cimams, de fato superveniente que justifique a revogação do certame nos termos do art. 49 da Lei 8.666/93, conforme restou cabalmente demonstrado nos autos.

Assim, acolho a proposta de voto e julgo procedente o apontamento complementar apresentado pela Unidade Técnica relativo à tentativa de fuga à atividade de controle, uma vez que inexistente pertinência e adequação dos fundamentos de fato explicitados no ato de revogação do certame, sobressaindo do contexto fático que o desfazimento da licitação teve o objetivo de evitar atividade fiscalizatória, bem como acolho a proposta de voto, em relação a multa imposta ao Sr. Edmarcio Moura Leal, então presidente do Cimams, pelo descumprimento do despacho que determinou o encaminhamento da documentação relativa ao Processo Licitatório n. 11/2017, Pregão Presencial n. 9/2017, no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

III – CONCLUSÃO

Pelo exposto e após examinar os autos e estudar detidamente o processo, acolho a proposta de voto do relator por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Cumpridas as disposições regimentais, archive-se os autos.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO HAMILTON COELHO:

Acompanho o Relator.

CONSELHEIRO PRESIDENTE EM EXERCÍCIO JOSÉ ALVES VIANA:

FICA ACOLHIDA A PROPOSTA DE VOTO.

(PRESENTE À SESSÃO A PROCURADORA ELKE ANDRADE SOARES DE MOURA.)

* * * * *