

GRUPO I – CLASSE I – Plenário

TC 015.239/2012-8.

Natureza: Pedido de Reexame (em Relatório de Auditoria).

Órgão/Entidade: Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – SLTI/MP.

Responsáveis: Abdias da Silva Oliveira (331.615.501-53); Alvina Costa Messias (691.169.381-00); Center Sponchiado Ltda. (04.418.934/0001-07); Delfino Natal de Souza (007.561.318-20); Francisco de Oliveira Quércia (194.053.162-49); G P Mattara Suprimentos Para Informática - ME (05.114.599/0001-08); José Henrique Araújo dos Santos (905.206.707-44); Kimicalbino Comércio Atacadista de Material de Laboratório Ltda. (05.054.633/0001-04); Laudemar Gonçalves de Aguiar Neto (627.606.027-53); Luiz Antônio de Souza Cordeiro (097.834.401-44); Natanael Luiz Zotelli Filho (085.046.476-50); Rei-Labor Comércio de Produtos para Laboratórios Ltda. (01.293.314/0001-92); Sigma-Aldrich Brasil Ltda. (68.337.658/0001-27); Valdelário Farias Cordeiro (342.953.302-30); e Vetec Química Fina Ltda. (29.976.032/0001-09).

Recorrentes: Sigma-Aldrich Brasil Ltda. (68.337.658/0001-27); e Vetec Química Fina Ltda. (29.976.032/0001-09).

Representação legal:

De Sigma-Aldrich Brasil Ltda. e Vetec Química Fina Ltda.:

- Fernando Antônio Albino de Oliveira (OAB/SP 22.998); Pedro S. C. Zanotta (OAB/SP 48.814); Diogo Dias (OAB/SP 167.335-A); Raquel Batista de S. Franca (OAB/SP 243.100-A); Alessandra Ferrara Américo Garcia (OAB/SP 246.221); Ana Paula Nascimento dos Reis Sousa (OAB/SP 249.826); Nicole Ehrentreich (OAB/SP 323.237); e Bruna Taiany de Paiva (OAB/SP 333.810) – peças 295 e 296;

- Adriana Mourão Nogueira (OAB/DF 16.718); Érica Bastos da Silveira Cassini (OAB/DF 16.124); e Paulo Henrique Monteiro da Silva (OAB/DF 39.327) – peça 326;

- Vítor Amauri Antunes (OAB/SP 344.367) – peça 509;

- Luana Maciel Pinheiro Dantas (OAB/SP 344.281) – peça 571;

De Rei-Labor Comércio de Produtos para Laboratórios Ltda. –

Eireli: Carlos Alberto de Assis Santos (OAB/SP 85.811) – peça 301;

De G P Mattara Suprimentos para Informática - ME: Clóris de Fátima Campestrini (OAB/PR 28.734) – peça 307;

De Natanael Luiz Zotelli Filho: Glauco Lubacheski de Aguiar (OAB/MS 9.129); Fábio Alves Monteiro (OAB/MS 9.130); Evandro Silva Barros (OAB/MS 7.466) e Gabriel de Freitas Mandruzzato (OAB/MS 15.038) – peças 338 e 342;

De Vetec Química Fina Ltda.:

- Rabih Nasser (OAB/SP 148.957); Sérgio Zahr Filho (OAB/SP 154.688); Anderson Stefani (OAB/SP 229.381); André Martin (OAB/SP 234.170); Ticiania Liarte de Meo (OAB/SP 257.539);

Fernando Stefanelli Galucci (OAB/SP 299.880); Tiago Adão Ticoulat Parassú Borges (OAB/SP 305.391); e Ana Úngari Dal Fabbro (OAB/SP 329.713) – peça 354;

- Victor Ferreira Gomes (OAB/SP 313.941) – peça 375;

- Rafael Setoguti Júlio Pereira (OAB/SP 319.367) – peça 506.

SUMÁRIO: AUDITORIA PARA VERIFICAÇÃO DO CUMPRIMENTO DO ART. 7º DA LEI 10.520/2002. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSITIVO LEGAL POR DIVERSAS UNIDADES. REINCIDÊNCIA DE EMPRESAS NAS CONDUTAS TIPIFICADAS NO ART. 7º. FRAUDE A LICITAÇÕES. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE DE EMPRESAS ENVOLVIDAS. PEDIDO DE REEXAME. ELEMENTOS RECURSAIS CAPAZES DE ALTERAR O MÉRITO DA DELIBERAÇÃO RECORRIDA. NÃO COMPROVAÇÃO DA CONDUTA DOLOSA INDISPENSÁVEL À CONFIGURAÇÃO DO TIPO SUBJETIVO DE FRAUDE À LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DA SANÇÃO DE INIDONEIDADE PREVISTA NO ART. 46 DA LO/TCU. CONHECIMENTO. PROVIMENTO TOTAL. INSUBSISTÊNCIA DE SUBITEM DO ACÓRDÃO.

RELATÓRIO

Adoto como relatório a ulterior instrução produzida no âmbito da Secretaria de Recursos (peça 573), que contou com a anuência do escalão dirigente da unidade técnica especializada (peça 574).

“INTRODUÇÃO

Trata-se de Relatório de Auditoria realizada pela Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação – Sefti na Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – SLTI/MP, com o objetivo de aprofundar a investigação dos fatos relatados nos achados 3.2 e 3.3 do TC 011.643/2010-2, que originou o acórdão 1.793/2011-Plenário, auditoria esta autorizada pelo acórdão 1.273/2012-Plenário.

2. *Por meio do Acórdão 754/2015-Plenário, subitem 9.4 (peça 455), este Tribunal rejeitou as justificativas apresentadas pelas empresas Vetec Química Fina Ltda. (CNPJ 29.976.032/0001-09) e Sigma-Aldrich Brasil Ltda. (CNPJ 68.337.658/0001-27) quanto à fraude cometida no Pregão 22/2011, promovido pelo Laboratório Nacional Agropecuário no Rio Grande do Sul, e declarou a inidoneidade de ambas para participar, por dois anos, de licitação da Administração Pública Federal.*

3. *Inconformadas, as aludidas empresas apresentaram os Pedidos de Reexame constantes das peças 508 e 509, os quais serão analisados a seguir.*

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

4. *Ratificam-se os exames de admissibilidade feitos por esta Serur (peças 511, 512 e 513), com os quais concordou o Relator ad quem (peça 517), no sentido de conhecer do presente Pedido de*

Reexame, nos termos do artigo 48 da Lei 8.443/1992, c/c os artigos 285 e 286, parágrafo único, do RI/TCU, suspendendo-se os efeitos do item 9.4 do Acórdão 754/2015-Plenário em relação aos recorrentes.

EXAME TÉCNICO

Argumentos – Vetec Química Fina Ltda. (peça 508)

5. *Após fazer um breve histórico processual, a recorrente afirma que o acórdão recorrido deixou de abordar, ou abordou parcialmente, questões que demandam maior atenção e análise, dada a sua relevância para o deslinde deste processo, o que poderia resultar numa apreciação incorreta da realidade. Aduz que a real compreensão da vontade dos agentes é um elemento interno sem o qual o ilícito de fraude não subsiste. Argumenta que a declaração de inidoneidade que impede a participação em licitações por dois anos é excessivamente rigorosa, em descompasso com a realidade, pois se trata de aspecto de suma importância para a Vetec e sua atividade empresarial, merecendo melhor investigação para que se verifique sua pertinência e razoabilidade. Então, passa a discorrer sobre as razões pelas quais crê que o acórdão recorrido merece ser reformado.*

6. *Assevera que o acórdão recorrido tem como premissa a suposta fraude à licitação que teria existido em decorrência de diversas ações e omissões praticadas dolosamente pela Vetec. Anota que, baseando-se em indícios frágeis, chegou-se à forçada conclusão de que houve intenção clara e comprovada de se fraudar determinados pregões, referindo-se, nos casos das empresas Vetec e Sigma, ao Pregão 22/2011, promovido pelo Lanagro/RS, sendo este o único motivo pelo qual as aludidas empresas foram condenadas neste processo. Afirma que não houve, nos autos, comprovação dessa intenção. Aduz ter havido presunção por indícios que, contudo, não resistem a uma análise detida, pois o que ensejou a condenação das empresas foi apenas a sua participação conjunta nos pregões, mesmo havendo relação societária entre elas.*

7. *Argumenta que demonstrará a ausência de indícios conducentes à caracterização do dolo, eis que a tarefa de condenar por dolo exige um rigoroso sistema de provas, o que inexiste no presente caso. Em primeiro lugar, cita a fragilidade da conclusão de que teria havido dolo em função da existência de 116 propostas desclassificadas apresentadas pela Vetec. Aduz que tal interpretação é frágil e não apresenta instrumentos seguros para perquirir a fundo a vontade do agente de fraudar e de beneficiar a si ou a outrem, elemento indispensável para a configuração do elemento subjetivo do delito de fraude à licitação. Conclui que utilizar tal dedução para concluir pela ocorrência do dolo pode caracterizar temeridade.*

8. *Afirma que motivos escusáveis foram trazidos na defesa da Vetec (ausência de motivação para fraudar a licitação, seja econômica, seja comercial) e erros justificáveis (edital mal formulado, falta de orientação do pregoeiro, documentação em desconformidade etc.) configuram uma ampla e forte gama de fatos que obstam a caracterização da conduta da Vetec como dolosa. Assevera que não há nenhum documento ou prova que comprove que a Vetec agiu no interesse de si ou de outrem, e com o intuito de fraudar a administração pública, seja no Pregão 22/2011, seja nos demais pregões. Traz à baila doutrina de Marçal Justen Filho e julgado do STJ, mediante os quais se afirma que a intenção de obter vantagem para si ou para outrem é um elemento indispensável à configuração do tipo subjetivo de fraude à licitação (conforme tipificado pelo art. 90 da Lei 8.666/1993). Conclui que a mera constatação da existência de um conjunto de desclassificações em licitações não autoriza, por si só, a presunção da presença de dolo específico. Anota que se faz mister apresentar provas contundentes que atestem o animus de ludibriar do agente, o que não se vislumbra nos presentes autos.*

9. *Afirma que não há nenhum documento que demonstre que a Vetec, naqueles lances em que houve sua desclassificação, desejou orquestrar propostas ou criar estratégias de modo a frustrar a competição. Assevera que o próprio Voto da Relatora indica a severidade com que se trata a questão da prova do dolo ou má-fé para configuração da fraude à licitação. Conclui que o dolo não existiu nas condutas, tendo em vista que a desqualificação é corriqueira. Aduz estar isso refletido não só nas empresas, mas também nos próprios pregoeiros, cujo comportamento vai no sentido de permitir ou ao menos tolerar tal situação, o que claramente depõe a favor da boa-fé das partes envolvidas.*

10. *Conclui que não prospera a condenação da Vetec pela simples suposição de que condutas reiteradas demonstram o agir doloso do agente, pois é preciso que exista evidência contundente da intenção de ludibriar. Aduz que, caso contrário, outras razões prevalecem para justificar o padrão de comportamento, como a negligência ou a inexperiência, os quais julga insuficientes para ensejar a condenação.*

11. *Cita conclusão do Plenário desta Corte no sentido de que o Contrato de Compra e Venda de Quotas Sociais é considerado eficaz desde a data da celebração (23/05/2011), tendo em vista a aprovação da operação pelo Cade. No entanto, aponta que não havia integração efetiva nem unidade de decisão e comando entre Sigma e Vetec, quando esta participou do Pregão 22/2011. Afirma que, apesar de o contrato ter sido firmado na data mencionada, a conclusão da operação e a unificação do comando e das estratégias das empresas não ocorreram na mesma data. Alega que isso se deu porque havia uma pendência regulatória com o Cade que tornava essa integração arriscada e, portanto, não recomendável. Anota que o procedimento feito pelo Cade pode ter 3 resultados possíveis: aprovação, aprovação com reservas e desaprovação da operação. Assevera que somente faria sentido econômico uma integração definitiva quando obtivessem um resultado favorável.*

12. *Argumenta que, no mundo real, não se pode admitir a premissa adotada no acórdão, no sentido de que, em função da transferência de quotas do capital social, haveria plena coordenação e unidade de comando e estratégia entre Sigma e Vetec. Conclui que não pode uma penalidade tão grave como a inidoneidade ser baseada em provas circunstanciais, sem a apresentação de evidências cabais. Alega que Vetec e Sigma permaneciam atuando autônoma e independentemente quando da participação no Pregão 22/2011, não existindo, à época, controle operacional da Sigma sobre a Vetec. Anota que as estruturas das empresas provam isso, pois uma estava localizada no Rio de Janeiro e a outra em São Paulo, tendo cada uma um Serviço de Relacionamento com o Consumidor (SAC) e um departamento de licitações. Afirma também que as empresas possuíam sistemas de logística e de informática independentes.*

13. *Alega que foram considerados indícios de fraude à licitação: (i) a participação da controladora e da controlada na mesma licitação; (ii) a dinâmica dos lances e um certo padrão observável nas condutas das empresas. Assevera que tal leitura é inapropriada. Afirma que se trata de 2 pessoas jurídicas distintas que desenvolvem atividades empresariais paralelas, muitas vezes competindo entre si. Anota que, apesar de a Vetec oferecer em seu portfólio produtos aparentemente similares aos da Sigma, ambas têm marcas, origens e modos de fabricação distintos e que atendem a posicionamentos diferentes de mercado. Conclui que isso explica a diferença de preços entre os produtos da Vetec e os da Sigma, pois os produtos desta são fabricados no exterior, e os daquela são produzidos no Brasil, sem a incidência dos custos inerentes à importação, e, portanto, de preço normalmente inferior. Anexa a tabela de preços da Vetec, buscando demonstrar que seus preços são inferiores aos da Sigma. Alega que a Vetec dava lances menores no pregão, porque seus produtos serem mais econômicos, ao passo que a Sigma, por oferecer produtos mais caros, não acompanhava aqueles lances.*

14. *Afirma que a Vetec não fixava artificial e arbitrariamente seus valores com o objetivo de frustrar pregões, sendo seus preços fixados de acordo com a média do mercado. Cita o item 76 do pregão como exemplo, envolvendo a empresa ALZ. Assevera que os lances dados pela Vetec no Pregão 22/2011 foram pautados pela média de mercado, procurando ser os mais reduzidos e competitivos. Por outro lado, afirma que, em 3 itens do pregão, a Vetec ofereceu produtos com valores superiores aos da Sigma. Conclui que isso faz cair por terra o argumento de que a Vetec agia como 'coelho'.*

15. *Aduz que a Vetec e a Sigma não participaram do pregão para unir esforços e frustrar a competição. Anota que cada uma tomou sua decisão de forma autônoma, objetivando ganhar a licitação. Menciona os itens 3, 19, 20, 26, 28, 44, 49, 51, 52, 61, 95, 115 e 120 do pregão, afirmando que a Vetec e a Sigma entraram em acirrada disputa e fizeram lances competitivos entre si. Argumenta que não se pode cogitar de conluio, quando há efetiva e legítima competição de preços entre as duas empresas, cujo resultado é uma possível diminuição do lucro possível de ambas. Conclui que, se elas estivessem realmente em conluio, esse comportamento simplesmente não faria nenhum sentido do ponto de vista econômico ou empresarial.*

16. *Destaca que a Vetec participou de 39 itens (5, 8, 9, 14, 15, 16, 22, 23, 29, 30, 36, 38, 39, 43, 45, 46, 48, 54, 59, 61, 63, 67, 71, 72, 73, 76, 77, 78, 79, 96, 97, 100, 101, 102, 105, 110, 113, 117 e 118) sem a concorrência da Sigma. Aduz que esta, por seu lado, participou de 20 itens (1, 11, 13, 21, 27, 47, 50, 55, 62, 64, 66, 68, 69, 74, 80, 82, 98, 112, 116 e 121), sem a presença da Vetec. Afirma que as duas empresas somente coincidiram em outros 41 itens, conforme observado pelo Relatório. Conclui que as duas empresas não tinham o mesmo escopo de atuação, portando seus produtos características não equivalentes e atendendo a mercados distintos. Entende que isso afasta a tese de conluio típico de 'coelho'.*

17. *Ressalta que houve outros pregões dos quais a Sigma não participou em que a Vetec foi igualmente desqualificada. Assevera que nem por isso se pode supor que ela tenha atuado em conluio com outras participantes para fraudar aqueles certames. Evoca doutrina de Marçal Justen Filho para reafirmar que a intenção de fraudar e o objetivo de obtenção de vantagem são dois elementos indissociáveis e devem estar presentes para compor o tipo subjetivo da fraude. Aduz que, no entanto, o Acórdão não aponta a presença desses requisitos à luz do Pregão 22/2011, nem tampouco o faz quanto aos demais pregões. Anota que, em nenhum caso, comprovou-se ter havido a prática maliciosa pela Vetec, e nem o objetivo de obtenção de vantagem para si ou para outrem.*

18. *Esclarece que, desde a plena integração da Vetec e Sigma, ocorrida em 2013, as empresas vêm intensificando seus altos padrões de governança corporativa, adotando medidas como: segregação de funções, controles internos, procedimentos operacionais e políticas internas de compliance.*

19. *Afirma que, mesmo um leigo, sem familiaridade com o Direito, ao se deparar com o conteúdo do presente caso, indagaria por que houve a condenação da Vetec e Sigma e a absolvição das demais partes acusadas, sendo que contra todas pesavam acusações semelhantes (calcadas em circunstâncias semelhantes). Nesse diapasão, anota que as empresas Rei-Labor Comércio de Produtos para Laboratórios, Center Sponchiado, Kimicalbino Comércio Atacadista de Material de Laboratório e G P Mattara Suprimentos para Informática tiveram um número de propostas desqualificadas mais alto que o da Vetec.*

20. *Agrega que, no caso da Rei-Labor, houve tiveram 170 propostas desistidas espontaneamente, do total de 415 propostas desqualificadas, além do fato de que a mesma empresa também realizou*

propostas iniciais que chegaram a ser 1.700% maiores que o valor inicial estimado no edital. Por outro lado, a Center Sponchiado, de forma semelhante ao caso da Vetec no tocante aos motivos de desqualificação, das 405 propostas desqualificadas analisadas, teve 285 propostas rejeitadas por desacordo do produto e/ou da proposta ao edital, representando 70% do total de suas propostas rejeitadas. Por seu turno, a Kimicalbino, teve 61% do total de propostas desqualificadas a pedido do licitante. Por sua vez, a G P Mattara teve 77% do total de propostas desqualificadas por desacordo do produto e/ou da proposta ao edital.

21. *No que tange aos motivos pelos quais as propostas foram desqualificadas, afirma que a Vetec apresentou 83% das desqualificações em razão de desacordo do produto e/ou da proposta ao edital. Salaria que este número é muito próximo ao que G P Mattara e a Center Sponchiado apresentaram. Ainda assim, afirma que se decidiu não aplicar nenhuma penalidade às últimas duas, enquanto que à Vetec se impôs a medida mais rigorosa existente nesta Corte de Contas. Conclui que o Acórdão considerou que a relação societária entre Vetec e Sigma justifica um tratamento desigual. Argumenta que, além de se desconsiderar que não havia integração operacional entre as duas, olvida-se que as práticas de que são acusadas, se comparadas às das demais empresas, são menos relevantes quanto a seus efeitos.*

22. *Evoca doutrinas de Celso Antônio Bandeira de Mello, Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, para dizer que a distinção no tratamento entre os administrados não se coaduna com princípios elementares do Direito, mais especificamente no que se refere aos princípios da isonomia, da razoabilidade e da proporcionalidade. Conclui que, no caso sob análise, inexistente racionalidade, razoabilidade e coerência. Ao contrário, vislumbra-se aqui o emprego da velha máxima ‘dois pesos, duas medidas’.*

23. *Afirma que o poder de polícia da Administração Pública, em razão da sua discricionariedade, deve obedecer a critérios que garantam a estrita observância a padrões justos e equilibrados, porquanto somente aí se pode falar em atos administrativos legítimos (princípio da proporcionalidade). Aduz que a decisão recorrida parece ignorar o preceito. Argumenta que a declaração de inidoneidade consiste na mais dura pena à disposição da Administração Pública, podendo ela, antes disso, recorrer a diversas outras formas de punição, tais como a advertência e a multa. Anota que a fixação de pena proibitiva por 2 anos em procedimentos licitatórios afigura-se exagerada e infundada para o presente caso, pois equivale praticamente a uma condenação da sociedade à extinção, uma vez que a venda para órgãos públicos é importante fonte de receita da Vetec.*

24. *Assevera que o princípio da isonomia está intimamente ligado ao princípio da proporcionalidade, tendo os acusados que ser tratados de forma igual perante a lei. Em face disso, pergunta como explicar a condenação da Vetec e Sigma e a absolvição das demais empresas, na medida em que a única particularidade reside na mera ligação societária entre Sigma e Vetec, mas que não envolveu na realidade qualquer integração e que não eliminava as diferenças entre os produtos ofertados por elas. Invoca o Acórdão 123/2014-Plenário como sustento.*

25. *Aduz que o Voto da Relatora sustenta a declaração de inidoneidade da Vetec, unicamente nos fatos envolvendo o Pregão 22/2011. Conclui que, ainda que se admitisse a culpa quanto às acusações feitas no Acórdão, o que não se admite, ainda assim seria exagerada a pena que foi imposta, pois se revela desproporcional a Vetec ser penalizada com a sanção mais drástica à disposição desse Tribunal quando, como já apontado diversas vezes, sua conduta em nenhum momento teve a gravidade suficiente, tampouco gerou prejuízos que pudessem ensejar a caracterização da conduta da Vetec como grave. Anota que, embora a produção efetiva do dano não faça parte do tipo do ilícito, é*

ela, todavia, inegável critério balizador de fixação da pena. Invoca o Acórdão 2146/2011-Plenário como sustento.

26. Afirma não restarem dúvidas de que a Vetec está sendo alvo de um tratamento desigual se comparada às demais empresas envolvidas, o que torna necessária a reforma do acórdão recorrido, para que seja declarada a absolvição também da Vetec pelos mesmos motivos considerados na decisão quanto às demais empresas. Pondera que, se mesmo assim se decidir pela condenação da Vetec, situação que se afigura impossível de cogitar diante dos vastos fatos trazidos neste Recurso, é medida imperativa que a penalidade seja revista, dada a flagrante desproporção entre o ilícito e a sanção.

27. Assevera que, ainda que se conjecture que Vetec e Sigma tenham agido em conluio e, com essa estratégia, obtido lucros indevidos, cabe investigar qual teria sido o suposto ganho daí auferido, porque isso é relevante para a determinação da verossimilhança das alegações de fraude, proferidas no acórdão, e verificar o incentivo econômico que as partes teriam tido para praticarem os atos ilícitos, por ser razoável admitir que empresas são agentes econômicos racionais, e como tais, fazem uma reflexão de risco versus benefício.

28. No que se refere ao Pregão 22/2011, a participação de Vetec e Sigma coincidiu em 41 itens, sendo que, desse total, a Vetec é acusada de ter fraudado em benefício da segunda colocada, Sigma, 22 itens do pregão. Consta que, somando esses 22 itens dos quais supostamente a Sigma se beneficiou, chega-se no montante irrisório de R\$ 3.448,59, o que teria sido auferido como 'benefício' pela diferença entre os preços. Compara o valor do suposto benefício com o valor total dos itens adjudicados em todo o pregão, chegando à conclusão de que equivale a 0,8% (o valor total contratado pelo Lanagro no pregão somou R\$ 415.471,49).

29. Questiona qual empresa estaria disposta a correr tal risco por uma quantidade tão ínfima de receita. Aduz que a Vetec é uma empresa com forte atuação no mercado brasileiro, presente há mais de 30 anos no país. Conclui não ser razoável pensar que, com a boa reputação que mantém, a mesma se arriscaria a se envolver em um procedimento escuso como do qual está sendo acusada, para permitir uma receita de R\$ 3.448,59 a outra empresa, com a qual sequer estava integrada.

30. Argumenta que há outro ponto relevante que repele qualquer possível motivação econômica da Vetec, portanto desconstituindo a hipótese de fraude à licitação, pois, nos lances do Pregão 22/11 em que a Vetec, após ter apresentado melhor preço, foi desqualificada e à Sigma não foi adjudicado o objeto do certame (seja porque esta não estava em segundo lugar, seja porque não participou do lance), a perda de receitas da Vetec, nestes casos, totaliza o valor de R\$ 260.890,59. Assim, pergunta qual seria o sentido de a Vetec perder em determinados lances, para garantir a obtenção de um lucro de R\$ 3.448,59 à Sigma e, ao mesmo tempo, ser desqualificada em outros lances do mesmo pregão e deixar de auferir uma receita de R\$ 260.890,59 e sem que a Sigma tivesse qualquer benefício nesses casos. Conclui não haver racionalidade econômica alguma por trás da teoria adotada pelo acórdão.

31. Afirma ter comprovado neste recurso que o acórdão deixou de abordar questões indispensáveis ao deslinde da questão, não podendo qualquer decisão que não leve em conta os fatos aqui explicados e detalhados prosperar. Assevera que, pelas diversas razões expostas com relação à falta do dolo nos atos praticados pela Vetec, se faz necessário o completo afastamento de qualquer condenação nos moldes do quanto proposto pelo combatido Acórdão.

32. Argumenta que, ainda que subsistam tais alegações, não procede a penalidade de declaração de inidoneidade imposta à Vetec, seja porque isso viola a isonomia de tratamento de casos similares,

seja porque afronta os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, pois caracteriza situação que não condiz com os princípios basilares do Direito.

33. *Por fim, requer que: (i) seja recebido o presente Recurso em seu efeito suspensivo, conforme dispõem os arts. 33 e 48 da Lei 8443/1992; (ii) seja dado total provimento ao Recurso, para o fim de declarar a Recorrente inocente das acusações que lhe foram imputadas; e (iii) em caráter meramente subsidiário, caso o Tribunal entenda pela condenação dessa recorrente, sejam fixadas outras sanções que não a declaração de inidoneidade e que não coloquem em risco sua atividade empresarial, em observância aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e isonomia.*

Argumentos – Sigma-Aldrich do Brasil Ltda. (peça 509)

34. *Após fazer um breve histórico processual, argumenta que o Acórdão 754/2015 expressamente afasta a possibilidade de, a partir de meros indícios de irregularidade, presumir-se o dolo ou a má-fé dos particulares, no que atine à conduta de fraudar o procedimento licitatório, descrita no art. 46 da Lei Orgânica do TCU. Anota que, na específica situação da recorrente e da empresa Vetec, o Tribunal considerou que, em razão da relação societária existente entre as empresas, ‘a participação de ambas em algumas licitações mostra evidências inequívocas de que obtiveram vantagens ilícitas’ (trecho do Acórdão recorrido). Afirma que a decisão pela inidoneidade das duas empresas deverá ser reformada, pelas razões que expõe no recurso.*

35. *Afirma que a análise realizada desconsiderou a realidade dos fatos, que é muito maior do que a mera participação da recorrente em apenas uma, entre as milhares de licitações analisadas, bem como revelou uma visão distorcida e preconceituosa sobre o ocorrido no certame, levando a Corte a decidir de forma equivocada. Nota que, em maio de 2011, a Sigma adquiriu o controle da Vetec. Passou então a tomar as atitudes necessárias para a integração entre as duas empresas, tarefa que não é simples e que não ocorre do dia para a noite, ainda mais tendo em vista o porte das empresas, sedes em locais distintos, processos e procedimentos próprios, cultura empresarial diferentes, controle de estoques e catalogação distintos, sistemas operacionais e plataformas de informática que necessitavam de esforços para compatibilização.*

36. *Além disso, aduz que a transação ainda pendia de aprovação do Cade, que poderia determinar o desfazimento do negócio, o que também impunha que o processo de integração ocorresse com prudência, pelo menos até o pronunciamento daquele órgão, o que só veio a ocorrer em maio de 2012. Assevera que, em novembro de 2011, quando da realização do Pregão 22/11, as operações ainda não estavam plenamente integradas, principalmente no nível operacional. Conclui que, até a plena integração entre as empresas, seus respectivos departamentos comerciais agiam de forma autônoma e independente, um baseado no Rio de Janeiro e outro em São Paulo, utilizavam sistemas operacionais e gerenciais distintos, que não conversavam entre si, razão pela qual um não possuía conhecimento prévio da conduta do outro.*

37. *Afirma ser impraticável que Sigma e Vetec agissem de acordo com a sofisticada trama imaginada pela Sefti, tendo em vista que seria necessária uma estreita combinação entre elas, o que a autonomia comercial e falta de integração operacional impedia. Aduz que somente após a aprovação final do Cade é que se elegeu o sistema mais eficiente durante o período de integração das empresas e o adotou como plataforma única para todas as vendas, inclusive aquelas para órgãos públicos. Assevera que a verificação dos dados levantados pela Sefti demonstra que a Vetec tinha determinada conduta empresarial parecida com as das demais empresas investigadas, tendo, em geral, uma interpretação mais ampla do edital e das condições de participação nos pregões e, muitas vezes, vinha*

a ser desclassificada. Argumenta que, após a integração plena entre as empresas, adotou-se a cultura empresarial da Sigma, mais criteriosa e objetiva.

38. *Anota que, no Pregão 22/2011, a Vetec não alterou sua forma de agir, participando de forma mais agressiva dos lances, independente da participação da Sigma. Alega que esta, por sua vez, também agiu de acordo com sua conduta usual, sem conhecimento ou combinação entre os atos das referidas sociedades. Argumenta que a Sefti levantou que, naquele pregão, Sigma e Vetec participaram na disputa de 41 itens, sendo que em 22 itens a Sigma supostamente teria se beneficiado com a desclassificação da Vetec, que serviria de 'coelho' para desestimular a competição com terceiros.*

39. *Ressalta que esta suposição não se justifica quando se observa que, em 39 itens (5, 8, 9, 14, 15, 16, 22, 23, 29, 30, 36, 38, 39, 43, 45, 46, 48, 54, 59, 61, 63, 67, 71, 72, 73, 76, 77, 78, 79, 96, 97, 100, 101, 102, 105, 110, 113, 117 e 118), a Vetec participou sem a concorrência da Sigma, agindo com o mesmo padrão de conduta daqueles casos onde a Sigma era um competidor. Estes itens significariam uma receita de R\$ 237.150,93 para a Vetec. Aduz que, por seu turno, a Sigma participou em 20 itens sem a presença da Vetec (itens 1, 11, 13, 21, 27, 47, 50, 55, 62, 64, 66, 68, 69, 74, 80, 82, 98, 112, 116 e 121), disputando um total de R\$ 141.930,00, sem alterar seu padrão de conduta. Salienta que, em pelo menos 10 itens houve clara disputa entre as empresas que se alternaram no primeiro lugar (itens 19, 20, 26, 49, 64, 81, 84, 85, 103 e 120), e apenas em 11 outros itens a Sigma teria obtido o suposto benefício (itens 3, 4, 25, 28, 44, 51, 52, 61, 86, 95 e 115).*

40. *Alega que, nos itens onde houve disputa entre as empresas, a redução no valor das propostas foi de R\$ 1.040,80, ao passo que, nos itens onde a Sigma teria se favorecido da desclassificação da Vetec, o valor da diferença entre as ofertas das empresas é de R\$ 3.448,59. Conclui que, se estivesse correta a presunção do Sefti, este sofisticado conluio teria sido montado para auferir meros R\$ 2.407,79. Afirma que isso não se sustenta, ainda mais quando a Vetec, para disfarçar seu comportamento, segundo o relatório da Sefti, teria deixado de auferir R\$ 237.150,93, porque foi desclassificada em itens que a Sigma sequer participou. Aduz que todas as provas colhidas, se bem analisadas, levarão à conclusão da absoluta inexistência de conduta violadora de regra jurídica.*

41. *Assevera que são consistentes as provas no sentido de que, ainda na fase de integração entre as operações das empresas, elas sequer possuíam uma unidade de conduta suficiente para agir na forma apontada e, além disso, ainda que tivessem, o ínfimo valor do benefício demonstra não haver justificativa para cometer tal infração. Destaca que outra prova da inexistência de conluio entre as empresas, mas sim de competição entre elas, está no fato de que os valores oferecidos pela Sigma no referido pregão são abaixo da tabela normal de preços praticados pela recorrente no mercado, o que também demonstra não haver incentivos para a prática da conduta irregular equivocadamente apontada no acórdão recorrido.*

42. *Ressalta que o preço dos produtos produzidos pela Sigma e aqueles produzidos pela Vetec são diferentes em razão de sua origem, pois a Sigma industrializa produtos premium, que normalmente possuem custo maior de produção e são todos importados ao Brasil. Conclui que a comparação entre os preços ofertados deve levar em consideração o valor de mercado dos produtos, a fim de que se possa avaliar o benefício ao erário e não simplesmente a diferença de preços entre produtos de características distintas. Destaca que a tabela de preços praticados pela Sigma é muito distinta daquela que a Vetec costumava a comercializar, como se pode verificar nos anexos do recurso. Anota que a diferença de preços ressaltada no relatório da Sefti não tem nada de anormal.*

43. *Afirma que, se considerados os preços usuais praticados pela Sigma no mercado, sua participação no pregão gerou um benefício de R\$ 5.414,84, tendo o pregão alcançado o seu objetivo maior que é o de criar benefício para a Administração. Aduz que a atuação da Sigma no referido pregão e a oferta de preços que submeteu são absolutamente consistentes com sua atuação e com os valores por ela usualmente praticados, fato que demonstra retidão plena na sua forma de atuação. Alega que a inconsistência da tese de que as empresas combinavam sua atuação para fraudar concorrências está no fato de que, entre milhares ocorrências examinadas pela Sefti, em apenas uma licitação se constatou a participação conjunta. Conclui que, nesta oportunidade, as empresas disputaram quase o mesmo número de itens em que teriam se conspirado.*

44. *Argumenta que, se tivesse a Sigma interesse de agir desta forma, não teria incorporado a Vetec logo após concluir a integração das sociedades, em dezembro de 2013. Afirma que a declaração de inidoneidade representa uma sanção a Sigma por comportamentos que ela não teve e implica no afastamento de um ator de mercado que pratica políticas responsáveis e criteriosas, o que também significa em perda de competitividade em concorrências públicas.*

45. *Aduz que a conduta objeto da fiscalização em tela consiste na suposta 'desclassificação ou inabilitação proposital' de empresas, no âmbito de pregões promovidos por órgãos e entidades da Administração Pública Federal, com o fim de beneficiar outras empresas que, a partir da desclassificação ou inabilitação daquelas primeiras (chamadas, pela Equipe de Fiscalização, de 'coelhos'), seriam as adjudicatárias, por preços supostamente maiores que aqueles que teriam sido obtidos caso houvesse efetiva disputa no certame.*

46. *Afirma que a conduta sob análise pressupõe, necessariamente, que duas ou mais empresas tenham efetivamente combinado quanto à participação no certame, frustrando sua competitividade em virtude do arranjo pré-estabelecido. Anota que a equipe da Sefti, reconhecendo a dificuldade de, no âmbito do procedimento de fiscalização, produzir provas efetivas quanto a tal conduta, fixou, logo no início do procedimento de fiscalização, o critério que utilizaria, qual seja, a conjunção de indícios.*

47. *Alega que foram fixados, pela Sefti, cinco supostos indícios da fraude que se buscava averiguar. Argumenta que, fixados tais supostos 'indícios de fraude', a Equipe de Fiscalização passou a analisar a conduta de seis empresas, quais sejam: Rei-Labor Comércio de Produtos para Laboratórios Ltda., Center Sponchiado Ltda.-ME, Kimicalbino Comércio Atacadista de Material de Laboratório, G P Mattara Suprimentos para Informática-ME, Vetec Química Fina Ltda. e Sigma-Aldrich Brasil Ltda. Aduz que, verificados aqueles indícios de fraude na atuação de cada uma delas, propôs a Sefti que a todas as empresas averiguadas fosse aplicada a sanção do art. 46 da Lei Orgânica do TCU, qual seja, a declaração da inidoneidade para participação em licitações promovidas pela Administração Pública Federal.*

48. *Anota que, sob o entendimento da Sefti, um histórico de desclassificações ou inabilitações de uma empresa teria o condão de provar que ela agiu em fraude à licitação, para fins de aplicação da sanção de declaração de inidoneidade. Argumenta que tal entendimento é descabido, pois, se constatados indícios de combinação entre empresas acerca de suas participações em dado certame público, deve-se investigar a existência ou não de tal combinação. Alega que jamais se pode partir para a presunção de combinação de estratégias, a partir da mera constatação de consequências que são perfeitamente possíveis no tocante à participação de empresas em certames públicos, quais sejam, a inabilitação ou a desclassificação.*

49. *Assevera que, para que se conclua que uma inabilitação ou desclassificação tenha sido proposital, para benefício de outra empresa, exige-se a demonstração inequívoca de que houve tal*

combinação prévia de condutas. Afirma que, de modo louvável, a Relatora, quando da apreciação das proposições da Sefti, para elaboração do Acórdão 754/2015, afastou por completo tal tese, a qual, além de manifestamente ilegal, por contrariar a própria redação do art. 46 da Lei Orgânica do TCU, revela-se uma afronta direta ao princípio da presunção de inocência.

50. *Alega que, não obstante tenha afastado a possibilidade de que indícios fossem tidos como provas de fraude, considerou-se, no Acórdão, que um dos indícios elencados pela Sefti poderia sê-lo, qual seja, a 'existência de empresas com sócios em comum ou assemelhados participando de um mesmo item de determinado pregão, especialmente quando a participação societária ocorrer na empresa a qual o objeto foi adjudicado e na que foi desclassificada'. Anota que se trata da situação da Recorrente e da Vetec, que, com isto, foram declaradas, no Acórdão recorrido, inidôneas para participar de Licitações da Administração Federal por dois anos.*

51. *Argumenta que a conduta da Recorrente jamais poderia ter sido equiparada a uma 'fraude à licitação', pois se nota a ausência de indicação, pela Sefti, do dispositivo legal que supostamente teria sido violado quando da participação simultânea, no certame, de empresa controlada e controladora. Justifica tal fato pela inexistência de vedação legal a tal conduta, já que tanto a Lei Federal 10.520/02 (que regeu o Pregão 22/2011), quanto a Lei Federal 8.666/1993 (aplicada subsidiariamente), não consignam qualquer proibição de empresas controladas e controladoras participarem, concomitantemente, da mesma licitação, independentemente da respectiva modalidade de contratação.*

52. *Alega que a própria Sefti reconheceu isso após a apresentação das razões de justificativa da recorrente, e, ato contínuo, sugeriu que se recomendasse aos 'órgãos governantes superiores' a regulamentação da conduta, de modo a vedá-la. Argumenta que se demonstrou, ademais, nas razões de justificativa apresentadas, que o próprio Edital do Pregão 22/2011 (em que se deu a participação concomitante da recorrente e da Vetec), conduzido pelo Laboratório Nacional Agropecuário no Rio Grande do Sul, admitia que controlada e controladora participassem do certame com propostas distintas.*

53. *Anota que a interpretação do Edital no sentido de que inexistia esta limitação também foi encampada pelo pregoeiro que não desclassificou qualquer das empresas por isso. Ressalta a omissão injustificada da Sefti na apreciação do precedente referido pela Recorrente em suas Razões de Justificativa, e que denota, de forma cabal, a absoluta convicção desta Corte acerca da licitude da participação concomitante, em licitação, de empresas controladas e controladoras. Traz à baila o Acórdão 266/2006 (Processo TC 015.527/2005-9), prolatado pelo Plenário do TCU em 08/03/2006 e relatado pelo Exmo. Min. Ubiratan Aguiar, e que versava sobre participação concomitante das empresas ATP - Tecnologia e Produtos S.A. e ASBACE Associação Brasileira de Bancos Estaduais e Regionais, controlada e controladora, respectivamente na Concorrência CEF 001/2004, promovida pela Caixa Econômica Federal, com o fim de contratar solução para a captura, tratamento e processamento de documentos. Indica que o entendimento daquele acórdão foi de que a participação simultânea de empresas controladas e/ou coligadas em licitação não é vedada pelo ordenamento jurídico vigente e também não o foi pelo edital, sendo a desclassificação das licitantes nessa condição ilegal e, portanto, deve ser anulada a concorrência pública realizada.*

54. *Aduz que este entendimento não foi considerado na avaliação do presente caso, não havendo, em nenhum dos itens do extenso Relatório de Fiscalização que sustenta o Acórdão recorrido, pronunciamento acerca do Acórdão 266/2006, o qual colide frontalmente com a interpretação que a Sefti busca conferir à situação de participação de controlada e controladora simultaneamente em licitação. Acrescenta que não somente o julgado acima foi omitido pela Sefti nas ponderações que*

serviram de base à elaboração do acórdão recorrido, como também não se conferiu adequado tratamento ao fato de que, à época da realização do Pregão 22/2011, a operação de aquisição de uma empresa pela outra ainda pendia da aprovação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).

55. *Afirma que, em 23/05/2011, Sigma e Vetec celebraram Contrato de Compra e Venda de Quotas Sociais, por meio do qual aquela primeira adquiriu a totalidade das quotas da última, e, ato contínuo, em observância ao previsto na Lei Federal 8.884/94 (antiga Lei do Cade, em vigor àquela época), notadamente nos artigos 54 e seguintes, submeteu-se o ato à apreciação do Cade. Anota que, somente em 31/05/2012 foi proferida decisão aprovando a operação, e, voltando a atenção ao Pregão 22/2011, sabe-se que o certame foi realizado em 30/11/2011, portanto, mais de seis meses antes da efetiva aprovação, pelo Cade, da operação por meio da qual surgiu a relação de controle entre as empresas Sigma e Vetec.*

56. *Argumenta que a Sefti concluiu que tal contrato é considerado eficaz desde data de sua celebração. Em face disso, reconhece ser inquestionável que, em razão do disposto no § 7.º do art. 54 da antiga Lei do Cade, a aprovação do ato, conferida em 30/11/2011, retroage à data de celebração do contrato, tendo a próprio recorrente trazido à Sefti tal disposição em suas razões de justificativa. Entretanto, pondera que, uma vez que poderia o Cade ter decidido pela impossibilidade de concretização do negócio, bem como imposto ressalvas que modificariam substancialmente o negócio ou até o tornariam inviável ou desinteressante às partes, a recorrente e a Vetec decidiram, à época, aguardar a aprovação definitiva do Cade para que fosse promovida a integração das estruturas operacionais de ambas as empresas, tendo em vista que fazê-lo antes da certeza da possibilidade do negócio poderia ensejar desnecessários (e elevados) custos à recorrente.*

57. *Ressalta que, no período entre 23/05/2011 (assinatura do Contrato de Compra e Venda de Quotas) e 31/05/2012 (aprovação pelo Cade), as empresas Sigma e Vetec operaram de modo independente, não tendo integrado quaisquer de seus órgãos ou estruturas internas, o que explica a participação concomitante no Pregão 22/2011, sem prejuízo de se ressaltar que o Edital não vedava esta conduta. Salaria que, à época do certame, Sigma desenvolvia todas as suas atividades a partir de sua sede em São Paulo, ao passo que Vetec o fazia de sua sede no Rio de Janeiro, e a mesma independência era verificada quanto à preparação, embalagem e envio de produtos. Afirma também que ambas as empresas, neste período em que o negócio de aquisição de uma pela outra ainda poderia ser desfeito pelo Cade, permaneceram operando de modo autônomo. Por isso, aduz que seus custos operacionais permaneceram distintos (tal como eram antes da celebração do contrato) e, com isso, os preços ofertados, para clientes públicos ou privados, permaneceram distintos.*

58. *Ressalta que, enquanto a Vetec fabrica todos os seus produtos no Brasil, os produtos da recorrente são sempre produzidos fora do país e importados pela Sigma do Brasil, o que explica o fato de Sigma e Vetec conseguirem atingir, em certames públicos, preços diferentes ao cliente final. Anota que a Vetec, por centralizar sua produção na planta brasileira, pode chegar, num pregão, a preços mais baixos que Sigma e, ainda assim, ter lucro que compense o fornecimento. Assevera que, nos itens em que as empresas acabaram por competir, Vetec sempre acabava por ter preços mais baixos que Sigma, e não o inverso, o que em hipótese alguma pode ser tido como 'indício de fraude', como procura sugerir a Sefti, mas uma mera consequência das estruturas de custo distintas de ambas as empresas.*

59. *Alega que, com relação a alguns dos itens usualmente fornecidos por ambas as empresas, a qualidade decorrente do emprego de técnicas de fabricação somente havidas no exterior fez com que amostras submetidas pela Vetec fossem, por vezes, recusadas pelo contratante, o que, em hipótese*

alguma, pode ser tido como 'indício de fraude', como procura sugerir a Sefti, mas uma mera consequência das técnicas empregadas na fabricação dos produtos. Afirma que, se a Sefti tivesse uma visão ampla da realidade na qual os fatos ocorreram, teria percebido que sua conclusão, além de violar o princípio da presunção de inocência, não se justifica pela inexistência de prova da intenção e pela inexistência de incentivos lógicos ou econômicos.

60. *Considera que, se estivessem a recorrente e a Vetec interessadas na obtenção de vantagem ilícita em certames públicos, a partir da prática do 'coelho', o que se admite apenas ad argumentandum, teriam permanecido como empresas distintas, o que, supostamente, conferiria maior 'discrição' à atuação ilícita. Afirma que, pelo contrário, Sigma jamais contestou a operação de aquisição das quotas de Vetec, exatamente por inexistir, sob sua ótica, e também sob a ótica do TCU (Acórdão 266/2006) e do Edital do Pregão 22/2011, qualquer irregularidade em tal participação concomitante de controlada e controladora, porquanto tais empresas eram, de fato, licitantes distintas, com estruturas operacionais distintas, produtos com características distintas e custos distintos, não existindo indícios de fraude.*

61. *Conclui que a inexistência de conduta fraudulenta é ainda corroborada quando se observa que, dentre as empresas que foram alvo da Fiscalização, a Vetec, cuja atuação supostamente teria 'beneficiado' a recorrente, é a que menos teve propostas recusadas, dentro da base de amostragem considerada, tal como destaca a própria Sefti em seu Relatório. Ressalta que, quanto às empresas Rei-Labor Comércio de Produtos para Laboratórios Ltda., Center Sponchiado Ltda.-ME, Kimicalbino Comércio Atacadista de Material de Laboratório e G P Mattara Suprimentos para Informática-ME, considerou-se que os indícios não poderiam conduzir à conclusão de 'fraude à licitação'.*

62. *Salienta que a única causa para a equivocada conclusão de que Sigma e Vetec teriam fraudado o Pregão 22/2011 reside na relação de controle entre elas, o que afronta a jurisprudência desta Corte, o Edital do próprio pregão e todas as evidências antes comentadas quanto à atuação absolutamente autônoma das empresas até a superveniência, em 31/05/2012, da aprovação pelo Cade quanto ao ato de concentração.*

63. *Questiona se seria possível exigir que Vetec cessasse sua prospecção de negócios públicos diante de cenário em que o desfazimento do negócio de aquisição das quotas poderia perfeitamente ocorrer, caso o Cade não aprovasse o ato de concentração. Conclui não ser razoável exigir tal abstenção, à luz do princípio da continuidade da empresa. Argumenta que, para demonstrar a necessidade de reforma da decisão recorrida, no tocante à sanção aplicada à recorrente, basta que se observem dados que integram o próprio Relatório de Fiscalização, os quais elidem por completo a pretensão punitiva desta Corte, visto que demonstram a total impertinência das alegações de 'fraude à licitação'.*

64. *Aduz que o próprio Relatório de Fiscalização dá conta de que a desclassificação da Vetec, em diversos dos itens sob análise, foi resultado de falta de clareza do instrumento convocatório, e, nesse sentido, exclui do rol de condutas investigadas uma série de participações de Vetec, como se observa dos Parágrafos 865, 866 e 869. Acrescenta que o Relatório de Fiscalização afirma, no parágrafo 923, que 'nos itens 19, 20, 26, 49, 64, 81, 84, 85, 103 e 120, houve uma aparente disputa entre a controladora e sua filial, com formulação de lances que as alternavam entre a primeira e a segunda posições'. Conclui que, afastada a visão preconceituosa do Relatório, tal afirmação ilustra e não deixa qualquer dúvida sobre a autonomia e a concorrência das empresas no Pregão 22/2011.*

65. *Anota que os preços finais praticados pela Sigma foram mais baixos do que aqueles praticados no mercado, inclusive a clientes privados, tal como demonstrado nas tabelas anexadas a este recurso,*

e que podem ser demonstrados com a análise de várias faturas emitidas pela recorrente, caso seja solicitado. Conclui que todas as evidências indicam a não ocorrência de qualquer conduta fraudulenta por parte da recorrente do âmbito do Pregão 22/2011, pelo que seria absolutamente descabida a aplicação da sanção contida no art. 46 da Lei Orgânica do TCU, reservada para os casos de 'comprovada fraude' em licitação.

66. *Afirma que inexistente prova da conduta fraudulenta e muito menos da intenção de praticar a fraude, sendo inadmissível uma punição dessa magnitude com base em suposições que não encontram eco na realidade econômica e jurídica ou nos antecedentes de conduta da Sigma. Pondera que, ainda que, por hipótese, fosse admitida a existência de algum nível de reprovabilidade na conduta da recorrente por ter competido com sua 'controlada' no certame sob análise, jamais seria admitida a adoção de sanção tão gravosa quanto a declaração de inidoneidade para licitar na Administração Pública Federal.*

67. *Argumenta que, não obstante a sanção do art. 46 da Lei do TCU ser independente daquelas constantes da Lei Federal 8.666/1993, este último diploma expressamente consigna, em seu art. 87, a graduação das penalidades aplicáveis no âmbito de contratações públicas, e, ali, a declaração de inidoneidade foi claramente reservada pelo legislador para os casos em que nem a advertência, nem a multa, tampouco a suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração sejam suficientes para apenar o particular.*

68. *Afirma que, diante das incontáveis evidências de que tal participação concomitante (i) decorreu da operação independente mantida pelas empresas no período de transição, ou seja, até a aprovação do negócio pelo Cade, (ii) deu-se de modo absolutamente legítimo e em conformidade com o ordenamento jurídico-licitatório, não ocasionando qualquer prejuízo ao discorrimento do Pregão 22/2011 e (iii) está em plena consonância com a jurisprudência desta Corte, mostra-se no mínimo desproporcional a aplicação desta penalidade máxima.*

69. *Argumenta que, caso este Tribunal permaneça no entendimento de que a conduta sob análise merece alguma reprimenda por parte desta Casa, deve ser adotada medida destinada à reparação deste suposto prejuízo, tal como preveem as diversas hipóteses do art. 268 do Regimento Interno do TCU, e não uma sanção que alije a recorrente de quaisquer contratações públicas, imputando-lhe a prática de fraude, sem ao menos um indício concreto de combinação de condutas no âmbito do Pregão 22/2011.*

70. *Traz à baila entendimento do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (ACR 12394 DF), para que não reste dúvida quanto à necessidade de inequívoca comprovação de conluio para que, dentre as sanções possíveis, se opte por penalizar a empresa na forma do art. 46 da Lei do TCU, o qual ilustra a inadmissibilidade da 'presunção de fraude', o que, no caso em comento, deve conduzir à reforma da decisão recorrida ou, no mínimo, a conversão da sanção em alguma das outras penalidades possíveis (caso se entenda que há algum grau de reprovabilidade da conduta da Recorrente).*

71. *Em vista de todo o exposto, conclui pela inexistência de qualquer espécie de fraude ou de conduta apta a ensejar a sanção da recorrente por inidoneidade, e, em homenagem ao princípio da eventualidade, imaginando a existência de alguma irregularidade pela participação concomitante das empresas com relação societária em um mesmo pregão, caberia, no máximo, a determinação de devolução aos cofres públicos do dano causado ou do rendimento auferido.*

72. *Por fim, pede que seja recebido o presente recurso em seu efeito suspensivo, nos termos dos arts. 33 e 48 da Lei Orgânica do TCU, assim como o seu provimento, afastando-se a aplicação de*

qualquer sanção à recorrente. Alternativamente, caso assim não se entenda, apenas para argumentar, que se acolha as razões do presente recurso para afastar a declaração de inidoneidade para licitar na Administração Pública Federal, imposta à Recorrente, ainda que se determine a devolução das quantias auferidas nos itens em que participou concomitantemente com sociedade que possui relação societária.

Análise dos Pedidos de Reexame – Vetec e Sigma (peças 508 e 509)

73. Em razão da congruência e da similitude dos argumentos apresentados por ambas as recorrentes, os recursos constantes das peças 508 e 509 serão analisados conjuntamente. Além disso, os argumentos adicionais apresentados posteriormente por meio da peça 560 (parecer do Dr. Marçal Justen Filho) também serão levados em conta na análise feita a seguir. Dessa forma, por todo o exposto nos dois pedidos de reexame, conforme foi relatado anteriormente, entende-se que os argumentos esgrimidos pelas recorrentes merecem prosperar, pelas razões expostas a seguir.

74. Preliminarmente, apesar de o acórdão recorrido não mencionar explicitamente o fundamento legal da inidoneidade, pode-se concluir, com base no Voto da Relatora a quo, que a mesma foi declarada com fundamento no art. 46 da Lei 8.443/1992. Salienta-se que este dispositivo da LO/TCU pressupõe ‘a ocorrência de fraude comprovada à licitação’, o que se entende não se verificou no que tange à atuação das recorrentes no Pregão 22/2011, pelas razões que serão detalhadas a seguir.

75. Em primeiro lugar, compulsando os autos, verificou-se que o benefício indevido advindo do suposto conluio entre as recorrentes, o qual foi qualificado no juízo a quo como ‘fraude à licitação’, no âmbito do Pregão 22/2011, promovido pelo Laboratório Nacional Agropecuário no Rio Grande do Sul, levando-se em conta as diferenças de preços entre as propostas das aludidas empresas multiplicadas pelas quantidades de cada item licitado no mencionado pregão, chegou a um montante total de R\$ 3.533,40 (três mil, quinhentos e trinta e três reais e quarenta centavos), conforme especificado na tabela a seguir.

Item	Quantidade	R\$ Sigma	R\$ Vetec	R\$ Diferença	R\$ Benefício
3	1	60,80	16,80	44,00	44,00
4	18	81,60	14,10	67,50	1.215,00
19	3	70,40	68,60	1,80	5,40
20	1	39,20	38,50	0,70	0,70
25	3	158,40	70,62	87,78	263,34
26	6	300,00	269,00	31,00	186,00
28	1	136,00	35,20	100,80	100,80
44	1	613,60	600,15	13,45	13,45
49	2	152,80	152,00	0,80	1,60
51	1	271,20	30,80	240,40	240,40
52	1	78,40	9,19	69,21	69,21
61	4	54,40	29,59	24,81	99,24
64	14	48,80	48,00	0,80	11,20
81	16	370,00	365,00	5,00	80,00
84	1	341,60	340,50	1,10	1,10
85	13	84,80	83,00	1,80	23,40
86	2	156,00	32,00	124,00	248,00
95	2	125,60	30,20	95,40	190,80
103	1	452,80	380,00	72,80	72,80
106	3	212,80	25,08	187,72	563,16

115	1	124,80	30,00	94,80	94,80
120	1	80,00	71,00	9,00	9,00
				R\$ TOTAL	3.533,40

76. *Analisando os dados da tabela anterior, em conjunto e em confronto com parte dos argumentos das recorrentes, é razoável concluir que o suposto benefício indevido calculado, cujo montante é inferior a R\$ 3.600,00 (três mil e seiscientos reais), não justificaria o risco advindo da declaração de impedimento de licitar ou contratar com as três esferas da administração pública, com base no art. 7º da Lei 10.520/2002, ou com o risco decorrente de uma eventual declaração de inidoneidade para licitar com a Administração Pública Federal, com fulcro no art. 46 da Lei 8.443/1992.*

77. *Nesse diapasão, considerando que o animus do fraudador pressupõe necessariamente um desejo racional no sentido de obter um benefício compatível com o prejuízo de uma eventual descoberta da fraude perpetrada, resta claro que um benefício tão irrisório para empresas que faturam anualmente vários milhões de reais não justificaria o risco de adotar uma conduta fraudulenta. Ou seja, admitindo-se que a conduta antijurídica teria sido supostamente motivada pela possibilidade de obtenção de vantagens indevidas, resta cristalino que o benefício concreto auferido seria ínfimo a ponto de afastar qualquer presunção de ilegitimidade de conduta.*

78. *Por seu turno, observa-se que o Acórdão 266/2006-Plenário, evocado nos argumentos esgrimidos pela segunda recorrente, é um importante paradigma para o deslinde do presente feito. Naquela oportunidade, o Exmo. Relator, Ministro Ubiratan Aguiar, não identificou vantagem alguma que as empresas desclassificadas pudessem auferir pelo fato de pertencerem ao mesmo grupo econômico. Ademais, observou o Relator que a desclassificação de ambas se deu sem que houvesse previsão legal ou editalícia. Por isso, naquela assentada, esta Corte determinou inclusive a anulação da Concorrência nº 001/2004 da Caixa Econômica Federal – CEF.*

79. *Por um lado, no que tange à aprovação da compra da Vetec pela Sigma mediante processo na jurisdição do Cade, não se pode minimizar o fato de que a então vigente Lei 8.884/1994 determinava que a decisão final daquele órgão retroagiria à data original da firma do contrato e que, caso a aludida operação de concentração econômica fosse denegada, caberiam sanções aos envolvidos e seria inclusive possível o desfazimento da avença e dos seus efeitos. Por isso, é lógico e merece ser acolhido o argumento no sentido de que a eficácia retroativa da decisão do Cade justificava a decisão da Sigma no sentido de não exercitar o poder de controle e gestão sobre a Vetec. Por isso, é aceitável o argumento de que ambas as empresas atuaram em regime de competição e autonomia, em particular, no que se refere ao Pregão 22/2011. De fato, há, nos autos, muitos elementos de juízo que permitem concluir que não existe fundamento para considerar fraudulenta a atuação concomitante da Sigma e da Vetec no mencionado pregão.*

80. *Por outro lado, com base em elementos constantes dos autos, pode-se concluir que as diferenças entre os produtos oferecidos pela Sigma e pela Vetec justificam as diferenças havidas entre os preços praticados pelas duas empresas. Essa conclusão está lastreada em razões de ordem técnica e econômica para a prática de preços mais elevados por parte da Sigma em relação aos preços praticados pela Vetec. A uma, porque os produtos da Vetec eram fabricados no Brasil, com técnicas e insumos disponíveis aqui, ao passo que os produtos da Sigma eram todos importados, tendo sido fabricados com técnicas e insumos provenientes do estrangeiro. A duas, porque, sendo importados, os produtos da Sigma estavam gravados por tributos que não incidiam sobre os produtos da Vetec.*

81. *Adicionalmente, os fatos e indícios constantes dos autos são insuficientes para justificar a presunção de que as recorrentes teriam perpetrado uma fraude ao Pregão 22/2011. A peça 445 dos autos detalha graficamente a dinâmica de lances relativamente aos 22 itens do aludido pregão que foram objeto de disputa de lances entre Sigma e Vetec, tendo esta última sido desclassificada e a primeira tendo sido a vencedora. Analisando o conteúdo desta peça, verifica-se que não elementos de juízo suficiente robustos para basear a conclusão no sentido de que a Vetec teria dado causa à sua própria desclassificação com o fito de beneficiar a Sigma. Essa conclusão se fortalece pelo fato de que a Vetec participou da disputa de 80 itens, tendo competido com a Sigma em 41 deles, dentre os quais a Sigma sagrou-se vencedora em apenas 22 itens. Por seu turno, a Sigma foi desclassificada em 39 itens em relação aos quais a Sigma não participou dos lances. Nesse cenário, não se pode concluir categoricamente que a Vetec teria atuado em forma deliberada com o intuito de fraudar o certamente e, com isso, beneficiar a Sigma.*

82. *Por fim, como foi inclusive reconhecido pela eminente Relatora a quo em seu Voto condutor, a prática reiterada de condutas administrativamente reprováveis e que geram a desclassificação de um licitante não significa necessariamente que tal licitante teria agido em forma dolosa, ainda que na modalidade de 'dolo eventual', no intuito de fraudar uma licitação em particular para beneficiar outra empresa com a qual supostamente teria atuado em conluio. Ainda mais, quando tal conduta fraudulenta não encontra respaldo em outros elementos probatórios.*

83. *Por todo o exposto, conclui-se que os argumentos das recorrentes merecem ser acolhidos por este Tribunal.*

CONCLUSÃO

84. *Preliminarmente, deve-se registrar o pedido do Chefe do Centro de Controle Interno da Aeronáutica no sentido de ingressar nos presentes autos como interessado (peça 556). Em relação a este pedido, entende-se que o mesmo deve ser indeferido.*

85. *Por fim, ante todo o exposto, propomos que os presentes Pedidos de Reexame sejam conhecidos, para que, no mérito, sejam providos, tendo em vista que os argumentos apresentados pelos recorrentes lograram afastar as irregularidades verificadas.*

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

86. *Dado o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:*

a) indeferir o pedido do Chefe do Centro de Controle Interno da Aeronáutica no sentido de ingressar nos presentes autos como interessado (peça 556);

b) conhecer dos presentes Pedidos de Reexame (peças 508 e 509), nos termos do artigo 48 da Lei 8.443/1992, c/c os artigos 285 e 286, parágrafo único, do RI/TCU;

c) no mérito, dar provimento a ambos os Pedidos de Reexame, no sentido de tornar insubsistente o subitem 9.4 do Acórdão 754/2015-Plenário;

d) comunicar o teor da decisão que vier a ser proferida às recorrentes e à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – SLTI/MP.”

É o Relatório.