

GRUPO I – CLASSE I – Plenário

TC 011.705/2018-3.

Natureza: Pedido de Reexame.

Entidade/Órgão: Administração Regional do Senar no Estado de MT.

Recorrente: Rodrigo de Oliveira Fischdick (CPF: 024.370.777-07).

Representação legal: não há.

Sumário: PEDIDO DE REEXAME EM REPRESENTAÇÃO. IRREGULARIDADES NA ADJUDICAÇÃO DE OBJETO DE PREGÃO ELETRÔNICO. EVENTO AGROINDUSTRIAL. CERTIDÕES OBTIDAS DE FORMA IRREGULAR. PROCEDÊNCIA. MULTA AO PREGOEIRO. INIDONEIDADE DE EMPRESA LICITANTE. PEDIDO DE REEXAME. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO IMPEDEM A CARACTERIZAÇÃO DA CONDUTA DO RECORRENTE COMO “ERRO GROSSEIRO” PARA FINS DO ART. 28 DA LINDB E DECRETO 9.830/2019. PROVIMENTO.

RELATÓRIO

Transcrevo, a seguir, com alguns ajustes de forma, a análise empreendida pelo auditor encarregado do exame do processo no âmbito da Serur (peça 86):

INTRODUÇÃO

1.1. *Cuida-se de pedido de reexame (peça 76-77) interposto por Rodrigo de Oliveira Fischdick, contra o Acórdão 2.771/2019-TCU-Plenário, relator Ministro Benjamin Zymler (peça 60), por meio do qual o Tribunal conheceu e considerou procedente representação na qual se apuram irregularidades na adjudicação do objeto do Pregão Presencial 25/2018, realizado pela Administração Regional no Estado do Mato Grosso do Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (Senar-AR/MT).*

1.2. *Transcreve-se a decisão recorrida:*

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação formulada com base na Lei 8.666/1993, art. 113, § 1º, acerca de irregular habilitação da empresa EEF da Conceição no Pregão Presencial 25/2018, realizado pela Administração Regional no Estado de Mato Grosso do Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (Senar/MT),

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão plenária, de acordo com as razões expostas pelo relator e com fundamento no inciso VIII do art. 71 da Constituição Federal, em:

9.1. conhecer da representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade constantes no art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, para, no mérito, considerá-la procedente;

9.2. rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelo sr. Rodrigo de Oliveira Fischdick, pregoeiro do Senar/MT, e a ele aplicar a multa prevista no inciso II do art. 58 da Lei 8.553/1992 no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), com a fixação do prazo de quinze dias, a contar do recebimento da notificação, para comprovar, perante o Tribunal, consoante disposto no art. 214, III, alínea “a”, do Regimento Interno desta Corte de Contas, o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data deste acórdão até a do efetivo recolhimento, se paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.3. *declarar a inidoneidade da empresa EEF da Conceição – ME (CNPJ 04.433.214/000102) para participar de licitações na Administração Pública Federal ou em licitações envolvendo recursos públicos federais pelo prazo de dois anos, nos termos do art. 46 da Lei 8.443/1992 e do art. 271 do Regimento Interno do TCU;*

9.4. *autorizar a cobrança judicial da dívida desde logo, caso não atendida a notificação, nos termos do inciso II do art. 28 da Lei 8.443/1992;*

9.5. *dar ciência ao Serviço de Aprendizagem Rural - Administração Regional do Estado de Mato Grosso das seguintes impropriedades/falhas, identificadas no Pregão Presencial 25/2018, para que sejam adotadas medidas internas com vistas à prevenção de outras ocorrências semelhantes:*

9.5.1. *pesquisa de preços deficiente, constante de uma única cotação, sem qualquer tipo de análise crítica acerca da adequabilidade aos preços de mercado, o que viola o art. 13 do Regulamento de Licitações do Senar-AR/MT e está em desacordo com a jurisprudência desta Corte de Contas (Acórdãos 2.179/2017–1ª Câmara, Ministro Relator Bruno Dantas; 2.318/2017-Plenário, Ministro Relator Marcos Bemquerer, 1.439/2015-2ª Câmara, Ministro Relator Marcos Bemquerer; e 3.516/2007-1ª Câmara, Ministro Relator Aroldo Cedraz, dentre outros);*

9.5.2. *ausência de diligências necessárias para comprovar a veracidade do atestado de capacidade técnica apresentado por licitante, tendo em vista a generalidade de seus termos e os indícios de falsidade então presentes;*

9.6. *encaminhar cópia integral desta deliberação ao informar ao Serviço de Aprendizagem Rural - Administração Regional do Estado de Mato Grosso, às empresas Daina Lima de Almeida EPP, EEF da Conceição e ao sr. Rodrigo de Oliveira Fischdick;*

9.7. *encaminhar cópia integral desta deliberação, inclusive do relatório e do voto que a fundamentam, para a Polícia Federal e para a Receita Federal do Brasil, para as medidas de sua competência.*

HISTÓRICO

1.3. *Em análise representação formulada pela empresa Daina Lima de Almeida EPP contra a aceitação de atestado de capacidade técnica apresentado pela licitante vencedora do Pregão Presencial 25/2018, com indícios de falsidade material, por parte do pregoeiro da Administração Regional no Estado do Mato Grosso do Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (Senar-AR/MT), Sr. Rodrigo de Oliveira Fischdick.*

1.4. *O certame tinha por objeto o cadastramento de empresa em sistema de registro de preços para “futura e eventual contratação de empresa especializada no serviço de montagem do evento SUMMIT AGRIHUB” (edital de 23/3/2018, peça 10).*

1.5. *Indeferida a medida cautelar requerida, em razão do periculum in mora reverso foram promovidas as audiências e diligências cabíveis. A instrução de mérito da Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas/Selog (peça 55) concluiu pelo conhecimento e procedência parcial da representação e propôs a decretação da inidoneidade da empresa EEF da Conceição e a rejeição das razões de justificativa do pregoeiro, Sr. Rodrigo de Oliveira Fischdick, sem, contudo, aplicar-lhe multa.*

1.6. *O Relator do acórdão recorrido, Ministro Benjamin Zymler (peça 61), divergiu parcialmente do encaminhamento proposto e entendeu que não se deveria dispensar a aplicação de multa ao Sr. Rodrigo de Oliveira, pelas seguintes razões:*

i) os elementos constantes dos autos permitem concluir, sem nenhuma dúvida, que a licitante vencedora é meramente uma empresa de fachada;

ii) a licitante vencedora era empresa recém-criada, sem empregados registrados, sem capacidade própria de locação e fornecimento dos itens contratados;

iii) robustos indícios de falsidade material do atestado apresentado pela licitante vencedora, emitido por empresa cujos sócio é cônjuge/companheiro da proprietária daquela;

iv) ausência de comprovante de existência da empresa que emitiu o atestado, bem como de documento fiscal comprovando a execução dos serviços alegadamente prestados;

v) *deveria ser de conhecimento do pregoeiro que a Sra. Elane Estéfane, proprietária da empresa emissora do atestado, com brevíssimo tempo de existência, trabalhava para outra empresa e que havia indícios de que a licitante era mera empresa de fachada;*

vi) *o pregoeiro não investigou a denúncia que questionou a validade do atestado apresentado pela licitante.*

1.7. *Diante das evidências, o Tribunal prolatou o Acórdão 1.609/2019-TCU-Plenário (peça 60), condenando em multa o ex-pregoeiro e declarando inidônea a empresa licitante EEF da Conceição – ME, contra o qual foi interposto pedido de reexame pelo Sr. Rodrigo de Oliveira Fischdick (peças 76-77).*

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

1.8. *Reitera-se o exame preliminar de admissibilidade (peça 78), ratificado pelo Exmo. Ministro João Augusto Ribeiro Nardes (peça 80), que conheceu do recurso interposto, suspendendo-se os efeitos dos itens 9.1, 9.2 e 9.4 do acórdão recorrido.*

EXAME DE MÉRITO

2. Delimitação

2.1. *Constitui objeto do presente recurso de reconsideração definir se:*

a) *o recorrente seguiu todos os trâmites legais, bem como as disposições do edital, previstos para a execução do Pregão Presencial;*

b) *não houve má-fé, dolo e/ou erro grosseiro por parte do recorrente, motivo pelo qual a multa deveria ser afastada ou ter reduzido o seu valor.*

3. Do atendimento, pelo recorrente, de todos os trâmites legais previstos para a execução do Pregão, bem como das disposições do edital (peça 76, p. 3-14)

3.1. *O recorrente argumenta que o processo de contratação foi enviado à assessoria de licitações em 15/3/2018, para o evento que ocorreria nos dias 18/4/2018 e 19/4/2018, com previsão de início dos serviços para 16/4/2018. Informa que no dia 15/3/2018 disparou 6 emails para potenciais fornecedores solicitando cotação de preços. A única empresa que se manifestou respondeu que não teria data disponível para realização dos serviços, e por isso sequer respondeu à consulta (p. 3).*

3.2. *Somente em 23/3/2018, restando 24 dias para o início dos serviços, uma das empresas consultadas enviou cotação ao Senar-AR/MT. Informa que a sessão do pregão iniciou-se em 4/4/2018, com a participação de 3 empresas: Daina Lima de Almeida EPP; Elane Estefane Firmino da Conceição; e Studium Locações Ltda. EPP. Aberta a sessão, o recorrente procedeu a pesquisa junto ao Cadastro de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS, mantido pela CGU, e verificou que a empresa Studium Locações Ltda. EPP possuía sanções inscritas, o que lhe impediu participar do certame (p. 4).*

3.3. *Em seguida, afirma ter sido realizada a inversão de fases, nos termos do art. 17 do Regulamento de Licitações e Contratos do Senar, tendo sido analisados primeiro os documentos de habilitação, e em seguida passando-se à fase de lances. Não houve qualquer manifestação durante a fase de habilitação, tendo a Comissão Permanente declarado as licitantes habilitadas. (p. 4).*

3.4. *Entretanto, apenas no decorrer da fase de lances, ao perceber que não lograria mais baixar seu preço, a representante da empresa Daina Lima de Almeida EPP alegou que o atestado apresentado pela empresa Elane Estefane Firmino da Conceição "era falso e que não atendia ao objeto do certame", quando o Recorrente informou à mesma que se tratava de momento inoportuno, uma vez que a fase de habilitação estava decaída.*

3.5. *Ainda assim, o recorrente afirma que realizou diligência, junto ao subscritor, via telefone, para confirmação de veracidade do atestado, e mesmo após a confirmação da litude do atestado, a representante legal manifestou intenção de recurso, tendo a Comissão Permanente de Licitação concluído pela sua improcedência (p. 4-5).*

3.6. *Afirma que desde o início desta representação, o recorrente reavaliou seus atos e independentemente do prazo disponível para o certame, promoverá as diligências necessárias para elucidação de suspeitas, e justifica que, no tocante à assinatura do atestado pelo Sr. Cledson de Oliveira, que à época era um dos sócios da empresa MB Promoções e Eventos, e também ligado a empresas da Sra. Mônica Batista de Oliveira, afirma tratarem-se de empresas distintas, com personalidades jurídicas e patrimônios diversos (p. 5-6).*

3.7. *Assevera que o TCU já se pronunciou acerca da validade de atestados emitidos por empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico, notadamente diante da ausência de vedação em lei e no edital (Acórdão 451/2010-TCU-Plenário, Rel. Ministro Valmir Campelo), ressaltando que não há igualmente vedação no Regulamento de Licitações e Contratos do Senar e no edital em questão (p. 6-7).*

3.8. *Afirma que as normas aplicáveis dispõem que a comprovação de aptidão técnica mostra-se suficiente quando a declaração aposta no atestado de capacidade refere-se a item semelhante, compatível com o objeto da licitação, não se exigindo similaridade total entre os objetos, como inclusive já decidiu o TCU (Acórdão 521/2014-TCU-Plenário, Rel. Ministro Benjamin Zymler), motivo pelo qual não havia, naquele momento, razão para acreditar que o atestado fosse falso (p. 7-8).*

3.9. *Quanto à confusão societária da empresa emitente do atestado de capacidade técnica, afirma não haver disposições editalícias ou legais que obstem a aceitação de atestados emitidos por empresas que possuam identidade de membros em seus quadros societários, sócios com relações de parentesco ou vínculo empregatício. Informa doutrina a esse respeito (p. 8-9).*

3.10. *Afirma que as entidades do “Sistema S” são informadas pelos princípios da simplicidade, uniformidade e eficiência, e que a própria Selog emitiu parecer nos autos afirmando assistir razão ao recorrente, pois a interligação das empresas e o vínculo com a proprietária da MB Promoções e Eventos somente foi possível a partir do conhecimento de que a Sra. Elane Estéfane Firmino da Conceição era funcionária da empresa pertencente ao Sr. Cledson de Oliveira e a base de dados para consulta desse registro é restrita a poucos órgãos (p. 9-11).*

Análise

3.11. *O exame do presente pedido de reexame diz respeito, objetivamente, ao nível de **culpabilidade** e **responsabilidade** do pregoeiro do Senar, na admissão e reconhecimento de atestado de capacidade técnica emitido pela empresa Mídia em Destaque (Cledson Oliveira ME), em favor da licitante vencedora Elane Estéfane F. da Conceição.*

3.12. *Nesse sentido, o Tribunal realizou diligência, audiências e pesquisas em sistemas corporativos, a fim de averiguar a verossimilhança das alegações da empresa representante.*

3.13. *A diligência foi determinada pelo Ministro Marcos Bemquerer (peça 12), que **indeferiu a medida cautelar** pleiteada, considerando o **perigo da demora reverso**, de não realização do evento, determinando ao Senar-AR-MT que enviasse:*

- a) cópia da proposta de preço apresentada pela licitante vencedora, com especificação dos preços unitários;*
- b) especificação dos quantitativos executados e documentos que comprovem sua execução;*
- c) cópia da nota fiscal emitida pela contratada, relativamente ao evento Summit Agrohubs 2018;*
- d) comprovante de pagamento, por parte do Senar/MT;*
- e) cópia do regulamento de licitações do Senar/MT;*
- f) cópia integral dos autos do processo licitatório, inclusive do orçamento e da pesquisa de preços que o embasou.*

3.14. *A diligência foi realizada por meio do ofício à peça 13, em **25/4/2018**, e respondida pelo Senar em **17/5/2018**, aproximadamente um mês depois (peças 17-24).*

3.15. *Analizados os elementos colhidos pela Secex-MT (peça 29), esta propôs audiência do Sr. Rodrigo de Oliveira Fischdick, ora recorrente, na condição de pregoeiro daquela entidade.*

3.16. *Em despacho de peça 31, o Ministro Benjamin Zymler determinou, previamente à audiência do pregoeiro do Senar-MT, a audiência da Empresa EEF da Conceição, para fins de possível aplicação da pena de inidoneidade prevista no art. 46 da Lei 8.443/1992 (peça 31). O ofício foi expedido à empresa em 8/2/2019 (peça 24), tendo sido recebido em 20/2/2019 (peça 35), com resposta encaminhada em 7/3/2019 (peça 38).*

3.17. *Foi expedido ofício de audiência do ora recorrente (peça 43), tendo sido recebido pelo destinatário em 29/3/2019 (peça 46) e respondido em 12/4/2019 (peça 44).*

3.18. *Durante o mês de maio/2019, foram juntados aos autos diversos elementos comprobatórios de realização do evento objeto do pregão presencial (peças 47-48), além de consultas feitas ao sistema CNPJ na base da Receita Federal (peça 49), e documentos relativos à licitação (peças 50-54).*

3.19. *Finalmente, em 3/6/2019, a Selog lavra sua derradeira instrução técnica, colimando todos os elementos juntados aos autos e concluindo especificamente quanto à responsabilidade do ora recorrente:*

46. *Quanto à alegação de que não é razoável esperar que a instituição tenha acesso as mesmas informações disponibilizadas ao TCU, realmente assiste razão ao pregoeiro, pois a interligação das empresas e o vínculo com a proprietária da MB Promoções e Eventos somente foi possível a partir do conhecimento de que a Sra. Elane Estéfane Firmino da Conceição era funcionária da empresa pertencente ao Sr. Cledson de Oliveira e a base de dados para consulta desse registro é restrita a poucos órgãos.*

47. *No entanto, essa carência de informação não atenua sua conduta caracterizada pela aceitação de atestado sem que tivessem sido realizadas diligências apropriadas, considerando que, conforme acima mencionado, o pregoeiro tinha informações disponíveis, nos próprios arquivos do Senar-AR/MT, que deveriam ter sido consideradas para, no mínimo, conduzir a verificação com mais cuidado, buscando quaisquer elementos necessários para apuração da irregularidade apontada pela licitante, inclusive notas fiscais dos serviços descritos no atestado, como estabelece os itens 7.10 e 16.4 do Edital*

48. *Repita-se que atuar com diligência, competência e eficiência é dever do pregoeiro e como comentado pelo Ministro Bruno Dantas (Acórdão 2179/2017-TCU-1ª Câmara): "... a jurisprudência do TCU é no sentido de imputar responsabilidade ao pregoeiro, quando este contribui com a prática de atos omissivos e comissivos, na condução de certame..."*

49. *Apesar de as justificativas apresentadas pelo pregoeiro não serem suficientes para afastar entendimento de que sua conduta não pode ser considerada eficiente, como seria esperado de alguém prudente na sua função, tendo ele contribuído com ato omissivo, há de se ressaltar que não houve prejuízos para o Senar-AR/MT, uma vez que o valor da contratação foi inferior à proposta da segunda classificada, mesmo que por uma módica diferença de R\$ 300,00, após rodada dos lances (peça 26, p. 100-103), e que, conforme já comentado no item 12 desta instrução, a montagem do evento Summit Agrihub foi realizado de forma satisfatória, com alcance dos objetivos pretendidos na contratação, conforme se observa nas notícias relacionadas ao pós-evento (...)*

50. *Observa-se ainda outras circunstâncias atenuantes, já comentadas anteriormente, que, avaliadas em conjunto, podem ser usadas para relevar, no caso concreto, qualquer apenação do pregoeiro. Refiro-me a:*

a) *exíguo prazo para realizar a escolha do contratado, decorrente da ausência de um melhor planejamento da entidade, considerando que o processo para realizar a licitação somente foi enviado para comissão de licitação faltando apenas um mês para data do evento;*

b) *ausência de responsabilidade do Pregoeiro pela deficiência que resultou em procedimento licitatório iniciado tardiamente;*

- c) atendimento ao interesse público e ao do Senar-AR/MT, pois protelar a licitação poderia por em risco a realização do evento e causar prejuízo ainda maior para a instituição;
- d) ausência de indícios de superfaturamento da contratação; e
- e) ausência de indícios de que o pregoeiro tenha agido em conluio com a empresa e que, embora tenha agido com erro ao aceitar cópia de transferência bancária e recibo como documentos hábeis a comprovar a execução dos serviços, não restou comprovada sua má-fé.

51. Assim, considerando a perspectiva pedagógica deste Tribunal de Contas, conclui-se por não acatar as razões de justificativas do Pregoeiro mas, excepcionalmente, não aplicar-lhe multa, sem prejuízo de dar ciência ao Senar-AR/MT das falhas ocorridas no processo licitatório ora examinado. (Destaques acrescidos)

3.20. Acrescente-se que a necessidade de não protelação do certame foi inclusive fundamento utilizado pelo Ministro Marcos Bemquerer para o reconhecimento do **perigo da demora reverso** e a **não concessão da medida cautelar** pleiteada de suspensão do certame (peça 12).

3.21. De modo diverso, o Ministro Relator do acórdão recorrido entendeu que os elementos indiciários de falsidade material do atestado apresentado pela empresa Mídia em Destaque eram por demais robustos e não poderiam passar despercebidos pelo recorrente, verbis:

8. Acolho, em parte, as conclusões da Selog, mas entendo que não se deve dispensar a aplicação de multa ao sr. Rodrigo de Oliveira Fischdick, pelas razões que passo a expor.

9. Os elementos constantes dos autos permitem concluir, sem nenhuma dúvida, que a licitante vencedora é meramente uma empresa de fachada e que sua proprietária agia em nome dos srs. Cledson de Oliveira (CPF 838.579.661-49), responsável pela emissão do atestado utilizado pela novel empresa para sua habilitação técnica, e Mônica Batista de Oliveira (CPF 789.984.501-78), cônjuge/companheira do sr. Cledson de Oliveira e proprietária de empresas que atuam no setor de eventos.

10. A licitante vencedora era empresa recém-criada, então sem empregados registrados (uma única empregada veio a ser registrada no dia 2/4/2018), sem capacidade própria de locação e fornecimento ao Senar/MT dos itens contratados e formalmente localizada em endereço de empresas ligadas aos srs. Cledson de Oliveira e Mônica Batista de Oliveira.

11. São robustos os indícios de falsidade material do atestado apresentado pela licitante vencedora (emitido pela empresa Mídia em Destaque ou Cledson de Oliveira ME). Além de não haver nenhum elemento a comprovar a existência da empresa, não foi juntado aos autos nenhum documento fiscal relativo à execução dos serviços ali mencionados.

13. A **diligência efetuada pelo jurisdicionado** em cumprimento à determinação do Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa trouxe aos autos, para fins de comprovar a idoneidade do atestado, apenas um recibo de R\$ 28.500,00 emitido por Elane Estéfane F. da Conceição, com um carimbo da empresa EEF da Conceição – ME (Destaque Eventos e Promoções), para Cledson Oliveira – ME (fl. 11, peça 5), e um agendamento de transferência bancária (DOC), para a data de 8/2/2018, no valor de R\$ 28.500,00, da empresa Cledson de Oliveira – ME para a empresa EEF da Conceição (fl. 9, peça 5).

14. Posteriormente, **procedida sua oitiva, a EEF da Conceição não trouxe aos autos** nenhum documento fiscal que desse suporte ao atestado emitido pela empresa Mídia em Destaque (Cledson Oliveira ME) ou que comprovasse que a execução do objeto licitado (a realização do evento Summit Agrihub) tivesse sido realizada pela licitante vencedora.

(...)

18. **Pesquisa na rede mundial de computadores** (vide peça 58) revela que a Destaque Magazine, revista produzida pela empresa Mídia em Destaque (ou seja, por Cledson de Oliveira ME, localizado na Av. Isaac Póvoa, 164, sala 01, Centro), está situada na Av. Brasília, 924, Jardim das Américas (<http://www.destaquemagazine.com.br/contato/>), sendo este último o endereço da licitante vencedora (E.E.F. da Conceição EPP) e de outras empresas ligadas ao sr. Cledson de Oliveira, como se verá adiante.

19. O sr. Cledson de Oliveira e a sra. Mônica Batista de Oliveira (sócia-administradora de empresa MB Produções e Eventos Ltda., na qual a sra. Elane Estéfane já trabalhou) são, ao que tudo indica, casados ou vivem em união estável, segundo se extrai das postagens nas redes sociais e de matérias jornalísticas, que fiz juntar aos autos (peça 58). Além disso, residem no mesmo endereço (Rua Trinta e Seis, 644).

20. O sr. Cledson de Oliveira, que também se apresenta socialmente como Cledson Moriggi Oliveira Del Passo (nome não cadastrado no sistema CPF), já trabalhou ou figurou como sócio em empresas ligadas à sra. Mônica Batista de Oliveira e família, como a já citada MB Produções e Eventos Ltda. e Cia de Ideias (Batista Promoções e Eventos Ltda., CNPJ 04.421.778/0001-25).

21. Consta que a sra. Elane Estéfane trabalhava, em 2017 e 2018, na empresa N.A. Batista ME (Resultado.com Promoções e Eventos, CNPJ 22.368.637/0001-78), para a qual são atribuídos dois endereços: Av. Isaac Póvoas, 164, sala 5 (sala vizinha à da empresa Mídia em Destaque, emissora do atestado) e Av. Brasília, 924 (sistema CNPJ), esse último endereço também atribuído às empresas Mídia em Destaque, como dito, e Ticomia.

(...)

23. Não bastasse isso, consulta às redes sociais demonstra claramente que os srs. Mônica Batista de Oliveira, Elane Estéfane Firmino da Conceição e Cledson de Oliveira mantêm relações estreitas de trabalho. Nesse sentido, podem-se ver fotos de eventos como aquele promovido pela Destaque Magazine, que faço juntar aos autos.

25. No tocante à apenação do sr. Rodrigo de Oliveira Fischdick, entendo não deva ser dispensada. **Não se trata apenas da falta de prudência do pregoeiro ao não investigar a denúncia que questionou a validade do atestado apresentado pela licitante. Já deveria ser do conhecimento do pregoeiro que a sra. Elane Estéfane trabalhava para outra empresa (N.A. Batista ME) e que havia indícios de que a licitante era mera empresa de fachada. Veja-se que a sra. Elane Estéfane representou a N.A. Batista ME no Pregão Presencial 61/2017, do Senar/MT, conduzido pelo sr. Rodrigo de Oliveira Fischdick. O mesmo ocorreu nos Pregões Presenciais 52, 48, 17, 12 e 10, todos de 2017 e muitos deles vencidos pela empresa representada pela empregada/preposta Elane Estéfane. Isso, além dos Convites 1, 3 e 4 de 2017.**

26. Portanto, **conhecedor da situação funcional da sra. Elane Estéfane** (empregada e preposta de outra empresa), e não sendo razoável imaginar que poderia ter obtido um portfólio de serviços prestados tão grande e em tão pouco tempo, junto a uma única empresa, seria absolutamente necessário que tivesse adotado as medidas cabíveis para certificar-se da validade do atestado apresentado pela novel empresa. Veja-se que outra licitante questionou o atestado apresentado pela vencedora logo após a fase de lances (4/4/2018, fls. 1 e seguintes, peça 6). Na ocasião, **a licitante vencida argumentou que ela própria, com 17 anos de atuação no mercado, não havia conseguido executar todos aqueles serviços constantes do atestado apresentado pela EEF da Conceição. Ademais, questionou a imprecisão do documento quanto aos serviços certificados, em virtude da não especificação de datas, quantidade de material utilizada etc.**

27. Ainda assim, o pregoeiro optou por considerar válido o documento apresentado pela sra. Elane Estéfane sob a alegação da “presunção de boa-fé” (fls. 22 e 23 da peça 6).

28. Somente após contato telefônico feito por técnicos deste tribunal, o **Senar/MT realizou diligência in loco, cuja conclusão foi apenas a da existência física do fornecedor do atestado (Cledson de Oliveira ME) e isso já em 12/4/2018, momento muito próximo da data de realização do evento objeto da licitação (Summit Agrihub), que veio a ser realizado no dia 18/4/2018.**

29. Da mesma forma como a representante Daina Lima de Almeida EPP questionou a validade do atestado, **poderia tê-lo feito o pregoeiro**, já que a sra. Elane Estéfane surgiu repentinamente como proprietária de uma empresa com experiência no mercado, o que dificilmente seria compatível com seu pouco tempo de existência.

30. O desenrolar dos acontecimentos corrobora ainda mais a conclusão de que a sra. **Elane Estéfane sempre atuou como preposta de empresas ligadas à sra. Mônica Batista de Oliveira e ao seu marido/companheiro Cledson de Oliveira.** Nesse sentido, a unidade técnica aponta que a sra. Elane Estéfane Firmino da Conceição atuou, no ano de 2018, tanto representando sua empresa Destaque Promoções e Eventos (Pregões Presenciais 41 e 59/2018, de 18/5/2018 e 5/7/2018, vide peça 52, fls. 32 e 37), quanto a empresa N.A. Batista (no Convite 11/2018 e Pregão

87/2018, de 26/9/2018 e 10/10/2018 – vide peça 51, p. 1-34 e 123-124, e peça 52, p. 82 e 20), sua suposta concorrente.

31. A tabela a seguir revela as relações entre as diversas empresas e pessoas mencionadas nestes autos: (...)

3.22. Acontece, entretanto, que para formar sua convicção de fraude à licitação e de emissão fraudulenta de atestado de capacidade técnica, o Tribunal demandou pelo **menos 2 meses**, considerando apenas o período líquido de colheita de evidências via diligências e audiências e levantamento de informações nos sistemas corporativos, inclusive bases da Receita Federal. Dado que o evento ocorreria em menos de um mês, o pregoeiro não dispunha desse prazo para colher uma quantidade equivalente de informações, não obstante pudesse ter realizado diligências adicionais, estabelecendo o prazo de 48h para resposta, conforme previsto no item 7.10 do edital (peça 10, p. 7).

3.23. Acrescente-se que, conforme salientado pelo recorrente em suas razões de justificativa e reconhecido pela Selog, o Senar-AR/MT **não detinha acesso às mesmas informações disponibilizadas ao TCU**, em especial a base de dados da Receita Federal.

3.24. O fato de a Sra. Elane Estéfane trabalhar como preposta de outras empresas, por si só, não impediria de a mesma participar do certame, tendo em vista ausência de tal impedimento do Regulamento de Licitações e Contratos do Senar (disponível em <http://www.senar.org.br/sites/default/files/senar/RLC-SENAR.pdf>), como também no edital do certame. Nem mesmo a Lei 8.666/1993, não aplicável ao Senar, contém tal proibitivo. De outra borda, o Acórdão 451/2010-TCU-Plenário, mencionado pelo recorrente, de fato exclui a irregularidade concernente a atestado de capacidade técnica emitido por empresa do mesmo grupo econômico, entretanto, tal decisum não se aplica ao caso, pois o que ocorreu na espécie foi a emissão de atestado por empresa **pretensamente distinta**, mas que na verdade atuou como pessoa jurídica de fachada, representada por um mesmo preposto, a Sra. Elane Estéfane.

3.25. No entanto, o cerne da responsabilização do recorrente, frise-se, concentra-se na sua capacidade de **identificar a irregularidade e a simulação**, e das **consequências de eventual cancelamento do certame**. O fato de ter havido outros Pregões Presenciais vencidos por empresas que tinham como preposta a Sra. Elane Estéfane, conforme mencionado pelo Ministro relator do decisum vergastado, pode ter **corroborado** e não impedido a atitude do pregoeiro, visto que não há nos autos notícia de impugnação daqueles certames.

3.26. Acrescente-se que a consequência natural de o recorrente desabilitar a empresa vencedora do certame seria a convocação da segunda classificada, que apresentou **preço superior** (peça 26, p. 100-103), ainda que por pequena diferença, e nada assegura que a negociação de preços ulterior que poderia ser levada a efeito durante a referida chamada, garantisse que a licitante baixasse o valor de sua proposta, até por conta da iminência da realização do evento e ausência de outras licitantes com propostas mais atrativas.

3.27. Ademais, conforme salientado pela Selog (peça 55, p. 3-4), a montagem do evento Summit Agrihub ocorreu de forma satisfatória, com alcance dos objetivos pretendidos na contratação, inclusive conforme notícias relacionadas ao evento, publicadas na mídia eletrônica e elementos enviados pelo Senar-AR/MT (peças 19-24, 47-48 e 52).

3.28. A análise do tópico a seguir reforça o encaminhamento a ser proposto neste recurso.

4. Da ausência de má-fé, dolo e/ou erro grosseiro por parte do recorrente (peça 76, p. 11-14 e peça 77)

4.1. Alega que agiu em todo momento na mais extrema boa-fé, não havendo qualquer benefício em seu favor, não havendo violação ao princípio da impessoalidade, sendo que o evento realizado correu dentro do programado e foi devidamente pago apenas

após a sua realização e os preços contratados estão dentro dos praticados pelo mercado, conforme bem atestado pela área técnica, não havendo qualquer dano ao erário (peça 76, p. 11).

4.2. *Sustenta ter agido dentro de suas limitações funcionais, e que está buscando uma constante melhora nos procedimentos de controles internos da instituição, alterando a minuta de futuros editais, para que juntamente com o atestado sejam apresentados documentos fiscais comprobatórios do serviço atestado (peça 76, p. 11).*

4.3. *Reforça não ter havido prejuízo ao Senar, visto que o valor da contratação foi inferior ao da segunda proposta classificada, bem como a montagem do evento se deu de forma satisfatória, com alcance dos objetivos buscados na contratação (peça 76, p. 11-12).*

4.4. *Afirma que, para responsabilização do agente, devem ser configurados os elementos subjetivos dolo ou culpa, e em especial após a Lei 13.655/2018, que incluiu na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público, passou-se a exigir dolo ou erro grosseiro para a responsabilização pessoal do agente público nas esferas administrativa, controladora e judicial, sopesados os obstáculos e dificuldades reais do gestor, conforme artigos 22 e 28 da LINDB (peça 76, p. 12)*

4.5. *Tece considerações sobre a responsabilidade objetiva do Estado e o direito de regresso, e aponta registros feitos pela Selog, no sentido de ausência de superfaturamento, e atendimento ao interesse público, visto que protelar a licitação poderia colocar em risco a realização do evento e causar prejuízo maior à instituição, não tendo havido indícios de que o pregoeiro tenha agido em conluio com a empresa (peça 76, p. 12-13).*

4.6. *Advoga a aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, visto que o recorrente não dispunha de informações mais elaboradas que pudessem levar à conclusão de conluio entre as empresas, visto que o próprio TCU considerou que “a base de dados para consulta desse registro é restrita a poucos órgãos” (peça 76, p. 13-14).*

4.7. *Aponta que toda a documentação de habilitação já havia sido analisada, rubricada e aprovada pelos presentes, e somente após várias rodadas de lances a representante manifestou-se, ao invés de ofertar o melhor lance. Reconhece que os membros da CPL sabiam que a Sra. Elane Estéfane já atuara como representante de outra empresa em procedimentos licitatórios do Senar-AR/MT, mas esse fato por si só não tornaria ilegal sua participação (peça 76, p. 14 e peça 71, p. 1).*

4.8. *Requer, portanto, a exclusão da multa que lhe foi aplicada, ou que seja revisto o respectivo valor, tendo em vista a desproporcionalidade entre o ato de que se está sendo acusado de cometer e o montante imputado, de grande valor, incompatível com o poder aquisitivo do recorrente, conforme renda que apresenta com os seus últimos 3 holerites (peça 77, p. 2-6).*

Análise

4.9. *Primeiramente, faz-se necessário analisar o conceito de “erro grosseiro”, para fins de responsabilização do agente público. Para tal, apresenta-se abaixo o conteúdo do art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei 4.657, de 1942), com a redação dada pela Lei 13.655, de 25 de abril de 2018, mencionada pelo recorrente, verbis:*

“Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro” (grifos acrescidos).

4.10. *Como se vê, a LINDB estatui que o agente público responderá pessoalmente por erro grosseiro ou dolo, praticamente nivelando a gravidade das duas condutas. Todavia, não conceituou “erro grosseiro”. Esse conceito foi somente trazido pelo Decreto 9.830, de 10 de junho de 2019, em seu art. 12, § 1º, ao regulamentar o disposto nos arts. 20 a 30 da LINDB:*

Art. 12. O agente público somente poderá ser responsabilizado por suas decisões ou opiniões técnicas se agir ou se omitir com dolo, direto ou eventual, ou cometer erro grosseiro, no desempenho de suas funções.

§ 1º Considera-se erro grosseiro *aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.*

§ 2º Não será configurado dolo ou erro grosseiro do agente público se não restar comprovada, nos autos do processo de responsabilização, situação ou circunstância fática capaz de caracterizar o dolo ou o erro grosseiro.

§ 3º O mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização, *exceto se comprovado o dolo ou o erro grosseiro do agente público.*

§ 4º A complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público serão consideradas em eventual responsabilização do agente público.

§ 5º O montante do dano ao erário, ainda que expressivo, não poderá, por si só, ser elemento para caracterizar o erro grosseiro ou o dolo.

§ 6º A responsabilização pela opinião técnica não se estende de forma automática ao decisor que a adotou como fundamento de decidir e somente se configurará se estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica ou se houver conluio entre os agentes.

§ 7º No exercício do poder hierárquico, só responderá por culpa in vigilando aquele cuja omissão caracterizar erro grosseiro ou dolo.

§ 8º O disposto neste artigo não exime o agente público de atuar de forma diligente e eficiente no cumprimento dos seus deveres constitucionais e legais.

4.11. Por oportuno, transcreve-se excerto de recente voto, proferido pelo Exmo. Ministro Benjamin Zymler, condutor do Acórdão 4.771/2019-TCU-1ª Câmara, verbis:

70. Conforme expus no voto condutor do Acórdão 2391/2018-Plenário, o erro grosseiro, para fins de responsabilização no âmbito desta Corte de Contas, é o que decorre de uma grave inobservância de um dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave.

71. A propósito do tema, esse entendimento foi adotado no Decreto 9.830, de 10 de junho de 2019, que regulamentou os novos artigos da LINDB, cujo art. 12, § 1º dispôs o seguinte: “considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia”.

72. Sem avançar em eventual discussão a respeito da aplicabilidade da norma infralegal à esfera controladora, o fato é que parece haver uma convergência na doutrina e na aplicação prática da nova lei, no sentido de que o parâmetro de responsabilização na esfera sancionadora é a culpa grave.

*4.12. Em outros arestos, o Tribunal tem seguido essa linha de entendimento, de que para a aplicação de sanções (multa), não basta a configuração da culpa strito sensu, mas é necessária a configuração do **dolo** ou da **culpa grave**, exemplificando inclusive alguns casos da espécie:*

1. Para fins de ressarcimento ao erário, a responsabilidade dos jurisdicionados perante o TCU caracteriza-se pela constatação de culpa stricto sensu, sendo desnecessário evidenciar a conduta dolosa ou a má-fé do agente público. 2. Para a finalidade de aplicação de sanções administrativas, há que se verificar a ocorrência de culpa grave ou dolo do administrador público. (Acórdão 11.762/2018-TCU-2ª Câmara, Min. Marcos Bemquerer)

Para fins do exercício do poder sancionatório do TCU, pode ser tipificado como erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 - Lindb) o pagamento de serviços de natureza continuada prestados sem respaldo contratual, em afronta ao art. 60, parágrafo único, da Lei 8.666/1993. (Acórdão 13.053/2019-TCU-2ª Câmara, Min. Augusto Nardes)

Para fins de responsabilização perante o TCU, pode ser tipificada como erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) a autorização de pagamento sem a devida liquidação da despesa (Acórdão 2.699/2019-TCU-1ª Câmara, Min. Vital do Rêgo)

Para fins de responsabilização perante o TCU, pode ser tipificada como erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) a realização de pagamento antecipado sem justificativa do interesse público na sua adoção e sem as devidas garantias que assegurem o pleno cumprimento do objeto pactuado (Acórdão 185/2019-TCU-Plenário, Min. Benjamin Zymler)

4.13. Assim, tem-se que o erro grosseiro, no entender desta Corte de Contas, é aquele praticado com culpa grave.

4.14. Tornando ao caso vertente, tem-se que a conduta do pregoeiro não pode ser considerada eficiente, tendo ele contribuído para a contratação de empresa que se revelou posteriormente de fachada, e por não ter ele conduzido a verificação do atestado de capacidade técnica, por meio de diligências adicionais além daquela por ele promovida na forma da peça 5, diligências essas previstas no próprio Edital, itens 7.10 e 16.4 (peça 10, p. 7 e 13). Entretanto, sopesadas:

i) as circunstâncias do caso concreto (exíguo prazo para contratação do objeto, cuja protelação poderia pôr em risco a realização do evento e causar prejuízo à instituição);

ii) o fato de o Senar-AR/MT não dispor dos mesmos recursos de informação presentes nesta Corte de Contas, caracterizando disparidade de armas em desfavor do recorrente;

iii) o valor da contratação foi inferior ao da segunda classificada;

iv) o evento foi realizado de forma satisfatória, com alcance dos objetivos pretendidos na contratação;

v) não ter havido violação explícita de dispositivos legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

vi) ausência de indícios de que o pregoeiro tenha agido em conluio com empresa fictícia ou com seus representantes ou se beneficiado do certame;

conclui-se não poder ser caracterizada a conduta do recorrente como erro grosseiro ou dolosa.

4.15. A manutenção da penalidade de multa mostrar-se-ia, desse modo, medida desproporcional. A esse respeito, insta considerar que os princípios da proporcionalidade e o da razoabilidade são decorrência implícita do princípio do devido processo legal, estabelecido no art. 5º LIV, da Constituição, no seu sentido material ou substantivo. O princípio da proporcionalidade é também chamado de princípio da vedação do excesso.

4.16. Na proporcionalidade, além de obedecer aos requisitos legais e constitucionais do devido processo, seja na função de intérprete, seja na de julgador, o resultado deverá ser adequado, necessário e proporcional, dentro dos seguintes conceitos:

I - Adequação: a medida alcançada deve ser adequada para a busca dos fins almejados;

II - Necessidade: verifica-se se não há outra medida menos gravosa para o alcance da finalidade buscada;

III - Proporcionalidade em sentido estrito: efetiva ponderação, em sentido estrito, entre os benefícios e prejuízos advindos da decisão escolhida.

4.17. A razoabilidade, segundo Virgílio Afonso da Silva, é por vezes confundida com a proporcionalidade, inclusive pelo próprio STF, e traduz-se na

"exigência de compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins". (...) o conceito de razoabilidade, na forma como exposto, corresponde apenas à primeira das três sub-regras da proporcionalidade, isto é, apenas à exigência de adequação entre meios e fins. A regra da proporcionalidade é, portanto, mais ampla do que a regra da razoabilidade, pois não se esgota no exame da compatibilidade entre meios e fins." (DA SILVA, Virgílio Afonso. *O Proporcional e o Razoável*. Revista dos Tribunais nº 798. 2002. P. 33-34 e 38)

4.18. No caso vertente, entende-se que a aplicação de multa atende ao critério de **adequação**, visto que visa a reprimir conduta considerada ineficiente pelo gestor público; entretanto, não atende aos critérios de **necessidade e proporcionalidade em sentido estrito**, visto que a admoestação da Corte e as determinações ao Senar constituem-se em medida suficientemente pedagógica face às circunstâncias do caso concreto e às exigências da LINDB.

4.19. Portanto, sopesados esses fatores, sou de opinião de que o presente pedido de reexame **deva ser provido**, para afastar a multa aplicada ao recorrente.

CONCLUSÃO

5.1. Das análises anteriores, conclui-se que:

a) o recorrente seguiu os trâmites legais para realização do pregão presencial, não obstante não tenha agido com o zelo desejável, exigindo maiores informações para certificar-se da validade do atestado de capacidade técnica;

b) para caracterização de “erro grosseiro” é necessária a comprovação de que o responsável agiu com culpa grave;

c) as circunstâncias do caso concreto impedem a caracterização da conduta do recorrente como “erro grosseiro”, para os fins do art. 28 da LINDB e do Decreto 9.830/2019.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

6.1. Ante o exposto, submete-se à consideração superior a presente análise do pedido de reexame interposto por Rodrigo de Oliveira Fischdick, contra o Acórdão 2.771/2019-TCU-Plenário, propondo-se com fundamento no art. 48 da Lei 8.443/1992:

a) conhecer do recurso e, no mérito, dar-lhe provimento, para afastar a sanção de multa aplicada pelo item 9.2 do acórdão recorrido.

b) dar ciência da deliberação que vier a ser prolatada aos responsáveis e interessados e à Procuradoria da República no Estado do Mato Grosso.

É o relatório.

VOTO

Tratam os autos, originariamente, de representação formulada pela empresa Daina Lima de Almeida EPP, contra a aceitação de atestado de capacidade técnica apresentado pela licitante vencedora do Pregão Presencial 25/2018, com indícios de falsidade material, por parte do pregoeiro da Administração Regional no Estado do Mato Grosso do Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (Senar-AR/MT), Sr. Rodrigo de Oliveira Fischdick. O certame tinha por objeto o cadastramento de empresa em sistema de registro de preços para “futura e eventual contratação de empresa especializada no serviço de montagem do evento SUMMIT AGRIHUB” (edital de 23/3/2018, peça 10).

2. No âmbito deste Tribunal, foram promovidas as audiências e diligências cabíveis, que levaram a Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas/Selog a concluir pelo conhecimento e procedência parcial da representação e propor a decretação da inidoneidade da empresa EEF da Conceição – ME e a rejeição das razões de justificativa do pregoeiro, Sr. Rodrigo de Oliveira Fischdick, sem, contudo, aplicar-lhe multa.

3. O Relator, Ministro Benjamin Zymler, divergiu parcialmente da unidade técnica, e prolatou o Acórdão 2.771/2019-TCU-Plenário (peça 60), declarando inidônea a empresa licitante EEF da Conceição – ME e aplicando ao gestor, a multa prevista no inciso II do art. 58 da Lei 8.553/1992 no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), pelas seguintes razões:

- “i) os elementos constantes dos autos permitem concluir, sem nenhuma dúvida, que a licitante vencedora é meramente uma empresa de fachada;
- ii) a licitante vencedora era empresa recém-criada, sem empregados registrados, sem capacidade própria de locação e fornecimento dos itens contratados;
- iii) robustos indícios de falsidade material do atestado apresentado pela licitante vencedora, emitido por empresa cujos sócio é cônjuge/companheiro da proprietária daquela;
- iv) ausência de comprovante de existência da empresa que emitiu o atestado, bem como de documento fiscal comprovando a execução dos serviços alegadamente prestados;
- v) deveria ser de conhecimento do pregoeiro que a Sra. Elane Estéfane, proprietária da empresa emissora do atestado, com brevíssimo tempo de existência, trabalhava para outra empresa e que havia indícios de que a licitante era mera empresa de fachada;
- vi) o pregoeiro não investigou a denúncia sobre a validade do atestado apresentado pela licitante”.

4. Examina-se, nesta oportunidade, pedido de reexame interposto contra o aludido decisum pelo Sr. Rodrigo de Oliveira Fischdick (peças 76-77), alegando, em apertada síntese, que: a) seguiu todos os trâmites legais, bem como as disposições do edital, previstos para a execução do Pregão Presencial; b) não houve má-fé, dolo e/ou erro grosseiro em sua conduta, motivo pelo qual a multa deveria ser afastada ou ter reduzido o seu valor.

5. Na instrução de mérito, após detida análise (peça 86, p. 3-13), a Secretaria de Recursos concluiu que o recorrente seguiu os trâmites legais para realização do pregão presencial, não obstante não tenha agido com o zelo desejável, exigindo maiores informações para certificar-se da validade do atestado de capacidade técnica. Entendeu ainda que, para caracterização de “erro grosseiro”, é necessária a comprovação de que o responsável agiu com culpa grave e as circunstâncias do presente caso concreto impedem a caracterização da conduta do recorrente como “erro grosseiro”, para os fins do art. 28 da LINDB e do Decreto 9.830/2019. Desta forma propôs conhecer do recurso e, no mérito, dar-lhe provimento, para afastar a sanção de multa aplicada pelo item 9.2 do acórdão recorrido.

6. No tocante à admissibilidade da peça recursal em apreço, e nos termos de Despacho de minha autoria (peça 80), conheço do recurso interposto, uma vez que preenche os pressupostos constantes do art. 48, caput e parágrafo único, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 286 do RI/TCU.

7. No mérito, manifesto concordância com a proposta apresentada pela Secretaria de Recursos, cujos fundamentos incorporo a estas razões de decidir, no sentido de afastar a sanção de multa aplicada pelo item 9.2 do acórdão recorrido, sem prejuízo das observações que faço a seguir:

8. Com efeito, considerando as razões que levaram o Ministro Relator do Acórdão recorrido, a multar o recorrente (item 3 desta instrução), verifico que o presente pedido de reexame diz respeito, objetivamente, ao nível de **culpabilidade e responsabilidade** do pregoeiro do Senar, na admissão e reconhecimento de atestado de capacidade técnica emitido pela empresa Mídia em Destaque (Cledson Oliveira ME), em favor da licitante vencedora Elane Estéfane F. da Conceição.

9. No que tange ao argumento do recorrente, de que atendeu a todos os trâmites legais previstos para a execução do Pregão, bem como das disposições do edital (peça 76, p. 3-14), a despeito de toda a análise procedida pela Selog e pelo Ministro relator do Acórdão recorrido (peça 86), destaco os seguintes elementos da análise procedida pela unidade recursal, os quais endosso:

(...)

“3.22. Acontece, entretanto, que para formar sua convicção de fraude à licitação e de emissão fraudulenta de atestado de capacidade técnica, o Tribunal demandou pelo **menos 2 meses**, considerando apenas o período líquido de colheita de evidências via diligências e audiências e levantamento de informações nos sistemas corporativos, inclusive bases da Receita Federal. Dado que o evento ocorreria em menos de um mês, o pregoeiro não dispunha desse prazo para colher uma quantidade equivalente de informações, não obstante pudesse ter realizado diligências adicionais, estabelecendo o prazo de 48h para resposta, conforme previsto no item 7.10 do edital (peça 10, p. 7).

3.23. Acrescente-se que, conforme salientado pelo recorrente em suas razões de justificativa e reconhecido pela Selog, o Senar-AR/MT **não detinha acesso às mesmas informações disponibilizadas ao TCU**, em especial a base de dados da Receita Federal.

3.24. O fato de a Sra. Elane Estéfane trabalhar como preposta de outras empresas, por si só, não impediria de a mesma participar do certame, tendo em vista ausência de tal impedimento do Regulamento de Licitações e Contratos do Senar (disponível em <http://www.senar.org.br/sites/default/files/senar/RLC-SENAR.pdf>), como também no edital do certame. Nem mesmo a Lei 8.666/1993, não aplicável ao Senar, contém tal proibitivo. De outra borda, o Acórdão 451/2010-TCU-Plenário, mencionado pelo recorrente, de fato exclui a irregularidade concernente a atestado de capacidade técnica emitido por empresa do mesmo grupo econômico, entretanto, tal decisum não se aplica ao caso, pois o que ocorreu na espécie foi a emissão de atestado por empresa **pretensamente distinta**, mas que na verdade atuou como pessoa jurídica de fachada, representada por um mesmo preposto, a Sra. Elane Estéfane.

3.25. No entanto, o cerne da responsabilização do recorrente, frise-se, concentra-se na sua capacidade de **identificar a irregularidade e a simulação**, e das **consequências de eventual cancelamento do certame**. O fato de ter havido outros Pregões Presenciais vencidos por empresas que tinham como preposta a Sra. Elane Estéfane, conforme mencionado pelo Ministro relator do decisum vergastado, pode ter **corroborado** e não impedido a atitude do pregoeiro, visto que não há nos autos notícia de impugnação daqueles certames.

3.26. Acrescente-se que a consequência natural de o recorrente desabilitar a empresa vencedora do certame seria a convocação da segunda classificada, que apresentou **preço superior** (peça 26, p. 100-103), ainda que por pequena diferença, e nada assegura que a negociação de preços ulterior que poderia ser levada a efeito durante a referida chamada, garantisse que a licitante baixasse o valor de sua proposta, até por conta da iminência da realização do evento e ausência de outras licitantes com propostas mais atrativas.

3.27. Ademais, conforme salientado pela Selog (peça 55, p. 3-4), a montagem do evento Summit Agrihub ocorreu de forma satisfatória, com alcance dos objetivos pretendidos na contratação, inclusive conforme notícias relacionadas ao evento, publicadas na mídia eletrônica e elementos enviados pelo Senar-AR/MT (peças 19-24, 47-48 e 52).

3.28. A análise do tópico a seguir reforça o encaminhamento a ser proposto neste recurso.

10. Por sua vez, no que se refere ao argumento do recorrente de **ausência de má-fé, dolo e/ou erro grosseiro por sua parte** (peça 76, p. 11-14 e peça 77), destaco os seguintes trechos da instrução da Serur, em virtude da completude das informações, com os quais também manifesto minha concordância:

(...)

“Primeiramente, faz-se necessário analisar o conceito de “erro grosseiro”, para fins de responsabilização do agente público. Para tal, apresenta-se abaixo o conteúdo do art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei 4.657, de 1942), com a redação dada pela Lei 13.655, de 25 de abril de 2018, mencionada pelo recorrente, verbis:

“Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro” (grifos acrescidos).

4.10. Como se vê, a LINDB estatui que o agente público responderá pessoalmente por erro grosseiro ou dolo, praticamente nivelando a gravidade das duas condutas. Todavia, não conceituou “erro grosseiro”. Esse conceito foi somente trazido pelo Decreto 9.830, de 10 de junho de 2019, em seu art. 12, § 1º, ao regulamentar o disposto nos arts. 20 a 30 da LINDB:

Art. 12. O agente público somente poderá ser responsabilizado por suas decisões ou opiniões técnicas se agir ou se omitir com dolo, direto ou eventual, ou cometer erro grosseiro, no desempenho de suas funções.

§ 1º Considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.

§ 2º Não será configurado dolo ou erro grosseiro do agente público se não restar comprovada, nos autos do processo de responsabilização, situação ou circunstância fática capaz de caracterizar o dolo ou o erro grosseiro.

§ 3º O **mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização**, exceto se comprovado o dolo ou o erro grosseiro do agente público.

§ 4º A complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público serão consideradas em eventual responsabilização do agente público.

§ 5º O montante do dano ao erário, ainda que expressivo, não poderá, por si só, ser elemento para caracterizar o erro grosseiro ou o dolo.

§ 6º A responsabilização pela opinião técnica não se estende de forma automática ao decisor que a adotou como fundamento de decidir e somente se configurará se estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica ou se houver conluio entre os agentes.

§ 7º No exercício do poder hierárquico, só responderá por culpa in vigilando aquele cuja omissão caracterizar erro grosseiro ou dolo.

§ 8º O disposto neste artigo não exime o agente público de atuar de forma diligente e eficiente no cumprimento dos seus deveres constitucionais e legais.

4.11. Por oportuno, transcreve-se excerto de recente voto, proferido pelo Exmo. Ministro Benjamin Zymler, condutor do Acórdão 4.771/2019-TCU-1ª Câmara, verbis:

70. Conforme expus no voto condutor do Acórdão 2391/2018-Plenário, o erro grosseiro, para fins de responsabilização no âmbito desta Corte de Contas, é o que decorre de uma grave inobservância de um dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave.

71. A propósito do tema, esse entendimento foi adotado no Decreto 9.830, de 10 de junho de 2019, que regulamentou os novos artigos da LINDB, cujo art. 12, § 1º dispôs o seguinte: “considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia”.

72. Sem avançar em eventual discussão a respeito da aplicabilidade da norma infralegal à esfera controladora, o fato é que parece haver uma convergência na doutrina e na aplicação prática da nova lei, no sentido de que o parâmetro de responsabilização na esfera sancionadora é a culpa grave.

4.12. Em outros arestos, o Tribunal tem seguido essa linha de entendimento, de que para a aplicação de sanções (multa), não basta a configuração da culpa strito sensu, mas é necessária a configuração do dolo ou da culpa grave, exemplificando inclusive alguns casos da espécie:

1. Para fins de ressarcimento ao erário, a responsabilidade dos jurisdicionados perante o TCU caracteriza-se pela constatação de culpa stricto sensu, sendo desnecessário evidenciar a conduta dolosa ou a má-fé do agente público. 2. Para a finalidade de aplicação de sanções administrativas, há que se verificar a ocorrência de culpa grave ou dolo do administrador público. (Acórdão 11.762/2018-TCU-2ª Câmara, Min. Marcos Bemquerer)

Para fins do exercício do poder sancionatório do TCU, pode ser tipificado como erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 - Lindb) o pagamento de serviços de natureza continuada prestados sem respaldo contratual, em afronta ao art. 60, parágrafo único, da Lei 8.666/1993. (Acórdão 13.053/2019-TCU-2ª Câmara, Min. Augusto Nardes)

Para fins de responsabilização perante o TCU, pode ser tipificada como erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) a autorização de pagamento sem a devida liquidação da despesa (Acórdão 2.699/2019-TCU-1ª Câmara, Min. Vital do Rêgo)

Para fins de responsabilização perante o TCU, pode ser tipificada como erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) a realização de pagamento antecipado sem justificativa do interesse público na sua adoção e sem as devidas garantias que assegurem o pleno cumprimento do objeto pactuado (Acórdão 185/2019-TCU-Plenário, Min. Benjamin Zymler)

4.13. Assim, tem-se que o erro grosseiro, no entender desta Corte de Contas, é aquele praticado com culpa grave.

4.14. Tornando ao caso vertente, tem-se que a conduta do pregoeiro não pode ser considerada eficiente, tendo ele contribuído para a contratação de empresa que se revelou posteriormente de fachada, e por não ter ele conduzido a verificação do atestado de capacidade técnica, por meio de diligências adicionais além daquela por ele promovida na forma da peça 5, diligências essas previstas no próprio Edital, itens 7.10 e 16.4 (peça 10, p. 7 e 13). Entretanto, sopesadas:

- i) as circunstâncias do caso concreto (exíguo prazo para contratação do objeto, cuja protelação poderia pôr em risco a realização do evento e causar prejuízo à instituição);
- ii) o fato de o Senar-AR/MT não dispor dos mesmos recursos de informação presentes nesta Corte de Contas, caracterizando disparidade de armas em desfavor do recorrente;
- iii) o valor da contratação foi inferior ao da segunda classificada;
- iv) o evento foi realizado de forma satisfatória, com alcance dos objetivos pretendidos na contratação;
- v) não ter havido violação explícita de dispositivos legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

vi) ausência de indícios de que o pregoeiro tenha agido em conluio com empresa fictícia ou com seus representantes ou se beneficiado do certame;
conclui-se não poder ser caracterizada a conduta do recorrente como **erro grosseiro** ou **dolosa**.

4.15. A manutenção da penalidade de multa mostrar-se-ia, desse modo, medida desproporcional. A esse respeito, insta considerar que os princípios da proporcionalidade e o da razoabilidade são decorrência implícita do princípio do devido processo legal, estabelecido no art. 5º LIV, da Constituição, no seu sentido material ou substantivo. O princípio da proporcionalidade é também chamado de princípio da vedação do excesso.

4.16. Na proporcionalidade, além de obedecer aos requisitos legais e constitucionais do devido processo, seja na função de intérprete, seja na de julgador, o resultado deverá ser adequado, necessário e proporcional, dentro dos seguintes conceitos:

I - Adequação: a medida alcançada deve ser adequada para a busca dos fins almejados;

II - Necessidade: verifica-se se não há outra medida menos gravosa para o alcance da finalidade buscada;

III - Proporcionalidade em sentido estrito: efetiva ponderação, em sentido estrito, entre os benefícios e prejuízos advindos da decisão escolhida.

4.17. A razoabilidade, segundo Virgílio Afonso da Silva, é por vezes confundida com a proporcionalidade, inclusive pelo próprio STF, e traduz-se na

"exigência de "compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins". (...) o conceito de razoabilidade, na forma como exposto, corresponde apenas à primeira das três sub-regras da proporcionalidade, isto é, apenas à exigência de adequação entre meios e fins. A regra da propor-

cionalidade é, portanto, mais ampla do que a regra da razoabilidade, pois não se esgota no exame da compatibilidade entre meios e fins." (DA SILVA, Virgílio Afonso. O Proporcional e o Razoável. Revista dos Tribunais nº 798. 2002. P. 33-34 e 38)

4.18. No caso vertente, entende-se que a aplicação de multa atende ao critério de adequação, visto que visa a reprimir conduta considerada ineficiente pelo gestor público; entretanto, não atende aos critérios de necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, visto que a admoestação da Corte e as determinações ao Senar constituem-se em medida suficientemente pedagógica face às circunstâncias do caso concreto e às exigências da LINDB.

4.19. Portanto, sopesados esses fatores, sou de opinião de que o presente pedido de reexame deva ser provido, para afastar a multa aplicada ao recorrente.

11. Nessas condições, a deliberação recorrida merece reparo tendo em vista que para caracterização de "erro grosseiro" é necessária a comprovação de que o responsável agiu com culpa grave e as circunstâncias do caso concreto impedem a caracterização da conduta do recorrente como "erro grosseiro", para os fins do art. 28 da LINDB e do Decreto 9.830/2019. Desta forma, propõe-se conhecer do recurso e, no mérito, dar-lhe provimento, para afastar a sanção de multa aplicada pelo item 9.2 do acórdão recorrido.

Ante todo o exposto, acolho o parecer da Secretaria de Recursos e, destarte, VOTO por que seja adotada a deliberação que ora submeto a este Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 1 de julho de 2020.

Ministro JOÃO AUGUSTO RIBEIRO NARDES

Relator



ACÓRDÃO Nº 1691/2020 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 011.705/2018-3.
2. Grupo I – Classe de Assunto: I - Pedido de reexame (Representação)
3. Interessados/Responsáveis/Recorrentes:
 - 3.1. Interessados: Eef da Conceição (29.015.854/0001-23); Priscila Consani das Mercês (075.082.869-28)
 - 3.2. Responsáveis: Administração Regional do Senar No Estado de Mato Grosso (37.138.245/0010-80); Eef da Conceição (29.015.854/0001-23); Rodrigo de Oliveira Fischdick (024.370.777-07)
 - 3.3. Recorrente: Rodrigo de Oliveira Fischdick (024.370.777-07).
4. Órgão/Entidade: Administração Regional do Senar No Estado de Mato Grosso.
5. Relator: Ministro Augusto Nardes
 - 5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro Benjamin Zymler.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidades Técnicas: Secretaria de Recursos (Serur); Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog).
8. Representação legal: não há.
9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos em que se aprecia pedido de reexame interposto por Rodrigo de Oliveira Fischdick contra o Acórdão 2.771/2019-TCU-Plenário,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, com fundamento no art. 48, caput e parágrafo único, da Lei 8.443/1992, em:

 - 9.1. conhecer do pedido de reexame interposto por Rodrigo de Oliveira Fischdick e, no mérito, dar-lhe provimento, para afastar a sanção de multa aplicada pelo item 9.2 do acórdão recorrido;
 - 9.2. dar ciência da presente deliberação ao recorrente, aos demais interessados e à Procuradoria da República no Estado do Mato Grosso.
10. Ata nº 24/2020 – Plenário.
11. Data da Sessão: 1/7/2020 – Telepresencial.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-1691-24/20-P.
13. Especificação do quórum:
 - 13.1. Ministros presentes: Ana Arraes (na Presidência), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Augusto Nardes (Relator), Aroldo Cedraz, Bruno Dantas e Vital do Rêgo.
 - 13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.
 - 13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)

ANA ARRAES

Vice-Presidente, no exercício da Presidência

(Assinado Eletronicamente)

AUGUSTO NARDES

Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)

CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA

Procuradora-Geral

