

CGU/CONJUR
Fl. nº 469
Rubrica - 10



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E
CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO - CGU
GABINETE

PARECER n. 00299/2018/CONJUR-CGU/CGU/AGU

NUP: 00190.004165/2015-55

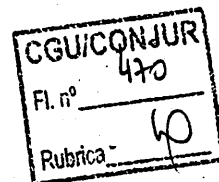
INTERESSADOS: PROMON ENGENHARIA LTDA.

ASSUNTOS: PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO

EMENTA: PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO (PAR). OPERAÇÃO LAVA-JATO. PENA DE SUSPENSÃO DO DIREITO DE LICITAR E CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS SUFICIENTES DE PROVAS DA PRÁTICA DE ILÍCITO. ALCANCE DO CONCEITO DE RESPONSABILIDADE OBJETIVA NO ÂMBITO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

Operação Lava Jato. Participação em conluio de empresas visando frustrar os objetivos do procedimento licitatório. Ausência de elementos probatórios que indicam o cometimento de infração administrativa pela pessoa jurídica acusada. Ausência de pagamento de propina que depõe a favor da tese de ausência de provas da prática de fraude à licitação.

A adequada interpretação da expressão *responsabilidade objetiva* corresponde, na verdade, à imputação objetiva da pessoa jurídica pelos atos ilícitos e culposos de seus representantes/representantes/prepostos. Somente faz sentido desconsiderar a necessidade de se analisar o mérito do ato, com sua reprovabilidade, e trabalhar com a responsabilidade totalmente objetiva, no âmbito da responsabilidade civil, como é o caso da obrigação de reparação de dano. No âmbito da responsabilidade punitiva analisada pelo Direito Administrativo



sancionador é indispensável a demonstração da reprovabilidade da conduta imputada à pessoa jurídica.

Em consórcios é necessário, para a punição de cada consorciado, a demonstração da responsabilização individualizada de cada uma das empresas consorciadas, não bastando para condenar as demais a prova de que uma das empresas do consórcio praticou fraude à licitação.

Parecer pelo arquivamento do processo por ausência de provas.

1. RELATÓRIO E CONSIDERAÇÕES INICIAIS

1. Trata-se de Processo Administrativo de Responsabilização (PAR) instaurado em face de **PROMON ENGENHARIA LTDA. (CNPJ 61.095.923/0001-69)**, por meio da Portaria nº 584, de 11/03/2015, publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 11/03/2015 (fl. 14), do então Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União, em razão de irregularidades ocorridas em licitações e contratos no âmbito do Petrobras.

2. As supostas irregularidades foram identificadas no âmbito da denominada Operação Lava Jato e apuradas inicialmente pela Petrobras S/A por meio da Comissão para Análise de Aplicação de Sanção (CAASE) nº 81/2014.

3. Encerrada a instrução processual e após a elaboração do relatório final pela Comissão de Processo Administrativo de Responsabilização (CPAR), os autos foram enviados a autoridade julgadora que, por meio do Ofício nº 16207/2018/CONJUR-CGU (fl. 246), intimou a empresa para cientificá-la do relatório final, concedendo-lhe 10 (dez) dias para, querendo, apresentar alegações finais, na forma do art. 18 da Portaria CGU n.º 910/2015 (alterada pela Portaria CGU n.º 1.381 de 23 de junho de 2017).

4. Após apresentada a peça de alegações finais, os autos foram encaminhados a esta Consultoria Jurídica, para análise.

5. É o relatório sucinto do transcorrido até então.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1 DA REGULARIDADE FORMAL DO PROCESSO E DA OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

CGU/CONJUR
Fl. nº 471
Rubrica - P

6. O Processo Administrativo de Responsabilização em tela refere-se à continuidade das apurações iniciadas no âmbito da Comissão para Análise e Aplicação de Sanção (CAASE) nº 81/2014 da Petrobras, em decorrência de tratativas firmadas entre a empresa Petrobras e a Controladoria-Geral da União (CGU), no sentido de que a continuidade das apurações iniciadas no âmbito da estatal teriam seguimento na CGU, conforme descrito no Ofício nº 3465/2015/SE/CGU-PR, de 12/02/2015 (fl. 02), e no documento JURÍDICO 4018/2015, de 30/01/2015 (fls. 03/04)

7. Sob o crivo do contraditório, foram produzidas as provas referentes aos fatos objeto da apuração, tendo sido oportunizado livre acesso à empresa do conjunto de documentos acostados aos autos. Destarte, observa-se que foi seguido o rito procedimental adequado na fase de instrução probatória, atendendo-se aos requisitos processuais previstos na legislação.

8. Registra-se que a Comissão de Processo Administrativo de Responsabilização (CPAR), como primeiro ato, promoveu a intimação da empresa **PROMON** por meio do Ofício nº 001/2015/CPAR/CGU-PR, expedido em 13/03/2015, concedendo-lhe vista do processo para que, desde o início, pudesse acompanhá-lo e exercer o contraditório na produção das provas (fl. 15). Uma vez intimada, a empresa juntou procuração de advogado, instrumentos constitutivos da empresa e requereu cópia íntegra dos autos, a qual lhe foi entregue em 23/03/2015 (fl. 24).

9. Ato contínuo, a Comissão passou a analisar documentação produzida pela CAASE n.º 81/2014 (mídia eletrônica de fls. 13), bem como o Processo nº 08700.009125/2014-23, cuja cópia foi fornecida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE (fls. 50). Analisou também os autos do Pedido de Busca e Apreensão Criminal nº 5073475-13.2014.404.7000/PR e dos Processos nº 5049557-14.2013.4.04.7000/PR -- 5083258-29.2014.4.04.7000/PR, compartilhados com a CGU pelo Juízo da 13ª Vara Federal do Paraná, responsável pela Operação Lava Jato no âmbito judicial.

10. Em face do relatado, a CPAR, considerando já ter elementos suficientes para fazer um juízo de valor sobre o proceder da empresa, passou à fase em que, na maioria dos processos administrativos sancionadores, denomina-se de **indiciação** (fls. 135/168).

11. A indicição tem por objetivo fazer uma acusação formal e precisa, com indicação dos fatos que a Comissão considera que restaram demonstrados e em relação aos quais a empresa terá a oportunidade de apresentar uma defesa escrita. Nesta fase, a Comissão delimita detalhadamente a acusação que anteriormente era genérica.

CGU/CONJUR
Fl. nº 472
Rubrica

12. Referida acusação foi instrumentalizada, esmiuçando os fatos e as provas das imputações lançadas formalmente à empresa, resumidos na suposta participação de conluio entre empresas para a frustração do caráter competitivo de licitações promovidas pela Petrobras.

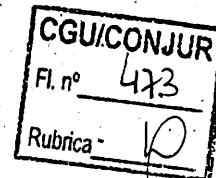
13. A empresa recebeu oficialmente a intimação para apresentar defesa escrita em 30 dias (ressalta-se, prazo mais alargado que o previsto na Lei 8.666/93) e especificar provas que pretendesse produzir, nos termos do art. 16 da Portaria CGU nº 910/2015 em 01/08/2016 por meio do Ofício n 005/2017/CPAR/CRG/CGU (fls. 169).

14. Na sequência a **PROMON** apresentou defesa (fls. 1 a 220 do Anexo II - 1, fls 221 a 465 do Anexo II - 2 e fls. 466 a 713 do Anexo II - 3) arguindo, em síntese, o seguinte: i) preliminarmente, a incompetência da CGU para atuar no caso; ii) da inaplicabilidade da Lei 8.666/93 aos contratos celebrados com a Petrobrás; iii) da impossibilidade de aplicação da declaração de inidoneidade em razão de tal penalidade não estar prevista no Decreto nº 2.745/98; iv) da impossibilidade de utilização de provas emprestadas em razão da ausência do contraditório; v) da impossibilidade de imputação de fraude à licitação à empresa por não ter havido pagamento de propina; vi) da ausência de descrição pormenorizada da conduta imputada à empresa; vii) possível nulidade das leniências e termos de ajustamento de conduta feitos pelo CADE; viii) a prescrição de eventuais sanções; ix), ausência de conluio; x) reduzido poder de mercado da empresa e a necessidade de constituição de consórcios. Por fim, requereu o acolhimento das preliminares arguidas, com a consequente declaração de nulidade do PAR, e alternativamente o acolhimento das alegações de mérito, com o consequente arquivamento do processo administrativo.

15. Todos os argumentos foram devidamente avaliados pela CPAR no seu relatório final (fls. 181-243), que concluiu pela responsabilização da empresa **PROMON** em razão de tipificações distintas: i) a prática de atos lesivos visando frustrar os objetivos da licitação (art. 88, inciso II, Lei 8.666/93) e ii) a demonstração de não possuir idoneidade para contratar com a Administração Pública em virtude de atos ilícitos praticados (art. 88, inciso III, Lei 8.666/93). Desse modo sugeriu, a aplicação da penalidade de SUSPENSÃO do direito de licitar e contratar com a Administração Pública, pelo prazo de 02 (dois) anos, com fulcro no disposto no artigo 87, III, da Lei 8.666/93.

16. O enquadramento da comissão numa pena mais leve do que a declaração de inidoneidade foi feito com base no fato de que o conjunto probatório teria indicado a prática de ações junto a agentes públicos no intuito de reduzir a competitividade do processo licitatório junto a Petrobras, mas não houve prova do pagamento de propina pela **PROMON**, situação que será melhor abordada nos tópicos seguintes.

17. Anote-se que todas as prorrogações de prazo e reconduções da Comissão de PAR foram efetuadas corretamente. Houve ampla produção de prova (tanto originária, destes autos, quanto emprestada, dos inquéritos e processos da



Operação Lava Jato), sempre acompanhada da intimação da indiciada para a efetiva vista dos autos.

18. Por meio do Ofício nº 16207/2018/CONJUR-CGU (fl. 246), o Ministro de Estado intimou a empresa **PROMON** para cientificá-la do relatório final, concedendo-lhe 10 (dez) dias para, querendo, apresentar alegações finais, na forma do art. 18 da Portaria CGU nº 910/2015 (alterada pela Portaria CGU nº 1.381 de 23 de junho de 2017). Às fls. 352-458 foram juntadas as alegações finais da empresa reiterando argumentos já lançados anteriormente.

19. Ante o exposto, verifica-se que o processo transcorreu, com regularidade, tendo sido observado o rito procedimental previsto em Lei e normativos infralegais, pelo que não se vislumbra qualquer incidente processual apto a ensejar a nulidade de atos processuais, de forma que pode ser atestada a regularidade formal do processo, bem como a observância do contraditório e da ampla defesa, enquanto consectários do devido processo legal.

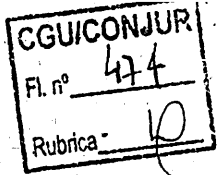
2.2 DA VALIDADE DA APLICAÇÃO DAS SANÇÕES PREVISTAS NA LEI 8.666/93 (LEI GERAL DE LICITAÇÕES) EM FACE DO DECRETO 2.745/98. APLICAÇÃO DA LEI 12.846/2013

20. Preliminarmente, importa discorrer sobre a validade da aplicação das penalidades previstas na Lei 8.666/93 ao caso dos autos, mesmo em face do Decreto 2.745/98, que criou o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobras, com base no art. 67 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997.

21. De início, percebe-se que a permissão para que a Petrobras possa adotar regulamento de licitações próprio não vem do próprio Decreto nº 2.745/98, como se autônomo fosse. Tal autorização decorre, em última instância, do art. 67 da Lei nº 9.478/97, norma da mesma hierarquia da Lei nº 8.666/93.

22. Nota-se que a Lei nº 9.478/97 deu apenas uma permissão geral para que o procedimento de contratações da Petrobras fosse estabelecido por decreto, como dispõe o art. 67: "*os contratos celebrados pela Petrobras, para aquisição de bens e serviços, serão precedidos de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em decreto do Presidente da República*".

23. Ademais, as disposições da Lei nº 8.666/93 continuam a ser expressamente aplicadas subsidiariamente à Petrobras, tanto porque se trata da lei geral de licitações (art. 1º, parágrafo único) quanto pela previsão expressa do art. 119, *verbis* (grifos nossos):



Lei 8.666/93. Art. 119. As sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União e pelas entidades referidas no artigo anterior editarão regulamentos próprios devidamente publicados, ficando sujeitas às disposições desta lei.

24. Ou seja, tais entidades, a incluir a Petrobras (sociedades de economia mista) deverão observar a Lei nº 8.666/93 sempre que seus regulamentos específicos forem omissos. Esse é o caso dos autos, pois a Lei nº 9.478/97 não regulamenta qualquer matéria da Lei 8.666/93, de modo que toda matéria omissa no Decreto nº 2.745/98, que regulamenta a citada lei, será passível de aplicação subsidiária da Lei 8.666/93.

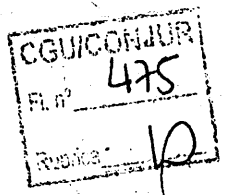
25. No Decreto nº 2.745/98 (e especificamente, no item 7.3, relativo às sanções), observa-se que não há previsão da penalidade de declaração de inidoneidade, de maneira que se aplicam às empresas contratadas pela PETROBRAS tanto as sanções específicas do decreto quanto a declaração de inidoneidade, prevista na Lei Geral de Licitações.

26. Ademais, nota-se que o item 7.3 do Decreto nº 2.745/98 prevê penalidades relativas estritamente à inexecução contratual e não a fraudes ao procedimento licitatório, como no caso de pagamento de propina ou de ajustes anticompetitivos, atraindo-se, portanto, a aplicação da Lei 8.666/93.

27. Entendimento contrário tanto carece de fundamentação normativa quanto levaria a uma conclusão absurda, pois, com o afastamento da Lei 8.666/93 a casos como estes, a empresa que descumprisse um contrato com a PETROBRAS poderia ser punida com proibição de licitar (item 7.3, alínea d), mas uma empresa que cometesse fraude antes da efetiva contratação permaneceria impune.

28. Importa ressaltar que a atuação da PETROBRAS no mercado deve observar certas regras e princípios de caráter público, por se tratar de entidade da Administração Pública Indireta (sociedade de economia mista), conforme expressa previsão do art. 119 da Lei nº 8.666/93.

29. Quanto à Lei 12.846/2013, esclarece-se que sua aplicação ao processo se restringiu às normas de índole meramente procedimental, não tendo aplicação as demais disposições de caráter material e sancionador. O procedimento previsto na referida lei, aliás, é nitidamente mais garantista e aberto ao contraditório do que o previsto na Lei 8.666/93.



2.3 DO CONJUNTO PROBATÓRIO. COLABORAÇÃO PREMIADA, PROVA EMPRESTADA E PROVA INDICIÁRIA

30. Em suas peças de defesa e alegações finais, a empresa alega, recorrentemente, que as conclusões do relatório final da CPAR decorrem unicamente de prova emprestada, que precisaria sofrer uma avaliação criteriosa em razão de suas peculiaridades, já que foram indicadas contradições nas versões dos colaboradores premiados. Com relação à prova emprestada do CADE, houve alerta acerca do procedimento do CADE ter apenas iniciado.

31. De início, importa ressaltar que a função deste parecer não é refazer a análise de mérito da Comissão, mas tão somente observar se a CPAR conduziu seus trabalhos nos limites do Direito: se não extrapolou suas funções, se analisou bem as provas e se das provas concluiu de acordo com a lei.

32. De fato, cabe à Comissão processante, órgão colegiado legal, devidamente instruído pela autoridade competente para a condução dos trabalhos, ao ter contato pessoal com testemunhas e outras provas, avaliar o valor de cada uma delas, de modo a aquilatar a força probante desses elementos na procura pela verdade real dos fatos, não obrigando, contudo, a autoridade julgadora a concordar com a avaliação feita pela comissão a cada um dos elementos indiciários/probatórios, nem com as suas conclusões em relação à força probante desses elementos aquilatados.

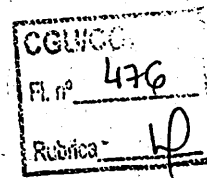
33. Vale lembrar que, ao dispor sobre as garantias da Comissão em processos de responsabilização, o Decreto nº 8.420, em seu art. 6º, determina que tais colegiados exercerão suas atividades com "*independência e imparcialidade*", o que corrobora a existência de certa discricionariedade na avaliação probatória, liberdade que será exercida de modo fundamentado e dentro dos limites legais.

34. Sem adentar na competência da Comissão, é mister trazer à tona algumas ponderações acerca do valor das provas carreadas a estes autos, bem como de sua legitimidade para fundamentar as conclusões do relatório final.

35. Vale lembrar que a prova colhida no juízo criminal respeitou todos os requisitos formais que revestem os atos relacionados às oitivas ocorridas em sede de colaboração premiada. O compromisso de dizer a verdade e a renúncia ao direito ao silêncio, fortalecidos pela necessária presença do defensor do acusado, como previsto na art. 4º, § 14, da Lei nº 12.850/13, geram uma presunção de legitimidade para tal modalidade de prova, de modo a permitir que seus elementos sejam aquilatados e considerados pela Comissão e pela autoridade julgadora no momento de avaliar a autoria e materialidade dos ilícitos.

36. Da mesma forma, não se pode ignorar que a utilização de tal conjunto probatório tem amparo legal, já que decorre de expressa autorização do juízo competente.

A handwritten signature or set of initials in the bottom right corner of the page.



37. Por existir independência entre as instâncias na aplicação das sanções, a prova emprestada é amplamente admitida. Uma única conduta pode se ajustar a uma pluralidade de instâncias de responsabilização, o que é típico de nosso sistema, cumprindo salientar, é claro, a necessidade da imperativa observância dos princípios da proporcionalidade, contraditório e ampla defesa.

38. A doutrina, nas palavras de Rogério Pacheco Alves, afirma: "Não só motivos de *economia processual* mas sobretudo a *busca da verdade*, conduzem a doutrina, atendidos os requisitos que a seguir serão vistos, à admissão da prova emprestada, não se tendo dúvida de que mesmo diversas as naturezas a consequências materiais e processuais onde o fato se veja discutido, o objetivo do Poder Judiciário sempre será a composição do conflito (ou pretensão, se preferido) de forma justa, o que, por óbvio, pressupõe a maior aproximação possível da verdade fática" (Garcia, Emerson. Pacheco Alves, Rogério. *Improbidade Administrativa*. 9ª Edição – São Paulo/SP: Saraiva, 2017).

39. A jurisprudência igualmente, de forma majoritária, admite o uso de prova emprestada nas suas variadas formas e nos mais diversos ramos do direito. Nesse sentido temos a Súmula 591 do Superior Tribunal de Justiça que trata da utilização de prova emprestada no processo administrativo disciplinar:

SÚMULA nº 591

É permitida a prova emprestada no processo administrativo disciplinar, desde que devidamente autorizada pelo juízo competente e respeitados o contraditório e a ampla defesa.

40. Internamente nesta Controladoria-Geral da União, o enunciado de número 20 uniformiza o entendimento aprovado na Comissão de Coordenação e Correição (CCC), colegiado composto de representantes da CGU e de corregedorias federais, para prever a possibilidade do compartilhamento de provas entre procedimentos administrativos:

"O compartilhamento de provas entre procedimentos administrativos é admitido, independentemente de apurarem fatos imputados a pessoa física ou a pessoa jurídica, ressalvadas as hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça".

41. O enunciado em questão chancela a utilização da prova emprestada no âmbito dos procedimentos administrativos de que cuida a CGU, face à sua relevância para o deslinde de questões no âmbito administrativo.

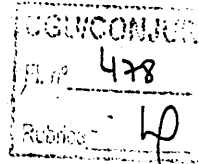
477

40

42. Na jurisprudência, alguns de seus precedentes originários abordam não só a questão da prova emprestada, mas também a admissibilidade do uso de interceptações telefônicas como ocorre no PAR em apreço, como se pode observar nos julgados colacionados abaixo:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. AUDITOR DA RECEITA FEDERAL. PROCESSO DISCIPLINAR. OPERAÇÃO PERSONA. TRANSCRIÇÃO INTEGRAL DAS ESCUTAS. PRESCINDIBILIDADE. ENTENDIMENTO EM HARMONIA COM A ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INCOMPETÊNCIA DA COMISSÃO PROCESSANTE PARA DEGRAVAÇÃO DAS ESCUTAS TELEFÔNICAS. ADMISSIBILIDADE DO USO DE INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS DERIVADAS DE PROCESSO PENAL. PROVA EMPRESTADA. ORDEM DENEGADA, EM CONSONÂNCIA COM O PARECER MINISTERIAL. 1. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, nos autos do INQ 3.693/PA, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe 30.10.2014, consolidou a orientação de que é prescindível a transcrição integral dos diálogos colhidos por meio de interceptação telefônica ou escuta ambiental, visto que a Lei 9.269/1996 não traz nenhuma exigência nesse sentido 2. Esta Corte reconhece a competência da Comissão Processante para fazer uso de interceptações telefônicas, na forma de provas emprestadas, derivadas de processo penal, desde que tenha havido autorização judicial para tanto, conforme a hipótese dos autos, bem como que tenha sido dada oportunidade para o contraditório em relação a elas, o que se verifica da leitura do Processo Administrativo Disciplinar. Precedentes: MS 17.536/DF, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 20.4.2016; MS 17.535/DF, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 15.9.2014; MS 17.534/DF, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 20.3.2014. 3. Ordem denegada, em consonância com o parecer ministerial, com ressalva das vias ordinárias. (MS 20.513/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/12/2017, DJe 18/12/2017) (grifo acrescido)

43. Apesar de não necessariamente terem força probante suficiente para uma condenação, o fato é que, na espécie, todo o acervo probatório levantado pela Comissão ingressou nos autos de forma legítima, inclusive as provas emprestadas, as



quais foram devidamente submetidas à apreciação da empresa acusada, em respeito ao princípio constitucional do contraditório.

44. Com efeito, tais provas devem ser avaliadas em conjunto com outros elementos carreados aos autos, de forma a permitir uma conexão lógica com a hipótese fática que se pretende demonstrar. E foi justamente o que o colegiado que conduziu os trabalhos procurou apresentar no seu relatório conclusivo, já que, na visão da Comissão, a demonstração da ocorrência do ilícito resultou de detida e ponderada análise de todo o conjunto de provas acostado a este processo. Tais provas serão reanalisadas adiante de forma resumida.

45. Em suma, no entender desta Consultoria, a composição do conjunto probatório por termos de colaboração premiada, provas emprestadas ou provas indiciárias não o torna, só por esse fato, inválido ou necessariamente insuficiente.

46. Dessa forma, não merecem prosperar os argumentos da defesa acerca da impossibilidade de utilizar prova emprestada no processo administrativo, restando claro a unanimidade acerca do tema na doutrina e na jurisprudência. A questão que está a merecer um aprofundamento é o valor probatório das declarações dos colaboradores, o que será enfrentado em tópico próprio.

2.4 DO RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO

47. Igualmente, é importante destacar que os trabalhos da CPAR foram conduzidos em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, previstos no art. 5º, LV da CF/88: "*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*".

48. O princípio constitucional do contraditório, na lição de Fredie Didier Jr., pode ser decomposto em duas garantias: participação e possibilidade de influência na decisão.

49. Aplicando esse entendimento aos presentes autos, imperioso anotar que parte substancial do lastro probatório documental utilizado já se encontrava acostado a estes autos desde sua instauração. Nessa condição, era possível à acusada manifestar-se acerca de todos esses elementos probatórios durante o *iter* processual.

50. O rito observado no presente feito resguardou, de modo não contrastado, o exercício da ampla defesa e do contraditório, assegurando, inclusive, a

479
10

possibilidade de manifestação por meio de alegações finais entre o relatório conclusivo e este parecer jurídico - oportunidade não usual em procedimentos administrativos de caráter sancionador, como o PAD, demonstrando um prestígio ao citado princípio.

51. Nesta linha, também se deve recordar que os depoimentos e demais provas emprestadas, foram juntados a estes autos anteriormente à indicição da empresa, contemplada, assim, com a possibilidade de refutar eventuais inconsistências no momento de defesa.

52. É sabido, como já relatado neste parecer, que foi oportunizado a empresa amplo e irrestrito acesso aos autos, em estrita observância aos parâmetros legais pertinentes, sem qualquer violação ou restrição aos direitos da PROMON.

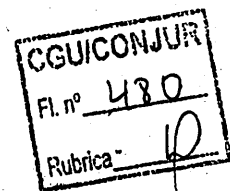
53. Portanto, observa-se que a instrução dos autos transcorreu em pleno atendimento aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

2.5 DA FORÇA PROBATÓRIA DOS ELEMENTOS ADVINDOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA OU ACORDO DE LENIÊNCIA.

54. A doutrina especializada compreende a colaboração premiada como uma técnica especial de investigação em que o coautor de uma infração penal grave, além de confessar o seu envolvimento no ilícito, fornece aos órgãos responsáveis pela persecução penal informações objetivamente eficazes para a consecução dos fins legais, recebendo, por essa razão, uma sanção premial. Para Vinícius Gomes de Vasconcellos, "a colaboração premiada é um acordo realizado entre acusador e defesa, visando o esvaziamento da resistência do réu e à sua conformidade com a acusação, com o objetivo de facilitar a persecução penal em troca de benefícios ao colaborador, reduzindo as consequências sancionatórias à sua conduta delitiva". (VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Colaboração Premiada no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 55-56.)

55. Walter Bittar afirma tratar-se de "instituto de Direito Penal que garante ao investigado, indiciado, acusado ou condenado um prêmio, redução podendo chegar até a liberação da pena, pela sua confissão e ajuda nos procedimentos persecutórios, prestada de forma voluntária". (BITTAR, Walter. *Delação Premiada. Direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 5.)

56. O Manual de colaboração premiada da ENCLLA, por sua vez, considera o instituto um *meio de obtenção de prova sustentada na cooperação de pessoa suspeita de envolvimento nos fatos investigados, buscando levar ao conhecimento das autoridades responsáveis pela investigação, informações sobre organização criminosa ou atividades delituosas, com o fim de amenizar a sua*

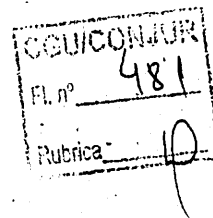


punição. (<<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/eventos-2/eventos-internacionais/conteudo-banners-enccla/restrito/manual-colaboracao-premiada-jan14.pdf>>)

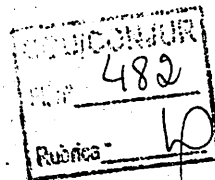
57. Como muito bem reconhecido pelo Relatório Final, segundo o § 16 do art. 4º da Lei 12.850/2013, é vedado pelo legislador que uma condenação seja fundamentada apenas nas declarações do colaborador, ou seja, nos seus depoimentos prestados às autoridades competentes para conduzir o acordo de colaboração ou mesmo aqueles prestado sem juízo. Esse é o norte a ser seguido pelos intérpretes.

58. A Egrégia Suprema Corte Brasileira vem se debruçando sobre o tema com muita atenção e, com o fim de evitar injustiças e até mesmo processos penais sem qualquer probabilidade de condenação, vem decidindo que até mesmo a instauração de um processo penal deve vir acompanhada, além da versão de um colaborador, **de outras provas minimamente consistentes de corroboração**, pois se não podem conduzir à condenação, também não podem autorizar a instauração da ação penal, por padecerem da presunção relativa de falta de fidedignidade. Nesse sentido dois recentes julgados:

EMENTA: Inquérito. Corrupção passiva (art. 317, § 1º, c/c o art. 29 do CP). Denúncia. Parlamentar federal. Suposto envolvimento em esquema de corrupção de agentes públicos relacionado à Diretoria de Abastecimento da Petrobras. Excesso de acusação. Não ocorrência. Mera contextualização dos fatos no âmbito da chamada “Operação Lava Jato”. Inépcia. Não ocorrência. Descrição suficiente do fato criminoso e suas circunstâncias. Vantagem indevida. Suposta participação do denunciado em sua solicitação. Imputação calcada em depoimentos de réus colaboradores. Ausência de provas minimamente consistentes de corroboração. *Fumus commissi delicti* não demonstrado. Inexistência de justa causa para a ação penal. Denúncia rejeitada (art. 395, III, CPP). 1. A denúncia, ao contextualizar os fatos no âmbito da chamada “Operação Lava Jato”, narrou o desvendamento de um “grande esquema de corrupção de agentes públicos e de lavagem de dinheiro” no âmbito da Petrobras. 2: Descreveu, ainda, o que constituiria uma complexa estrutura criminosa, que envolveria ao menos quatro núcleos (político, econômico, administrativo e financeiro), para, somente então, narrar os fatos especificamente relativos ao denunciado. 3. Essa profusão narrativa não constitui excesso de acusação, uma vez que a imputação propriamente dita feita contra o denunciado foi bem delimitada pelo Ministério Público. 4. A denúncia não é inepta, uma vez que descreveu, de forma suficiente,

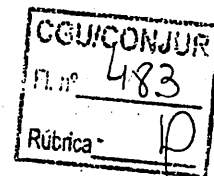


o concurso do denunciado para a solicitação de vantagem indevida por parte de membro de Comissão Parlamentar de Inquérito do Senado Federal – que tinha por objeto apurar irregularidades envolvendo a Petrobras – a fim de que não formulasse requerimentos nem adotasse medidas que permitissem o aprofundamento das investigações. 5. A justa causa para a ação penal consiste na exigência de suporte probatório mínimo a indicar a legitimidade da imputação e se traduz na existência, no inquérito policial ou nas peças de informação que instruem a denúncia, de elementos sérios e idôneos que demonstrem a materialidade do crime e de indícios razoáveis de autoria (Inq nº 3.719/DF, Segunda Turma, de minha relatoria, DJe de 29/10/14). 6. Na espécie, encontra-se ausente esse substrato probatório mínimo que autoriza a deflagração da ação penal. 7. Se os depoimentos do réu colaborador, sem outras provas minimamente consistentes de corroboração, não podem conduzir à condenação, também não podem autorizar a instauração da ação penal, por padecerem da presunção relativa de falta de fidedignidade. 8. A colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, tem aptidão para autorizar a deflagração da investigação preliminar, visando adquirir coisas materiais, traços ou declarações dotadas de força probatória. Essa, em verdade, constitui sua verdadeira vocação probatória. 9. Todavia, os depoimentos do colaborador premiado, sem outras provas idôneas de corroboração, não se revestem de densidade suficiente para lastrear um juízo positivo de admissibilidade da acusação, o qual exige a presença do *fumus commissi delicti*. 10. O *fumus commissi delicti*, que se funda em um juízo de probabilidade de condenação, traduz-se, em nosso ordenamento, na prova da existência do crime e na presença de indícios suficientes de autoria. 11. Se “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador” (art. 4º, § 16, da Lei nº 12.850/13), é lícito concluir que essas declarações, por si sós, não autorizam a formulação de um juízo de probabilidade de condenação e, por via de consequência, não permitem um juízo positivo de admissibilidade da acusação. 12. Na espécie, não se vislumbra a presença de elementos externos de corroboração dos depoimentos de colaboradores premiados, mas simples registros genéricos de viagens e reuniões. 13. Denúncia rejeitada, nos termos do art. 395, III, do Código de Processo Penal. (Inq 3998, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado



em 18/12/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-045
DIVULG 08-03-2018 PUBLIC 09-03-2018)

EMENTA: Inquérito. Corrupção passiva (art. 317, § 1º, CP). Corrupção ativa (art. 333, caput, CP). Lavagem de dinheiro majorada (art. 1º, § 4º, da Lei nº 9.613/98). Denúncia. Parlamentar federal. Suposto envolvimento em esquema de corrupção de agentes públicos relacionado à Diretoria de Abastecimento da Petrobras. Solicitação de vantagem indevida, com desdobramento em pagamentos fracionados. Recebimento em espécie e por meio de contratos fictícios. Alegação de incompetência do relator. Distribuição por prevenção. Matéria que deve ser alegada no primeiro momento em que o interessado se pronunciar nos autos. Fatos apurados nas mesmas circunstâncias. Conexão probatória e intersubjetiva. Artigos 80 e 83 do CPP. Esgotamento temporal das penas impostas no acordo de colaboração. Aferição em momento processual posterior. Busca e apreensão em escritórios de advocacia. Possibilidade. Requisitos analisados quando do deferimento da medida. Preclusão. Inviolabilidade relativa. Incidência da causa de aumento de pena do delito de lavagem de dinheiro prevista no § 4º do art. 1º da Lei nº 9.613/1998. Habitualidade descrita na denúncia. Inépcia da denúncia não configurada. Concurso de pessoas. Descrição suficiente. Enquadramento como autores ou partícipes. Irrelevante. Ausência de dolo e consciência da ilicitude. Matérias afetas ao mérito. Preliminares rejeitadas. Inexistência de justa causa para a ação penal. Imputação calcada em depoimentos de réus colaboradores. Ausência de provas minimamente consistentes de corroboração. Documentos produzidos pelos próprios colaboradores. Inadmissibilidade. Registros de entrada, saída e deslocamentos. Ausência de elementos concretos que tornem indubitosa a materialidade. Fumus commissi delicti não demonstrado. Falsidade ideológica dos contratos. Ausência de lastro mínimo quanto ao liame subjetivo. Não demonstração, em termos probatórios, da alegada ligação entre o escritório de advocacia e o apontado real beneficiário dos valores por ele intermediados. Denúncia rejeitada (art. 395, III, CPP). 1. Como prevenção é matéria que deve ser alegada no primeiro momento em que se pronunciar nos autos a parte por ela teoricamente atingida, de igual modo, a ausência de prevenção - quando em face dela tiver sido determinada a distribuição - também é matéria a ser de logo apontada. 2. Os fatos apurados nas mesmas



circunstâncias têm sido reiteradamente tratados em inquéritos distribuídos por prevenção, porque incidem na hipótese regras que os enquadrariam em caso de conexão probatória e intersubjetiva (ainda que se adotasse a separação em face do número de investigados envolvidos, a teor do art. 80, CPP), e porque medidas decisórias prévias, na espécie, atraem a incidência do art. 83 do CPP.

3. O alegado esgotamento temporal das penas impostas previstas no acordo de colaboração premiada deve ser aferido em fase processual posterior. Na presente fase, é prematura a análise, sob essa perspectiva temporal e tendo em vista a ausência de juntada, de eventuais certidões de trânsito em julgado das ações em que se teria atingido o máximo patamar sancionatório pactuado.

4. No caso, a presença dos requisitos da busca e apreensão foi exaustivamente analisada quando do deferimento da medida. Preclusa a questão pela ausência de irrisignação no prazo legal para o recurso cabível.

5. Ademais, a inviolabilidade profissional do advogado não é absoluta (HC 91610, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 22/10/10; Inq 2.424, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJe de 26/3/10), de modo que o próprio Estatuto da OAB (Lei 8.906/1994) permite que a autoridade judiciária competente, em decisão motivada, decrete a quebra da prerrogativa (art. 7º, § 6º, da Lei 8.906/1994). A vedação constante da parte final do referido dispositivo não se estende "a clientes do advogado averiguado que estejam sendo formalmente investigados como seus partícipes ou co-autores pela prática do mesmo crime que deu causa a quebra da inviolabilidade" (art. 7º, § 7º, da Lei 8.906/1994).

6. Em tese, teórica e descritivamente, da narrativa dos fatos é possível extrair a característica da habitualidade, elementar prevista no § 4º do art. 1º da Lei 9.613/98, na medida em que são atribuídas condutas supostamente criminosas da mesma espécie ao longo do tempo.

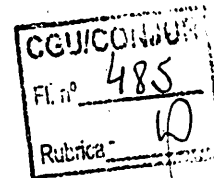
7. Da longa exposição descritiva constante na inicial, que esmiuçou os laços alegadamente mantidos entre os acusados e em qual medida teriam contribuído para as supostas práticas criminosas, é possível constatar que o concurso de agentes (ou de pessoas) está descrito, indicando-se o grau de envolvimento de cada um dos acusados nos diversos crimes narrados. Não é relevante, nesse momento processual, a definição se os acusados se enquadram no conceito de autores ou de partícipes dos crimes que lhes foram imputados.

8. Não há como acolher alegações de "erro de tipo" – por desconhecimento da

A handwritten signature in the bottom right corner of the page.

CGUI/CONJUR
Fl. nº 484
Rubrica

ilicitude (do conteúdo recebido ou da origem dos recursos) - ou de atipicidade - por ausência de dolo -, como se fossem questões teóricas, ou seja: de falha descritiva. Trata-se de questões afetas ao mérito e não de inépcia da denúncia, quando a descrição é satisfatória nesse quesito, como ocorre no caso, em que há expressa menção à participação consciente dos acusados. 9. Para o recebimento da denúncia, exige-se “a demonstração – fundada em elementos probatórios mínimos e lógicos – da realidade material do evento delituoso e da existência de indícios de sua possível autoria” (Inq 3.507/MG, Plenário, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 11/6/14). 10. A colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, tem aptidão para autorizar a deflagração da investigação preliminar, visando adquirir coisas materiais, traços ou declarações dotadas de força probatória. Essa, em verdade, constitui sua verdadeira vocação probatória. 11. **Todavia, os depoimentos do colaborador premiado, sem outras provas idôneas de corroboração, não se revestem de densidade suficiente para lastrear um juízo positivo de admissibilidade da acusação, o qual exige a presença do fumus commissi delicti.** 12. **O fumus commissi delicti, que se funda em um juízo de probabilidade de condenação, traduz-se, em nosso ordenamento, na prova da existência do crime e na presença de indícios suficientes de autoria.** 13. **Se “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador” (art. 4º, § 16, da Lei nº 12.850/13), é lícito concluir que essas declarações, por si sós, não autorizam a formulação de um juízo de probabilidade de condenação e, por via de consequência, não permitem um juízo positivo de admissibilidade da acusação.** 14. No caso concreto, faz-se referência a documentos produzidos pelos próprios colaboradores, a exemplo de anotações, registros em agenda eletrônica e planilhas de contabilidade informal. A jurisprudência da Corte é categórica em excluir do conceito de elementos de corroboração documentos elaborados unilateralmente pelo próprio colaborador. Precedentes. 15. Demais registros colhidos no decorrer das investigações, por si sós, não comprovam a materialidade dos delitos imputados aos acusados. Quanto muito possibilitam inferências e ilações no sentido de que os acusados mantinham algum contato, ou que fizeram deslocamentos mencionados pelos colaboradores, mas não bastam para tornar estreme de dúvidas a materialidade especificamente das condutas criminosas imputadas aos



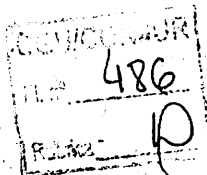
denunciados. 16. Analisando os elementos probatórios para além das colaborações, não há indícios de autoria em relação ao Senador Ciro Nogueira Lima Filho quanto a esse fato (supostos contratos fictícios), carecendo, portanto, de justa causa as imputações de corrupção passiva e de lavagem de dinheiro subjacentes a essa narrativa, pela ausência de lastro mínimo probatório quanto ao liame subjetivo. 17. Mesmo que admitida a probabilidade da versão no tocante à falsidade ideológica dos contratos como base para o alegado repasse de recursos ilícitos, ainda assim a acusação não logrou demonstrar, minimamente, em termos probatórios, a alegada ligação entre o escritório de advocacia e o apontado real beneficiário dos valores por ele intermediados, o que seria imprescindível no contexto da imputação (de corrupção e lavagem) delineada na denúncia. 18. Denúncia rejeitada na íntegra, nos termos do art. 395, III, do Código de Processo Penal.

(Inq 4074, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 14/08/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-221 DIVULG 16-10-2018 PUBLIC 17-10-2018)

59. Como muito bem destacado em seu Voto no INQ 4074, o Ministro Gilmar Mendes apresentou importante divergência de princípio com o Ministro Edson Fachin acerca do instituto da colaboração premiada. Para o Ministro Fachin, seria natural que o colaborador apresentasse versões o mais próximo possível de como os fatos realmente se passaram, considerando que “provar fatos não ocorridos é tarefa bem mais árdua do que o inverso” e que seria “equivoco presumir o interesse do colaborador em produzir ou alcançar provas forjadas”, visto que esse seria “motivo para desfazimento do acordo e perda dos benefícios nele entabulados”.

60. Para o Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, “a desconfiança com os atos de colaboração decorre da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF), a qual, como regra probatória e de julgamento, impõe à acusação o ônus de provar a culpa, além da dúvida razoável. É produzindo provas contra terceiros que o delator obtém a remissão de suas penas (art. 4º da Lei 12.850/13), ou seja, um “ânimo de autoexculpação” ou de “heteroinculpação” (NIEVA FENOLL, Jordi. Lavaloración de la prueba. Madri: Marcial Pons, 2010. p. 244, tradução livre).” E a esse argumento devemos acrescentar que a desconfiança com os atos de colaboração decorre da própria Lei (§ 16 do art. 4º da Lei 12.850/2013) que, como visto, não admite condenação com base apenas na palavra do colaborador premiado.

61. Assim, o entendimento fixado pela 2ª Turma do STF é no sentido de que as declarações dos colaboradores têm valor probatório limitado, devendo ser efetivamente comprovadas por elementos de corroboração consistentes, ou seja, os



depoimentos do colaborador premiado, sem outras provas idôneas de corroboração, não se revestem de densidade suficiente para lastrear um juízo positivo sequer de admissibilidade da acusação, quanto mais de condenação.

62. No caso em tela, a Comissão considerou que os depoimentos dos colaboradores poderiam ser corroborados por documentos cuja produção tinha sido produzida por eles mesmos, a exemplo de anotações, registros em agenda pessoal e planilhas de contabilidade informal. Acontece que, como visto neste tópico, a jurisprudência recentíssima do STF é categórica em excluir do conceito de elemento de corroboração documentos elaborados unilateralmente por colaborador premiado, senão vejamos:

“Não obstante, em sua contabilidade paralela, os colaboradores premiados tenham feito anotações pessoais que supostamente traduziriam pagamentos indevidos aos parlamentares federais, uma anotação unilateralmente feita em manuscrito particular não tem o condão de corroborar, por si só, o depoimento do colaborador, **ainda que para fins de recebimento da denúncia.**

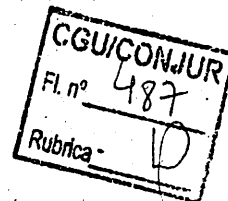
10. Se o depoimento do colaborador necessita ser corroborado por fontes diversas de prova, evidente que uma anotação particular dele próprio emanada não pode servir, por si só, de instrumento de validação” (Inq 3.994/DF, Segunda Turma, Rel. p/ o ac. Min. Dias Toffoli, DJede 6/4/18).

2.6 VERIFICAÇÃO DA ADEQUAÇÃO DO ENQUADRAMENTO LEGAL DA ATUAÇÃO DA EMPRESA E RESPECTIVA PENALIDADE PROPOSTA: ANÁLISE INDIVIDUALIZADA DA ATUAÇÃO DA EMPRESA PELA CPAR

2.6.1. ANÁLISE INDIVIDUALIZADA DA ATUAÇÃO DA EMPRESA

63. Ao final da instrução, a Comissão resolveu indiciar a empresa PROMOM pela prática de fraude a licitações promovidas pela Petrobras. Em contextualização inicial, revelou que a partir das investigações realizadas no âmbito da "Operação Lava-jato", um intrincado esquema criminoso de fraude a licitações da Petrobras envolvendo as principais empresas que atuam no mercado brasileiro do ramo de engenharia foi descoberto.

64. Segundo a Comissão, os elementos probatórios colhidos indicam a existência de um conluio do qual participaram, inicialmente, na chamada 1ª fase do



grupo de empresas, as seguintes organizações/grupos econômicos: Camargo Corrêa S.A., Construtora Andrade Gutierrez S.A., Construtora Norberto Odebrecht S.A.; Mendes Júnior Trading Engenharia, MPE Montagens e Projetos Especiais S.A., **Promon Engenharia Ltda.**, SOG Óleo e Gás - "Setal", Techint Engenharia e Construções S. A. e UTC Engenharia S.A.

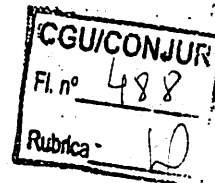
65. A Comissão, após análise das informações prestadas pelos colaboradores, associadas aos documentos que corroboram tais informações, entendeu pela existência de provas da formação de um grupo de empresas, que atuavam de forma concertada, objetivando fraudar as licitações no âmbito da Petrobras, além de provocar, segundo apontamentos do TCU, sobrepreço nos contratos, gerando prejuízos aos cofres públicos, razão pelas quais existem processos de Tomada de Contas Especiais - TCEs instauradas pela Corte de Contas, em que se apuram as responsabilidades das empresas integrantes do chamado "Clube", empresários e agentes públicos, pelos danos causados ao erário (§§ 76/78 e 94/96 da Nota de Indiciação).

2.6.2. DA INDICIAÇÃO

66. A Comissão formou convicção de que a PROMON ENGENHARIA LTDA participou de licitações fraudadas pelo "Clube" nos seguintes casos: a) Refinaria Henrique Lage (Rcvap) - HADT Diesel (consórcio formado pelas empresas Camargo Corrêa, Promon e MPE); b) Refinaria Henrique Lage (Revap) - HDS Nafta URC; c) Refinaria Presidente Getúlio Vargas (Repar) - URC; d) Complexo Petroquímico do Rio de Janeiro - COMPERJ (UDA/UDV); e) TECAB/Cabiúnas 3(Terminal de Gás de Cabiúnas) - 2011 - (obras de interligação Plansal) e que o conjunto probatório de sua participação ilícita sustenta-se no seguinte: (i) nos depoimentos prestados pelos colaboradores, em destaques no § 17 da Nota de Indiciamento; (ii) nos documentos anexados ao Histórico de Condutas - HC e Anexo Provas Documentais, constantes do Acordo de Leniência 01/105 (fl.50); e (iii) nos documentos/evidências destacados no Anexo da Nota Técnica nº38/2015/ASSTEC-SG/SGA/SG/CADE (CD/DVD, Doe. 02, fl. 134), os quais confirmariam os ilícitos apurados.

67. A CPAR sustentou a pertinência da utilização das chamadas provas indiciárias, argumentando que "evidentemente, as reuniões realizadas pelos membros do "Clube" não produziram atas ou convites formais, documentos assinados, etc, pois é da essência desse tipo de conduta a ocultação de vestígios.

68. Por essas razões, a atuação da empresa foi enquadrada, em tese, no rol de ilícitos administrativos estampados no art. 88 da Lei 8.666, de 1993, em especial aquele tipificado nos seus incisos II e III: praticar atos ilícitos visando frustrar os objetivos da licitação e não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude dos ilícitos praticados.



2.6.3. DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA:

69. Eis a síntese dos argumentos de defesa da empresa indiciada, conforme o Relatório da CPAR:

PRELIMINARES

V.1) Correção de fato. PROMON não apresentou proposta p/o propeno da REPAR em consórcio com a CAMARGO CORRÊA;

V.2) Incompetência da CGU;

V.3) Inaplicabilidade da Lei 8.666/93 aos contratos da Petrobras;

V.4) Impossibilidade de aplicação da declaração de inidoneidade por não estar prevista no Decreto 2.745/98;

V.5) Impossibilidade de utilização de provas emprestadas ausência de contraditório;

V.6) Impossibilidade de fraude à licitação por não ter havido pagamento de propina;

V.7) Ausência de descrição pormenorizada das condutas da PROMON;

V.8) Ausência de descrição individualizada das condutas dos demais participantes do conluio e impossibilidade de condenação com base em provas indiciárias;

V.9) Nulidade das leniências e TCCs firmados pelo CADE;

V. 10) Bis In Idem: conluio/cartel;

MÉRITO

VI.1) Prescrição;

VI.2) Ausência de conluio;

VI.3) Posição de monopólio da Petrobras;

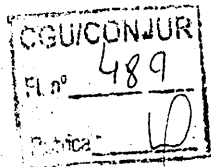
VI.4) Reduzido poder de mercado da PROMON;

VI.5) Necessidade de constituição de consórcios;

VI.6) Enfrentamento individualizado das imputações feitas pela Comissão quanto a cada uma das cinco licitações que contaram com a participação da PROMON;

2.6.4. DO POSICIONAMENTO FINAL DA CPAR:

70. Quanto ao primeiro item - correção de fato apresentado pela PROMON - a Comissão esclareceu que a informação constante do item 28 da Nota



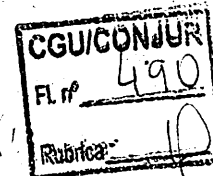
de Indiciação não faz menção à licitação REPAR (propeno) e que foi na realidade uma reprodução de informações prestadas pelos signatários do Acordo de Leniência CADE nº 01/2015, firmado com a empresa SOG/SETAL. Assim, o que se verificou no ponto é que o consórcio entre PROMON E CAMARGO CORREA não se formou para licitação da REPAR (propeno), mas sim para COQUE/URC da REPAR.

71. No que tange à competência da CGU para atuar no presente caso e da inexistência de *bis in idem*, a CPAR, com muita propriedade, apresentou os fundamentos legais que fundamentam a atuação da CGU - Leis nº 10.683/2003 (alterada pela Lei nº 13.502/2007) e nº 8.666/1993 e precedente do STJ (MS 14134). Quanto ao possível *bis in idem*, a CPAR sustentou que a atuação da CGU se dá em substituição da Petrobras e numa esfera diversa da do CADE, pois este apura cartel e a CGU apura a fraude a licitação e eventual pagamento de propina, razão pela qual refutou os argumentos da defesa neste ponto.

72. A terceira e quarta questões preliminares levantadas pela PROMON dizem respeito à suposta inaplicabilidade da Lei nº 8.666/1993 aos contratos celebrados pela Petrobras, os quais seriam regulados exclusiva e integralmente pelo Decreto nº 2.745/1998, fruto da disposição contida no art. 67 da Lei nº 9.478/1997. Com isso, alega a PROMON que a incidência da Lei de Licitações sobre as contratações da estatal deve ser afastada *in totum*. A Comissão manifestou -- no mesmo sentido como fizemos no item 2.2 deste Parecer -- que as empresas contratadas pela Petrobras estão sujeitas às quatro penalidades previstas no item 7.3 do Decreto nº 2.745/1998, quando o fato estiver relacionado à inexecução contratual, e à suspensão e à declaração de inidoneidade prevista pela Lei 8.666/1993, quando o fato se enquadrar em uma das hipóteses previstas no art. 88 desta última Lei, as quais não estão relacionadas simplesmente a questões envolvendo execução contratual!

73. A quinta questão preliminar invocada pela PROMON versa sobre uma suposta violação ao contraditório e à ampla defesa em razão da utilização de provas emprestadas oriundas de outros processos apuratórios sem a devida submissão à apreciação e ao contraditório da pessoa jurídica acusada. A Comissão fundamentadamente concluiu que o princípio do contraditório foi plenamente observado, sendo infundada a alegada violação, como aliás, já discorremos no item 2.4 deste Parecer.

74. No item seguinte da defesa (V.6), talvez o mais importante e que não pode ser menosprezado, a defesa põe em dúvida a existência de prova efetiva de que sabia e praticou o conluio para fraudar a licitação, pois a própria Comissão reconheceu que não houve pagamento de propina pela PROMON. A Comissão faz pouco caso deste argumento e sustenta que a empresa construiu uma narrativa a partir de uma *interpretação completamente equivocada*. Basicamente, a CPAR entendeu o argumento no sentido de que, na interpretação da defesa, o fato de não estar provado o envolvimento da PROMON no pagamento de propina, automaticamente também estaria afastada a figura da fraude à licitação. Destarte, segundo a Comissão, não subsistem os argumentos da defesa de que, em razão da inexistência de prova de



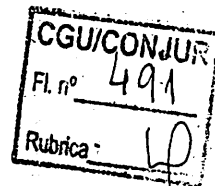
pagamento de vantagem indevida, estaria automaticamente afastada a acusação de fraude à licitação, pois a fraude à licitação é ilícito formal, que não depende de pagamento de propinas e demais efeitos danosos, bastando o conluio para fraudar a licitação. Porém, há que se observar que a Comissão deste PAR não enfrentou a discussão acerca de se saber se a atuação individualizada da PROMON estava realmente e efetivamente concertada com as grandes empresas que formavam os consórcios em que ela participava. O ponto é que o fato dela não ter pago propina e as outras empresas sim, pode levar a uma dúvida relevante sobre se realmente a PROMON estava em conluio ou apenas compunha o consórcio por ser uma empresa que efetivamente executava serviços especializados que as outras empresas consorciadas não executavam ou não queriam executar.

75. Quanto à validade das provas oriundas de acordos colaborativos, a Comissão apresentou entendimento, com base em fontes doutrinárias e jurisprudenciais, no sentido de que as alegações da PROMON acerca de uma suposta inferioridade dos indícios empregados neste PAR para demonstrar os fatos ilícitos a ela imputados pela Comissão configurariam uma tentativa frustrada e equivocada de desqualificar provas legítimas que possibilitam o estabelecimento de conexões argumentativas e inferenciais robustas e seguras em direção a fatos delituosos graves, como a prática de corrupção e o conluio em licitações. Como visto no tópico 2.3 deste Parecer, contudo, o entendimento fixado pela 2ª Turma do STF é no sentido de que as declarações dos colaboradores têm valor probatório limitado, devendo ser efetivamente comprovadas por elementos de corroboração consistentes e autônomos em relação aos colaboradores, o que será melhor enfrentado no tópico seguinte.

76. Quanto à prescrição, em análise percuciente dos fatos, a Comissão ponderou que qualquer regra prescricional que seja considerada (prazo prescricional da lei administrativa ou da lei penal), o fenômeno da prescrição ainda não se operou.

77. No que tange ao mérito, a Comissão compreendeu que o fato de a Petrobras encontrar-se, eventualmente, em posição de monopólio não influenciou para evitar as fraudes perpetradas, já que os principais responsáveis pelos ilícitos foram exatamente os gestores/executivos das empresas licitantes que, associando-se aos ex-diretores corrompidos da estatal, fraudaram os processos licitatórios. Neste ponto, esta Consultoria Jurídica nada tem a acrescentar aos excelentes fundamentos da Comissão de PAR.

78. Além disso, a Comissão considerou que apesar de a empresa ser de médio porte, sem condições de influenciar nas "regras do jogo" para fraudar as licitações, tal circunstância não foi relevante para implementação do suposto conluio fraudulento. Fez-se referência ao depoimento do colaborador Augusto Ribeiro de Mendonça Neto, que relatou como se davam os encontros e que a PROMON era representada por José Otávio. Ademais, trecho do depoimento de Pedro Barusco afirma que a PROMON comporia o "núcleo duro" do "Clube" de empresas que fraudavam as licitações. Analisaremos melhor este ponto também em tópico a seguir,



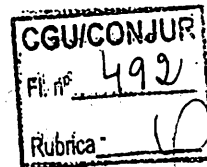
pois sua posição de inferioridade em relação às demais empresas, indubitavelmente corruptoras, do consórcio, pode sim, ter relevância na análise da responsabilização da PROMON. Ademais, no final do relatório final a Comissão admite que a PROMON não fazia parte do "núcleo duro" das empresas do "Clube das 6" que fraudavam a Petrobrás (ver parágrafo 347 do Relatório Final).

79. Analisando pontualmente as licitações especificadas no Termo de Indiciação, a Comissão, fazendo o cotejo com os depoimentos produzidos por colaboradores premiados e elementos apresentados em acordo de leniência no CADE (documentos produzidos unilateralmente por colaboradores), entendeu que a PROMON era culpada por fraudes que ocorreram mediante as seguintes atuações (que, a propósito, valem para todos os casos em que há provas de fraudes a licitação nos casos da Operação Lava Jato): a) direcionamento da licitação; b) quebra do sigilo das propostas; c) divisão de mercado e/ou d) apresentação de propostas de cobertura por outras empresas integrantes do "Clube".

80. Por fim, a Comissão entendeu que a PROMON ENGENHARIA LTDA atuou em conluio com diversas empresas integrantes do chamado "Clube" que fraudou diversas licitações realizadas pela Petrobras. Em razão disso, definiu o enquadramento da prática de fraude à licitação pelo conluio com outras empresas para frustrar a competitividade das licitações na Petrobras, no rol dos ilícitos estampados no art. 88 da Lei 8.666, de 1993, nos incisos II e III (prática de atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação e demonstração de que não possui idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados), sugerindo, ao final, a aplicação da penalidade de suspensão por 2 anos do direito de licitar e contratar com a Administração Pública, prevista no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666 de 1993, reprimenda que considerou proporcional e compatível no ambiente em que as infrações ocorreram. Interessante notar que a pena de suspensão de licitar e contratar com a Administração Pública (mais leve do que a declaração de inidoneidade do inciso IV do art. 87 da Lei de Licitações e Contratos) foi justificada pelo fato de a PROMON não ter pago propina e não ser integrante do "Clube Vip" ou "G6. Acontece que tais circunstâncias podem, na verdade, significar uma ausência de provas de que a PROMON praticou uma conduta ilícita, excluindo a culpa da empresa pela impossibilidade de prova de que a ação foi antijurídica e reprovável, como veremos no próximo tópico.

3. DA ANÁLISE JURÍDICA DA CONJUR

81. A Comissão de PAR considerou graves os fatos imputados à PROMON ENGENHARIA LTDA, por sua participação em fraudes às licitações da Petrobras. Considerou os fatos provados e materializados no conluio entre empresas para frustrar a competitividade das licitações.



82. Os tipos administrativos imputados à empresa descrevem comportamentos dotados de cunho de maior reprovabilidade e exigem, como regra, a necessidade de comprovação do dolo ou má-fé na atuação de prepostos/presentantes/representantes da empresa.

83. A Comissão entendeu pela existência de indícios da prática dos seguintes ilícitos por parte da empresa:

a) **Prática de atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação (artigo 88, inciso II, da Lei nº 8.666/93):** associação a outras pessoas jurídicas no sentido de direcionar e lotear as licitações promovidas pela PETROBRAS, com conseqüente frustração do caráter competitivo, por meio de conluio empresarial e a utilização de mecanismo de prévia combinação de vencedores nos seguintes procedimentos: a) Refinaria Henrique Lage (Rcvap) - HADT Diesel (consórcio formado pelas empresas Camargo Corrêa, Promon e MPE); b) Refinaria Henrique Lage (Revap) - HDS Nafta URC; c) Refinaria Presidente Getúlio Vargas (Repar) - URC; d) Complexo Petroquímico do Rio de Janeiro - COMPERJ (UDA/UDV); e) TECAB/Cabiúnas 3 (Terminal de Gás de Cabiúnas) - 2011 - (obras de interligação Plansal

b) **Demonstração de inidoneidade de contratar com a Administração (artigo 88, inciso III, Lei nº 8.666/93):** Frustrar a licitação para o TECAB/Cabiúnas 3 (Terminal de Gás de Cabiúnas – obras de interligação Plansal) por meio do direcionamento da licitação, quebra do sigilo das propostas, divisão de mercado e apresentação de propostas de cobertura por outras empresas integrantes do “Clube”.

84. No caso em exame, a Comissão reconheceu que apesar de ter constatado fortes indícios quanto a materialidade delitiva da empresa, não foi possível encontrar provas suficientes para imputação de autoria aos representantes da **PROMON** no que tange ao pagamento de vantagens indevidas a agentes públicos (fls. 136, Volume I). No item 12 do Relatório Final, a Comissão afirma não ter logrado provas suficientes para imputar a autoria de pagamento de propina a representantes da empresa PROMON, o que não afastaria a possibilidade de, futuramente, a CGU determinar a reabertura das apurações, caso surjam provas novas quanto à autoria delitiva da empresa ora investigada no pagamento de vantagens indevidas.

CGU/CONJUR
Fl. nº 493
Rubrica

85. No entanto, entendeu a CPAR existir respaldo probatório suficiente para imputar responsabilidade à **PROMON** na participação em conluio com outras empresas com o objetivo de fraudar licitações junto à PETROBRAS.

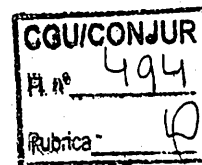
86. A Nota Técnica nº 38/2015/ASSTEC-SG/SGA/SG/CADE, elaborada a partir das informações fornecidas por colaboradores signatários do Acordo de Leniência nº 01/2015 no CADE, traz diversos documentos, planilhas e indícios do referido conluio envolvendo as licitações na PETROBRAS. São documentos produzidos unilateralmente por colaboradores que não narram fatos especificamente da PROMON, mas do chamado "Clube" como um todo, e devem, portanto, ser avaliados com bastante critério e devidamente corroborados por outras provas constantes dos autos e autônomas em relação àquelas fornecidas por colaboradores premiados, o que, no ponto de vista desta CONJUR, não ocorreu.

87. Como visto nos precedentes do Supremo Tribunal Federal referidos no tópico 2.5 deste Parecer, tais documentos produzidos unilateralmente, não são suficientes, por si sós, para corroborar as declarações dos próprios colaboradores. Neste sentido vale repetir trecho de lúcida decisão da Segunda Turma do STF:

"Se o depoimento do colaborador necessita ser corroborado por fontes diversas de prova, evidente que uma anotação particular dele próprio emanada não pode servir, por si só, de instrumento de validação" (Inq 3.994/DF, Segunda Turma, Rel. p/ o ac. Min. Dias Toffoli, DJede 6/4/18).

88. Ademais, a Comissão analisou o conteúdo das informações prestadas pelos seguintes colaboradores: Augusto Ribeiro de Mendonça Neto, Pedro José Barusco, Alberto Youssef. Estão presentes nos autos também trechos do depoimento prestado por Dalton dos Santos Avanci (ex-diretor executivo da empresa Camargó Corrêa) no âmbito da Ação Penal nº 5083258-29.2014.4.04.7000. Por fim, a CPAR também confrontou as informações fornecidas por Marcos Pereira Berti no âmbito do Acordo de Leniência nº 01/2015 firmado com o CADE.

89. O relatório final colaciona as informações prestadas pelos colaboradores com o intuito de comprovar a atuação ilícita da investigada. É preciso reconhecer, porém, que alguns deles são bastante genéricos, enquanto outros conferem certa dúvida em razão de sua imprecisão e até mesmo são contraditórios. Como muito bem posto pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento do Inq 4074, a desconfiança com os atos de colaboração decorre da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF), a qual, como regra probatória e de julgamento, impõe à acusação o ônus de provar a culpa, além da dúvida razoável. No caso em tela a dúvida razoável acerca da atuação ilícita e culpável da empresa PROMON persiste.

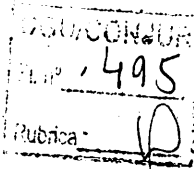


90. A título exemplificativo, tem-se o trecho do depoimento de Alberto Youssef, em destaque na fl. 209 do Relatório Final, no qual o depoente declara que “a PROMON sozinha nunca fora contratada”. Já no Termo de Colaboração de Dalton dos Santos, o mesmo afirma “que a partir das tratativas com a PROMON, esses contratos seriam assinados apenas pela CAMARGO e não pelo consórcio” (fl. 210 – Volume I) e “que ficou acertado que a PROMON não se envolveria com o pagamento de propinas, embora tivesse conhecimento do esquema” (fl. 220 – Volume I); em outro trecho (fls. 219 – Volume I), Alberto Youssef informa ter conhecido um dos diretores da Promon, no entanto, não sabe informar seu nome.

91. Em seu depoimento, o colaborador Augusto Ribeiro Mendonça Neto afirma que houve pagamento de propina a Renato Duque (retificou o valor para 2 milhões que havia mencionado em colaboração anterior) e que foi reembolsado pelo Consórcio SPS (Skanska, Promon e SOG) através de notas fiscais que teriam sido faturadas para a empresa ENERGEX simulando prestação de serviços. Esse pagamento teria relação com a licitação do TECAB -3 em 2012 (fls. 102 da mídia digital de fls. 13 Volume I). No entanto, no mesmo Termo de Colaboração, o colaborador afirma que PROMON E SKANSKA se negaram a fazer qualquer tipo de acerto. Ou seja, mesmo a palavra do colaborador premiado -- que, como dito, deve ser vista com desconfiança -- é dúbia e gera dúvida razoável. E mais, não há corroboração precisa de que a empresa PROMON de fato sabia, por seus representantes, que estava participando de um consórcio com empresas corruptoras. A única certeza que se tem, destarte, é que as grandes empresas dos consórcios analisados eram corruptoras, mas isso não significa que as demais e menores empresas (muitas vezes operacionais/prestadores de serviços especializados) estivessem envolvidas no esquema corrupto. O que há de mais convincente é o fato da PROMON não ter pago propina, o que, ao contrário do que pensa a Comissão, é, na verdade, um indício de que ela não participava do conluio, pois se soubesse dele provavelmente teria sido instada a contribuir com "sua parte" no arranjo.

92. No âmbito das informações compartilhadas pelo CADE, a mídia de fls. 134, anexo da Nota Técnica, nº 38/2015, o CADE traz informações prestadas pelos colaboradores, que indicam a participação da PROMON no “clube das 9” e “clube das 16” integrando as empresas que atuavam em conluio para fraudar licitações junto a PETROBRAS. As informações denotam ainda a existência de uma hierarquia entre as empresas; “Odebrecht, Camargo Corrêa, Andrade Gutierrez, UTC, Techint e Mendes Junior conseguiam, regra geral, pautar as negociações, submetendo as demais – Promon, Setal e MPE – às suas prioridades” (fls. 41 de 221 do documento 02 da mídia).

93. Em outro momento, uma planilha indica um acerto feito pelo “clube” para o contrato da REVAP: “Este documento demonstra ainda a formação de consórcios entre empresas em diversas licitações, como se extrai da coluna (“OBS”). Conforme relato dos signatários, ficou acertado entre as empresas do “Clube das 9”: a. que Promon (1), Camargo Correa (7) e MPE (9) formariam consórcio para vencer a licitação da REVAP (epc1 e epc4)”. (fls. 49 de 221 do documento 02 da mídia).



94. Ou seja, temos no máximo *indícios* de que talvez a PROMON, mesmo não sendo uma das grandes empresas corruptoras do esquema desvendado pela Lava Jato, soubesse que compunha consórcios que fraudavam licitações. Mas não há provas concretas e independentes de que ela soubesse o que estava acontecendo e mereça ser punida por isso.

95. Neste ponto, cabe esclarecer que **não é correto afirmar simplesmente que há solidariedade entre todas as empresas de um consórcio**, não sendo importante averiguar a culpabilidade de cada uma das empresas, bastando provar o ilícito praticado pelo consórcio. Abrimos aqui um parêntese para fazer uma digressão teórica essencial para a solução do presente processo.

96. Primeiramente devemos refutar a tese simplista de que o legislador da Lei Anticorrupção (LAC) *optou pela responsabilização objetiva* das pessoas jurídicas que se envolvem em corrupção, e que isso afastaria a possibilidade/necessidade de análise de quaisquer liames subjetivos entre a vontade de praticar a infração e o seu cometimento, o que impediria se falar em impossibilidade de se aplicar a pena a todas as empresas de um mesmo consórcio, pois todas deveriam responder objetivamente pelo resultado danoso. A nosso juízo, a responsabilidade objetiva prevista no art. 2º da Lei 12.846/2013 (LAC) refere-se à responsabilidade que tem a empresa específica responsável pela prática do ato ilícito (mesmo porque, a não ser assim, não faria sentido a previsão do § 2º do art. 4º da LAC). Se há umnexo causal entre o ato ilícito e a atuação da empresa, seria possível uma imputação à empresa. Isso é diferente de dizer que uma empresa consorciada, que não praticou nenhum ato que levou ao resultado danoso, possa ser responsabilizada apenas porque uma outra consorciada produziu o dano ou se envolveu em ilícito grave. Na verdade, como veremos adiante, a responsabilidade objetiva no Direito Administrativo sancionador não dispensa o nexocausal nem a demonstração de que o representante da empresa praticou um ato ilícito e com culpa. Ela pode dispensar a demonstração da culpabilidade para a cobrança de ressarcimento de danos civis, mas não para a aplicação de pena (aliás, a LAC prevê a dosimetria da pena com base na gravidade da infração, por exemplo, nos termos do art. 7º, inciso I, da LAC, o que já demonstra que não existe essa pretensa responsabilidade objetiva absoluta).

97. Sobre este complexo tema da responsabilidade objetiva na Lei Anticorrupção, Ana Frazão, em recentíssimo artigo intitulado "**Responsabilidade Objetiva de Pessoas Jurídicas por atos de Corrupção**" (in: FORTINI, Cristiana (Coord.). *Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 35-56. ISBN: 978-85-450-0422-6), destaca que haveria basicamente duas opções para justificar a responsabilidade da pessoa jurídica para fins punitivos: ou se pune a pessoa jurídica por ato próprio ou se pune a pessoa jurídica por fato de seus administradores ou representantes.

98. No primeiro caso o fundamento para a punição da pessoa jurídica por ato próprio não é a imputação à pessoa jurídica de um ato de administrador ou de

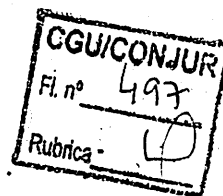
496

10

representante, mas sim a falha de organização da empresa que possibilitou que as pessoas naturais gestoras praticassem aquele ilícito em nome da pessoa jurídica, independentemente da conduta individual que deu origem ao fato ilícito. Sob esta ótica (adotada pela Suíça e Austrália), a reprovabilidade da conduta é constatada quando se demonstra a violação dos deveres de cuidado para prevenir e remediar ilícitos. Se não se demonstra isso, se não há defeito de organização, responderá na esfera punitiva somente a pessoa natural, *sem prejuízo de que a pessoa jurídica responda, de forma objetiva e solidária, pelo ressarcimento de eventuais danos no âmbito da responsabilidade civil*. Pois bem, apesar de a nossa Lei Anticorrupção valorizar programas de *compliance* (que eventualmente podem afastar a responsabilidade da empresa segundo este modelo punitivo Suíço e Australiano) a LAC não alicerça a responsabilidade administrativa da pessoa jurídica em defeito de organização (cf. *op cit.* p. 37-39).

99. A outra opção trazida por Ana Frazão para justificar a responsabilidade da pessoa jurídica é aquela que busca a sua punição por fato de "terceiro", ou seja, com base na mera prática de atos ilícitos pelos órgãos ou pessoas naturais que a apresentam ou representam. É a adoção de um sistema de heterorresponsabilização, transferindo a responsabilidade individual do presentante ou representante que praticou ato em benefício da empresa, à própria pessoa jurídica. Ao invés de propor critérios próprios de culpabilidade da pessoa jurídica, como faz o primeiro modelo apresentado, este segundo modelo imputa à empresa, de forma automática, a conduta de pessoas naturais que agem em seu nome. É a expressão da aplicação da responsabilidade objetiva que vemos no direito privado, por exemplo, na responsabilidade do empregador por ato de seu empregado. Assim, se há uma ação de pessoa natural em nome da pessoa jurídica e com o fim de beneficiá-la, havendo um ato ilícito aí, este é automaticamente imputado à pessoa jurídica. Neste modelo, a inexistência de um defeito de organização, a presença de programas de *compliance* e mesmo um esforço da empresa para evitar o ilícito, no máximo poderão atenuar a responsabilização da pessoa jurídica (cf. *op cit.* p. 40-42).

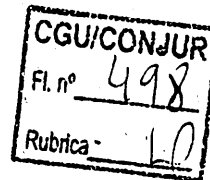
100. Ana Frazão aponta que não há dúvidas de que no campo da responsabilidade civil, devido à importância da boa-fé objetiva, da teoria da aparência e da necessidade de socialização dos danos, a responsabilidade objetiva é bastante adequada. Entretanto, a autora lembra que no âmbito do direito punitivo, os motivos que justificam a pena são muito diferentes daqueles que fundamentam o ressarcimento de danos. É que as garantias constitucionais que se aplicam a qualquer exercício de poder punitivo estatal trabalham com premissas de reprovabilidade para justificar a punição. Sem culpa fica difícil falar-se em punição estatal (que é diferente de ressarcimento de danos civis). Ou seja, esta opção pela punição objetiva implicaria, por exemplo, em dizer que uma empresa que fez de tudo para evitar ilícitos de seus agentes e, por isso mesmo, até descobriu a existência de um deles, irá ser penalizada, quando se não tivesse feito nada, talvez nunca o Estado descobrisse o malfeito da empregado da empresa. (cf. *op cit.* p. 40-41).



101. Assim, muitos autores trazidos pela autora citada sustentam que, no âmbito específico do direito punitivo a responsabilidade objetiva precisa ser flexibilizada em algumas circunstâncias, inclusive em nome da preservação da empresa, quando ficar demonstrado que a empresa tomou todas as medidas necessárias para a prevenção de ilícitos. Estes autores vão defender que é necessário que haja alguma violação ao dever de cuidado por parte da pessoa jurídica para que possa haver a imputação automática inerente à *vicarious liability* (responsabilidade objetiva civil). Falar-se-ia, então em *vicarious liability based on negligence*, como uma alternativa à responsabilidade objetiva pura e simples. A autora conclui que esta adaptação acaba por igualar a segunda teoria à primeira, na medida em que busca o mesmo fundamento para a identificação da culpabilidade da pessoa jurídica (cf. *op cit.* p. 42-43).

102. O fato é que a Lei Anticorrupção acabou optando claramente (ver seu art. 2º) pela heterorresponsabilidade da pessoa jurídica, adotando a *vicarius liability* civil para as penalidades que ela prevê, pois ela fala que as *peçoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil*. Mas trazer a responsabilidade objetiva para o Direito Administrativo Sancionador produz, na visão de Ana Frazão, várias dificuldades para a justificação da responsabilização administrativa de pessoas jurídicas e também para a implantação dos programas de *compliance*. Acontece, porém, que a LAC criou esta responsabilidade objetiva para a pessoa jurídica no âmbito administrativo, mas desde que a ação que produziu o resultado ilícito tenha sido praticada *no interesse ou benefício* dessa pessoa jurídica. Com isso a lei parece referir-se, na verdade, à imputação automática da pessoa jurídica *pelos atos praticados pelas pessoas naturais que agem em seu nome* (cf. *op cit.* p. 43-44).

103. Assim, apesar de a LAC ter previsto a imputação automática, esta responsabilidade objetiva não autoriza uma *punição sem reprovabilidade*. A previsão de responsabilidade objetiva tem que se referir ao mérito da conduta, senão poder-se-á falar de uma absurda imputação de responsabilidade mesmo que a conduta não seja reprovável. Não havendo reprovabilidade da conduta, perde-se até mesmo o parâmetro fundamental da dosimetria da pena. Não se pode esquecer que a responsabilidade objetiva é *técnica de socialização dos danos, mas jamais de responsabilização punitiva*. Os fundamentos da responsabilidade objetiva -- risco, proveito, garantia, equidade, perigo -- podem ser adequados para a reparação civil (inclusive por atos lícitos), mas não para a imposição de uma sanção, que só se justifica diante de ato contrário ao direito. Nas palavras de Ferrajoli, "as ações culpáveis são as únicas que podem ser não somente objeto de reprovação, de previsão e de prevenção; são, também, as únicas que podem ser lógica e sensatamente proibidas". Portanto, o princípio da antijuridicidade é fundamental no Direito Administrativo sancionador. E o princípio da culpabilidade decorre do princípio da legalidade, da proibição do excesso e mesmo das exigências inerentes ao Estado de Direito, logo, tampouco pode o ilícito administrativo prescindir do elemento subjetivo da culpabilidade para substituí-lo por um sistema de responsabilidade objetiva ou sem culpa, como já decidiu o Tribunal Constitucional da Espanha (cf. *op cit.* p. 45-47).



104. Há farta doutrina no Brasil defendendo que somente a responsabilidade subjetiva seria compatível com o direito punitivo (Medina Osório, Regis Fernandes Oliveira, Heraldo Garcia Vitta, Guilherme Nucci). Uma coisa é pretender que o ato de corrupção seja definido a partir dos critérios da culpa clássica e do dolo. Outra coisa é prescindir da análise da reprovabilidade da conduta. Aliás, mesmo na responsabilidade civil não se precisa provar a culpa do empregador, por exemplo, mas este somente será responsabilizado caso o seu preposto tenha agido ao menos culposamente. E não traga aqui o exemplo do Direito do Consumidor, onde a responsabilidade é mesmo objetiva, porque lá a pessoa jurídica responde pelo risco. No caso da seara do Direito Administrativo sancionador, pelas razões expostas, a responsabilidade pelo risco não ocorre.


105. E isso tudo não dificulta o trabalho da Administração para provar nada, pois a culpa hoje envolve a avaliação sobre a reprovabilidade da conduta *a partir de um critério abstrato de diligência*, apreciado com base nas condições e na capacidade do próprio agente que se pretendia responsável, mas em abstrato, isto é, em uma objetiva comparação ao modelo geral de comportamento. (cf. *op cit.* p. 47-48).

"Com essa nova noção de culpa, evita-se o excesso de subjetividade e facilita-se a comprovação da reprovabilidade da conduta, mas não se afasta o fundamento essencial que justifica a aplicação de sanções pelo Estado: a ilicitude ou a reprovabilidade de determinado comportamento.

(...)

Dessa maneira, nada justifica que se interprete a responsabilidade objetiva prevista pela Lei Anticorrupção como uma autorização para punição mesmo sem a reprovabilidade da conduta. A única forma de se interpretar as referidas expressões em conformidade à Constituição é entendendo que se referem apenas ao juízo de imputação. Disso decorre que a análise da responsabilidade da pessoa jurídica deve se dar em dois passos: (i) o primeiro -- juízo de imputação -- que, pela Lei Anticorrupção, poderia ser caracterizado pelo automatismo ou pela responsabilidade objetiva; e, mesmo assim, com todas as ressalvas já feitas, (ii) o segundo -- juízo de mérito da conduta --, que necessariamente exigiria a existência de reprovabilidade da conduta para que houvesse a imposição da sanção" (cf. *op cit.* p. 48-49).

106. Assim, Ana Frazão nos dá uma brilhante interpretação do art. 2º da Lei Anticorrupção em conformidade à Constituição e aos princípios elementares do Direito Administrativo sancionador. Ou seja, **a adequada interpretação da expressão *responsabilidade objetiva*, prevista na LAC, corresponde, na verdade, à**

CGU/CON
Fl. nº 499
Rubrica: 

imputação objetiva da pessoa jurídica pelos atos ilícitos e culposos de seus presentantes/representantes/prepostos. Somente faz sentido desconsiderar a necessidade de se analisar o ato culposo e trabalhar com a responsabilidade totalmente objetiva no âmbito da responsabilidade civil, como é o caso da obrigação de reparação de dano. No âmbito da responsabilidade punitiva é indispensável a demonstração da reprovabilidade da conduta imputada à pessoa jurídica (cf. *op cit.* p. 53).

107. Portanto, feita esta digressão e diante destes ensinamentos, chegamos à conclusão de que no presente caso é imprescindível avaliar se a empresa PROMON sabia, ou tinha como saber, que estava participando de consórcios para fraudar licitações na Petrobrás.

108. Com as provas constantes dos autos -- fruto de delações premiadas e de documentos entregues por delatores sem provas autônomas que os corroborem -- não nos parece que há certeza acerca da culpa dos presentantes/representantes/prepostos na espécie. A Administração não conseguiu provar, além da dúvida razoável, o envolvimento da PROMON nos ilícitos praticados pelas empresas líderes dos consórcios. Não há elementos seguros que indiquem que além de um nexo de causalidade havia reprovabilidade na atuação da PROMON ao participar dos consórcios sob análise neste processo. A análise do mérito da conduta aqui não dá a certeza de que a PROMON agia para fraudar licitações. Temos certeza que algumas empresas dos consórcios agiam, mas não dá para afirmar que a PROMON agia em conluio com elas. Aqui temos que aplicar o *in dubio pro reo*. Ademais, o fato de nunca ter se provado qualquer pagamento de propina por parte da PROMON depõe a favor da tese de que a empresa não teria envolvimento com ilícitos praticados pelas empresas líderes (ou no mínimo, dificulta defender que há provas de que ela soubesse dos ilícitos).

109. Em reforço argumentativo e apesar da autonomia entre as instâncias, ressaltamos que o Poder Judiciário vem adotando postura bastante conservadora com relação aos elementos existentes em desfavor da PROMON na seara da **improbidade administrativa**. Nos autos das ações nº 5051170-64.2016.4.04.7000/PR e nº 5032589-78.2018.4.04.0000/PR, a PROMON foi **excluída desde o início do polo passivo**, uma vez que o d. juízo entendeu que havia ausência de legitimidade ou interesse processual em relação à empresa, senão vejamos:

"Além disso, verifico que não foi imputado nenhum ato concreto aos dirigentes das empresas **Promon**, da MPE Montagens e Projetos Especiais S/A e da Worley-Parsons Engenharia S/A que pudesse ser reputado como ato improbo. **Ainda há investigação sobre a presença das duas primeiras empresas no cartel e a petição inicial apenas refere a uma investigação preliminar do CADE, ainda não finalizada.** Portanto, por mais que o

juízo de admissibilidade de ação de improbidade deva se fundar em aspectos mínimos de autoria e materialidade, não verifico nos autos o preenchimento desses níveis mínimos, razão pela qual a ação deve ser rejeitada em relação a tais empresas por patente ilegitimidade passiva para a causa."

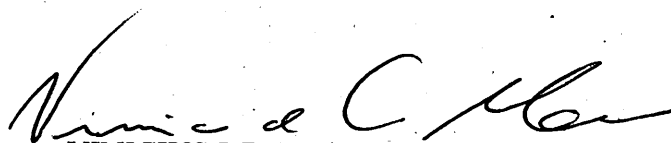
110. É certo que, futuramente, podem surgir novos elementos probatórios, que permitam à Administração reavaliar a atuação da empresa no suposto esquema de ilícitos descoberto pela Operação Lava Jato. Contudo, por todas as ponderações constantes deste Parecer, o arquivamento é medida que se impõe em respeito ao princípio do *in dubio pro reo*.

4 - CONCLUSÃO

111. Diante do exposto e tendo em vista que não há elementos probatórios suficientes para se concluir que a empresa PROMON ENGENHARIA LTDA participou de fraudes em licitações e contratos no âmbito da Petrobras, recomendamos o ARQUIVAMENTO do processo.

112. Encaminhe-se à apreciação do Excelentíssimo Senhor Ministro de Estado da Transparência e Controladoria-Geral da União.

Brasília, 15 de novembro de 2018.



VINICIUS DE CARVALHO MADEIRA

PROCURADOR FEDERAL

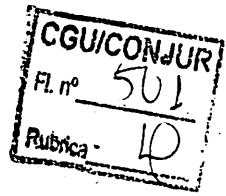
COORDENADOR-GERAL DE PROCESSOS JUDICIAIS E DISCIPLINARES

CONJUR/CGU



RENATO DE LIMA FRANÇA

CONSULTOR JURÍDICO



Documento assinado eletronicamente por RENATO DE LIMA FRANCA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 193778036 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RENATO DE LIMA FRANCA. Data e Hora: 16-11-2018 18:10. Número de Série: 102353. Emissor: Autoridade Certificadora da Presidencia da Republica v4.

Documento assinado eletronicamente por VINICIUS DE CARVALHO MADEIRA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 193778036 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): VINICIUS DE CARVALHO MADEIRA. Data e Hora: 16-11-2018 17:37. Número de Série: 17223246. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.
