



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO À CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO
COORDENAÇÃO-GERAL DE CONTROLE, OUVIDORIA E INTEGRIDADE PRIVADA
PARECER n. 00214/2023/CONJUR-CGU/CGU/AGU

NUP: 00190.106368/2020-42

INTERESSADOS: JUDKAL SERVICOS DE TRANSPORTE E ALIMENTACAO EIRELI E OUTROS

ASSUNTOS: PROCESSO ADMINISTRATIVO DE APURAÇÃO DE RESPONSABILIDADE - PAAR

EMENTA: 1. Direito Administrativo. 2. Processo Administrativo de Responsabilização. 3. Suposta utilização da empresa JUDKAL Serviços para burlar o cumprimento da sanção de impedimento de licitar ou contratar com a União aplicada à empresa IT Serviços. 4. Conjunto probatório dos autos não suficiente para justificar a imputação dos atos ilícitos sugeridos pela Comissão Processante. 5. Princípios do in dubio pro reo e da presunção de inocência. 6. Ausência dos requisitos para aplicação da teoria da desconSIDERAÇÃO da personalidade jurídica. 7. Recomendação de absolvição da pessoa jurídica indiciada JUDKAL Serviços e de arquivamento do Processo Administrativo de Responsabilização de Empresa.

Senhor Coordenador-Geral de Matéria de Controle e Sanção,

I. DO RELATÓRIO

1. Trata-se de pedido de reconsideração interposto em razão da Decisão nº 414, de 30 de dezembro de 2022, publicada no Diário Oficial da União de 02 de janeiro de 2023, seção 1.

2. O presente Processo Administrativo de Responsabilização - PAR foi instaurado em 19 de agosto de 2020, por meio da Portaria nº 1.862, de 17 de agosto de 2020 (SEI nº 1609364), para apurar supostas irregularidades cometidas pela pessoa jurídica **JUDKAL SERVIÇOS DE TRANSPORTE E ALIMENTAÇÃO EIRELI**, CNPJ nº 00.700.484/0001-81, em processo licitatório, e que teriam sido praticadas com o intuito de fraudar contratos administrativos com a ANEEL e a CGU.

3. À acusada foi imputada a prática das seguintes irregularidades (SEI 1789297):

- Conduta 1 - Fraude aos pregões nº 05/2020 (CGU) e nº 30/2019 (ANEEL);
- Conduta 2 - Subvenção à prática de atos ilícitos pela empresa IT Serviços nos Pregões nº 05/2020 (CGU) e nº 30/2019 (ANEEL);
- Conduta 3 - Comportamento inidôneo no âmbito dos pregões supracitados.

4. Após regular instrução, com contraditório e ampla defesa, a CPAD, considerando a lesividade dos atos praticados pelo acusado, sugeriu a aplicação das seguintes penalidades:

- a) Multa no valor de R\$ 1.455,31, com fundamento no artigo 6º, inciso I, da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, c/c com o artigo 15, inciso I, do Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015;
- b) Publicação extraordinária da decisão administrativa sancionadora, com fundamento no artigo 6º, inciso II, da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, c/c com o artigo 15, inciso II, do Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015, a ser cumprida: em meio de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional; em edital afixado no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, em localidade que permita a visibilidade pelo público, pelo prazo de 45 dias; em seu sítio eletrônico, em destaque na página principal do referido sítio, pelo prazo de 30 dias;
- c) Declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, nos termos do inciso IV do artigo 87 da Lei nº 8.666/1993, em relação à qual a empresa deve ficar impossibilitada de licitar ou contratar com o poder público até que passe por um processo de reabilitação, no qual deve comprovar cumulativamente o escoamento do prazo mínimo de 2 anos sem licitar e contratar com a administração pública.

5. O Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União proferiu julgamento, decidindo pela aplicação das penas sugeridas pela CPAD, conforme Decisão nº 414, de 30 de dezembro de 2022, publicada no Diário Oficial da União nº 1, de 02 de janeiro de 2023, Seção 1, pg. 1 (SEI 2643270).

6. Em 11 de janeiro de 2023, foi protocolado pedido de reconsideração formulado pela acusada, direcionado ao Ministro de Estado da CGU, com pedido de recebimento em seu efeito suspensivo.

7. Por meio da NOTA TÉCNICA Nº 1799/2023/CGIPAV-ACESSO RESTRITO/DIREP/SIPRI (SEI 2830724) e despachos de aprovação (SEI 2841404 e 2842062) a Diretoria de Responsabilização de Entes Privados modificou seu entendimento acerca das imputações infligidas à empresa processada e recomendou o deferimento do pedido de reconsideração com a consequente absolvição da empresa por insuficiência de provas.

8. No entanto, tal manifestação não foi aprovada pelo senhor Secretário de Integridade Privada, que, por meio do Despacho SEI 2842105, entendeu pelo conhecimento e indeferimento do pedido de reconsideração.

É o breve relatório.

II. DA FUNDAMENTAÇÃO

II.I DA TEMPESTIVIDADE DO PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO

9. Conforme dispõe o artigo 15, do Decreto nº 11.129, de 11 de julho de 2022, o pedido de reconsideração é cabível nos seguintes termos:

Art. 15. Da decisão administrativa sancionadora cabe pedido de reconsideração com efeito suspensivo, no prazo de dez dias, contado da data de publicação da decisão.

§ 1º A pessoa jurídica contra a qual foram impostas sanções no PAR e que não apresentar pedido de reconsideração deverá cumpri-las no prazo de trinta dias, contado do fim do prazo para interposição do pedido de reconsideração.

§ 2º A autoridade julgadora terá o prazo de trinta dias para decidir sobre a matéria alegada no pedido de reconsideração e publicar nova decisão.

§ 3º Mantida a decisão administrativa sancionadora, será concedido à pessoa jurídica novo prazo de trinta dias para o cumprimento das sanções que lhe foram impostas, contado da data de publicação da nova decisão.

10. A Decisão 414 (SEI 2641281) foi publicada no Diário Oficial da União (DOU) - Seção 1, no dia 02 de janeiro de 2023 (SEI 2643270, pág.1).

11. Assim, tendo em vista que o pedido de reconsideração foi recebido nesta Controladoria Geral da União - CGU, em 11 de janeiro de 2023 (SEI 2653323), deve ser considerado tempestivo, motivo pelo qual deve ser conhecido.

II.II DAS RAZÕES APRESENTADAS NO PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO

12. Como preliminares, alegou-se o seguinte:
- o Efeito suspensivo;
 - o Dilação de prazo para para complementação do pedido, em virtude da não concessão do acesso ao inteiro teor do processo.
13. A acusada apresentou, em síntese, as seguintes alegações de mérito:
- o Inexistência de provas que o agente público ligou para o número informado e que um funcionário da IT SERVIÇOS tenha atendido;
 - o Inexistência de transferência de acervo técnico e identidade dos sócios.
14. Ao final, a acusada requereu:
- o concessão de prazo para a complementação do pedido de reconsideração após o acesso aos autos;
 - o recebimento da Reconsideração com efeito suspensivo;
 - o afastamento da penalidade prevista nos art. 6º e 7º da Lei nº 12.846/2013 e no art. 87 e 88 da Lei nº 8.666/93;
 - o subsidiariamente, requer que a duração da pena de declaração de inidoneidade seja limitada a um mês.
15. O pedido de reconsideração será analisado nos tópicos relacionados a seguir.

II.II.I DO PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO

16. O acusado pede que seja conferido o efeito suspensivo ao pedido de reconsideração. Conforme a Decisão nº 414 (SEI 2641281), os efeitos da referida decisão estão "suspensos até o decurso do prazo previsto no art.15 do Decreto nº 11.129, de 2022, e, caso haja apresentação de pedido de reconsideração, até o correspondente julgamento". Por essa razão, o efeito suspensivo já é decorrência automática da apresentação de pedido de reconsideração.

II.III DAS ALEGAÇÕES DE MÉRITO

a) Da procedência da alegação de insuficiência de provas.

17. A defesa alega no Pedido de Reconsideração (SEI nº 2783014) que (...) *Não existe prova de que uma pessoa atendeu dizendo ser da empresa IT SERVIÇOS.*

18. Por outro lado, por meio do Relatório Final (SEI nº 1789297), a Comissão aduziu que *a despeito de a Administração ter presunção relativa de veracidade, a empresa não refutou a afirmação de que o mesmo número de telefone atendia as duas empresas. A tese defendida pela CPAR está coerente com as demais provas dos autos.*

19. Sobre esse ponto, esta Consultoria Jurídica já se manifestou sobre o assunto, nos termos do seguinte trecho do Parecer n. 00347/2021/CONJUR-CGU/CGU/AGU (SEI nº 2631754):

50. Ademais, no presente caso, em que pese a Administração ter presunção relativa de veracidade, o áudio da ligação seria, se possível, no mínimo, necessário para fazer valer tal presunção, tendo em vista que a CPAR se baseou apenas nele para afirmar que há identidade de endereço dos estabelecimentos e dos meios de contato.

51. Nesse panorama, considerando que o acesso ao áudio não seja mais possível, visto que, de forma geral, ligações telefônicas não costumam ser gravadas, deve-se aplicar os princípios do in dubio pro reo e da presunção de inocência ao ente processado JUDKAL SERVIÇOS, não em razão da identidade de endereços, visto que o servidor público possui fé pública, mas em razão da fragilidade dos demais elementos de prova que poderiam autorizar a penalização da indiciada

20. Dessa forma, entende-se que não há elementos suficientes para afirmar que a JUDKAL SERVIÇOS e a IT SERVIÇOS possuem a mesma identidade de endereço e meios de contato. Ainda, cumpre informar que a presunção de veracidade da Administração Pública e de seus agentes é relativa, "cabendo a quem alega provar o que diz",

principalmente nos processo que infligem penalidades, o que não aconteceu no presente caso, visto que a tese defensiva nega justamente que o funcionário tenha se identificado como sendo da IT Serviços.

21. Portanto, diante do conflito de versões, o ideal seria que a acusação fizesse acompanhar de mais elementos de prova sobre o referido fato, razão pela qual entendemos como insuficiente a arrecadação das provas, nesse ponto.

b) Da inexistência de transferência de acervo técnico e identidade dos sócios

22. No tópico "Análise do Argumento 1" (SEI nº 1789297), a Comissão alega que *impende anotar que a CPAR indicou ao longo do Termo de Indiciamento, tomando-se como base farto levantamento de informações no âmbito do juízo de admissibilidade, diversos fatos que permitiram firmar convicção sobre as condutas imputadas à Indiciada, tais como: identidade de sócios responsáveis pela gestão, atuação no mesmo ramo de empresa, transferência de acervo técnico e identidade de endereço dos estabelecimentos e meios de contato.*

23. Em contraponto, a Defesa aduz que *o instrutor traz um novo elemento de acusação. Vejam: um novo elemento não discutido anteriormente e apresentado somente no relatório final do processo. Esse novo elemento consiste no fato de a Sexta Alteração contratual da Judkal constar que o email de contato do sócio Domingos ser [REDACTED] Tratou-se de mero erro material corrigido ao se lançar os dados no cadastro da pessoa jurídica. Trata-se de mero erro escusável, pois no momento da saída da empresa IT SERVIÇOS o Sr. Domingos se utilizou do mesmo contador para fazer a alteração contratual na empresa Judkal. Não existe qualquer registro de que o email informado erroneamente na alteração contratual foi utilizado pelo sócio Domingos.*

24. Trata-se de argumento já enfrentado, mas que será repisado adiante.

25. O Parecer n. 00347/2021/CONJUR-CGU/CGU/AGU (SEI nº 2631754) analisou as provas produzidas pela CPAR, que indicam desproporcionalidade e insuficiência para configuração de transferência de acervo técnico de uma empresa para outra. Vejamos:

43. Nesse contexto, entendo, com a devida vênia, que é desproporcional e insuficiente considerar que a disponibilização de apenas um veículo para a empresa JUDKAL prestar um serviço a um particular seja suficiente para afirmar que houve transferência de acervo técnico de uma empresa para outra com vistas a fraudar licitações.

44. Com efeito, conforme já abordado na presente manifestação, não se trata de transferência integral de acervo técnico de uma empresa para outra. Apenas um veículo dos quatro constantes no atestado de capacidade técnica teriam sido "emprestados". Tal fato pode até ser suficiente para a não habilitação da empresa em um certame, pois tal decisão teria mais capacidade de se sustentar no Poder Judiciário. Por outro lado, aplicar uma desconsideração da personalidade jurídica, em que se transferem os efeitos da penalidade aplicada a outra empresa para considerar a existência de uma fraude ao certame, sem que se perfaçam perfeitamente todos os requisitos, data vênia, é bastante temerário e provavelmente não encontraria guarida no Poder Judiciário, pois feriria de morte o devido processo legal.

45. Conforme já discorrido anteriormente nesta manifestação jurídica, **o conjunto probatório dos autos não está concreto o suficiente para afirmar que que a empresa JUDKAL foi criada para burlar o cumprimento da sanção de impedimento de licitar ou contratar com a Administração Pública da empresa IT Serviços.** No caso específico do argumento da Comissão acerca da transferência de acervo técnico, seria razoável e proporcional considerar que a JUDKAL foi criada com a finalidade de burlar o cumprimento de sanção administrativa imputada à IT Serviços caso tivesse ocorrido a integralidade ou quase integralidade do acervo técnico. **(grifo nosso)**

26. Portanto, sobre o empréstimo de veículo como prova de transferência de acervo, conforme já abordado no PARECER n. 00347/2021/CONJUR-CGU/CGU/AGU, verifica-se que o empréstimo de apenas um veículo é elemento frágil, incapaz de concluir que houve realmente transferência integral de acervo técnico da IT SERVIÇOS para a JUDKAL.

c) Sobre a utilização do e-mail [REDACTED] pela JUDKAL.

27. Em relação à questão do e-mail, mantido na Sexta Alteração Contratual da empresa recorrente, que faria referência ao nome do sócio da IT Serviços (Elias), entendemos que também não seria suficiente, por si só, para definir como prova de burla à aplicação de penalidades. Pode-se elucubrar diversas razões pelas quais o e-mail teria sido repetido na alteração contratual da JUDKAL. Desde um erro material, como apontado pela defesa, como a falta de vontade de modificar o e-mail ou não se vislumbrar a necessidade para a criação de um novo e-mail. Saliente-se, nesse caso, que não se trata de e-mail institucional, mas de contas do "Gmail" e não se sabe quem de fato tinha acesso à referida conta de e-mail.

28. Por isso, entendemos que tal fato, mesmo aliado a outros, não tem força suficiente para ensejar a condenação da empresa Judkal.

d) Do entendimento final da Secretaria de Integridade Privada - SIPRI e a recomendação deste parecerista.

29. Por meio da NOTA TÉCNICA Nº 1799/2023/CGIPAV-ACESSO RESTRITO/DIREP/SIPRI (SEI 2830724) e despachos de aprovação (SEI 2841404 e 2842062) a Diretoria de Responsabilização de Entes Privados modificou seu entendimento acerca do das imputações infligidas à empresa processada e recomendou a absolvição da empresa por insuficiência de provas.

30. No entanto, tal manifestação não foi aprovada pelo senhor Secretário de Integridade Privada, que, por meio do Despacho SEI 2842105, entendeu pelo conhecimento e indeferimento do pedido de reconsideração.

31. Com as vênias devidas, discordamos dos argumentos lançados pelo senhor Secretário de Integridade Privada. Há um entendimento divergente em relação à interpretação sobre a robustez das provas coligidas nos autos. O senhor secretário da SIPRI entende que o conjunto de provas (ou indícios), analisado em um contexto, seria suficiente para a condenação da empresa processada.

32. Ao contrário, no entanto, entendemos que o conjunto de indícios não seria forte o suficiente para a penalização, justamente em razão do mesmo contexto verificado.

33. Com efeito, segundo alegado pela defesa durante todo o curso processual, o sócio retirante da sociedade IT Serviços, senhor Domingos Rodrigues dos Santos, estava na sociedade IT Serviços desde 1983, atuando no mesmo ramo de mercado. É natural, portanto, que uma pessoa que atuou em um ramo de mercado por mais de 30 (trinta) anos, ao se retirar de uma sociedade, continue a atuar nesse mesmo ramo. Essa é uma atitude comum e esperada.

34. Além disso, entendemos também como comum que essa pessoa passe a se utilizar de toda uma rede de profissionais e contatos que já tinha quando atuava no mesmo ramo, mas em outra empresa. Portanto, a utilização do mesmo contador, por exemplo, empréstimo de veículo para utilização como acervo, também não parecem ser algum incomum ou que possa ser considerado tão somente como um subterfúgio para fuga da aplicação da lei. Me parece, também, salvo melhor juízo, ser um caminho natural e não vedado pela lei.

35. Por isso, entendemos que, por mais que os atos tenham dado margem à interpretação no sentido da burla à penalidade por parte da JUDKAL (tese respeitável), entendemos que a tese que melhor se coaduna com o princípio do *in dubio pro reo* é conclusão pela absolvição.

36. Com efeito, para entender ter havido a burla e aplicar a penalidade à empresa JUDKAL, teria de ser feita uma equivalência, no julgamento, a uma desconsideração da personalidade jurídica. No entanto, os requisitos legais para a referida desconsideração, salvo melhor juízo, não estão presentes, na forma do artigo 14 da Lei nº 12.846, de 2013. Com efeito, o abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos na LAC não está claro, justamente por interpretarmos que as condutas do sócio retirante - de permanecer no mesmo ramo de atuação após tantos anos - seriam naturais. Nesse ponto, importante transcrever trecho do pedido de reconsideração:

A atuação no mesmo ramo era uma consequência lógica, eis que o know-how do sócio retirante da IT Serviços era o da locação de veículos. Nada impedia a participação da empresa no mesmo ramo desde que não participassem da mesma licitação.

Importante destacar que após a saída da IT SERVIÇOS e a assunção da JUDKAL, com a alteração do contrato social e a criação dos serviços de locação de veículos, dentre outros, a empresa Judkal teve um período de amadurecimento até poder participar de boas licitações, o que ocorreu somente no ano de 2019.

De lá pra cá a empresa Judkal participou de diversas licitações como pode ser observado pela tela de consulta do sistema comprasnet. Só no ano de 2020 participou de 71 (setenta e um) procedimentos licitatórios homologados, dos quais 09 (nove) se deram após o término da vigência da penalidade de impedimento aplicada à empresa IT SERVIÇOS.

Ou seja, mesmo após o período em que a empresa IT esteve impedida de licitar a Judkal continuou participando dos certames, o que revela ainda mais sua autonomia no mercado, bem como que NÃO FOI CRIADA PARA SUBSTITUIR A REFERIDA EMPRESA NOS CERTAMES.

37. Obviamente que tal verificação deve ser realizada em cada caso. É dizer que não será qualquer retirada de sócio, com permanência no mesmo ramo de atuação, que não será considerada como uma burla à penalização de uma empresa. Cada caso deverá ser analisado com todo cuidado e critério.

38. Neste caso, no entanto, entendemos que o conjunto probatório não foi suficiente para demonstrar o abuso de direito, conforme foi sustentado no PARECER n. 00347/2021/CONJUR-CGU/CGU/AGU (SEI 2631754), manifestação para a qual remetemos o leitor do presente, e também agora na NOTA TÉCNICA Nº 1799/2023/CGIPAV-ACESSO RESTRITO/DIREP/SIPRI (SEI 2830724).


III. CONCLUSÃO

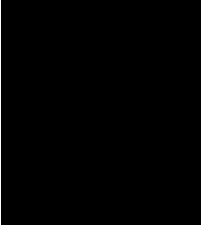

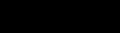
39. Ante o exposto, recomenda-se o conhecimento e deferimento do pedido de reconsideração apresentado pela empresa JUDKAL SERVIÇOS DE ALIMENTAÇÃO E TRANSPORTE EIRELI, CNPJ nº 00.700.484/0001-81, reconsiderando-se a Decisão nº 414, de 30 de dezembro de 2022, para absolver a empresa requerente das imputações apresentadas do termo de indicição.

À consideração superior.

Brasília, data da assinatura eletrônica..

Documento assinado eletronicamente
ANTONIO DAVID GUERRA ROLIM DE OLIVEIRA
ADVOGADO DA UNIÃO

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00190106368202042 e da chave de acesso 

 Documento assinado eletronicamente por ANTONIO DAVID GUERRA ROLIM DE OLIVEIRA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código  e chave de acesso  no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ANTONIO DAVID GUERRA ROLIM DE OLIVEIRA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 22-10-2023 16:42. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.