



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO À CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO
COORDENAÇÃO-GERAL DE MATÉRIA DE CONTROLE E SANÇÃO

PARECER n. 00250/2021/CONJUR-CGU/CGU/AGU

NUP: 00190.107524/2019-59

INTERESSADOS: JABOUR CONSTRUCOES LTDA E OUTROS

ASSUNTOS: PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO DE EMPRESA (PAR)

EMENTA: 1. Direito Administrativo. 2. Processo Administrativo de Responsabilização. 3. Não acolhimento da preliminar de cerceamento de defesa. 4. Prescindibilidade da conclusão do processo criminal para a responsabilização no âmbito administrativo. 5. Conluio entre as empresa Jabour Construções LTDA e Constrol Construções LTDA para fraudar processos licitatórios. 6. Caráter sigiloso da fase interna da licitação. 7. Atestado de capacidade técnica falso emitido pela Jabour no âmbito da Concorrência nº 437/2012 e competência da CGU para o caso. 8. Enquadramento dos fatos no art. 5º, inciso IV, alínea "a", no art. 6º, incisos I e II, ambos da Lei nº 12.846/2013 e no art. 7º da Lei nº 10.520/2002 à empresa Constrol. 9. Enquadramento dos fatos no art. 5º, inciso IV, alínea "a", no art. 6º, incisos I e II, ambos da Lei nº 12.846/2013, no art. 7º da Lei nº 10.520/2002 e no art. 88, incisos II e III, da Lei nº 8.666/1993 à empresa Jabour. 10. Pelo acolhimento parcial das sugestões postas no Relatório Final da Comissão Processante.

Senhor Coordenador-Geral de Matéria de Controle e Sanção,

I. RELATÓRIO

1. Trata-se de Processo Administrativo de Responsabilização (PAR) instaurado no âmbito desta Controladoria-Geral da União - CGU, em face das pessoas jurídicas JABOUR Construções LTDA, CNPJ 00.272.028/0001-88, e CONSTROL Construções LTDA, CNPJ 17.195.298/0001-35.
2. Em síntese, os fatos objeto do presente Processo Administrativo de Responsabilização (PAR) são oriundos de investigação conjunta do Ministério Público, Polícia Federal e CGU, referentes a esquema de fraudes em procedimentos licitatórios no Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT, em Minas Gerais, referentes a obras rodoviárias e na execução dos respectivos contratos, praticados por empresários do setor de construções e servidores da autarquia regional.
3. Os elementos de prova oriundos do Inquérito Policial IPL nº 1.820, de 2015, como interceptações telefônicas, quebra de sigilos fiscal e telemático de alguns investigados, evidenciaram a participação efetiva das empresas processadas nos autos, servindo de fundamento para a instauração do presente processo.
4. Assim, a presente apuração foi instaurada por meio da Portaria nº 2.600, de 06/08/2019, publicada no DOU nº 151, de 07/08/2019.
5. Em 30/09/2019, a CPAR lavrou o termo de indicição (SEI nº 1264207), por entender que as empresas fraudaram, em próprio benefício, licitações no âmbito do DNIT/MG e auxiliaram nas tratativas de direcionamento de pregão eletrônico à empresa C.R.M. Construtora e Empreendimentos Ltda. - EPP., infringindo, assim, o artigo 5º, inciso IV, alínea "a", da Lei nº 12.846/2013, o artigo 88, I e II, da 8.666/1993, bem como o art. 7º da Lei nº 10.520/2002.
6. Na sequência, a CPAR promoveu a intimação das empresas acerca da instauração do PAR, dando-lhes ciência do referido termo de indicição, concedendo-lhes o prazo de 30 dias para apresentação de defesa escrita e ainda especificação de eventual prova a produzir (SEI nº 1268853 e 1268934).
7. As empresas solicitaram a prorrogação de prazo por 15 dias, o que foi concedido pela Comissão.
8. Tempestivamente, as empresas apresentaram defesa escrita em 25/11/2019, requerendo, de forma genérica, a produção de outras provas, especialmente documental, pericial e testemunhal.
9. Após a juntada de documentos pela comissão, as empresas foram intimadas para, querendo, manifestarem-se, no prazo de 10 (dez) dias (SEI nº 1366548). Assim, em 22/01/2020, apresentaram manifestações sobre as informações adicionais prestadas pela RFB e pelo DNIT (SEI nº 1377028 e 1377043).

10. A defesa e a respectiva documentação foram devidamente analisadas pela CPAR, que elaborou o Relatório Final (SEI nº 1414466), concluindo pela aplicação, para cada empresa, da pena de multa, no valor de R\$2.517.013,57, e da consequente publicação da Decisão condenatória, com base no Art. 6º, incs. I e II, da Lei nº 12.846/2013; da sanção de impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios pelo prazo de 5 (cinco) anos; e ainda, à JABOUR Construções Ltda., a sanção de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, em razão de infringência ao Art. 88, incs. II e III, da Lei nº 8.666/93.

11. A autoridade instauradora, por meio do despacho de 19/03/2020, tomou ciência do Relatório Final e determinou a intimação das empresas para, querendo, apresentar alegações finais.

12. A COREP intimou os procuradores das empresas do conteúdo do Relatório Final elaborado (SEI nº 1571420), concedendo-lhes o prazo de 10 (dez) dias para apresentação de alegações finais perante a autoridade julgadora, nos termos do artigo 22 da Instrução Normativa nº 13/2019.

13. Assim, as empresas apresentaram, em 06/08/2020, as suas alegações finais (SEI nº 1591017 e 1591043).

14. Em seguida, a Corregedoria-Geral da União elaborou Nota Técnica nº 2441/2020/COREP - ACESSO RESTRITO/COREP/CRG (SEI nº 1641414), que concluiu pela regularidade do PAR, entendendo que não se verificou a existência de fato novo apto a modificar a conclusão a que chegou a comissão de PAR, ou seja, que as informações trazidas não foram suficientes para afastar as irregularidades apontadas pela comissão, mantendo concordância com as conclusões manifestadas desta. Ademais, a Corregedoria-Geral da União entendeu que foi observado o rito procedimental previsto em lei e normativos infralegais, com efetiva observância do contraditório e da ampla defesa, enquanto resultados do devido processo legal.

15. Na sequência, os autos foram encaminhados a esta Consultoria Jurídica junto à Controladoria-Geral da União (SEI nº 1831962) para análise e posterior encaminhamento ao Exmo. Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União para julgamento.

16. É o Relatório.

II - FUNDAMENTAÇÃO

II.1 - DA PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA ARGUIDA PELAS EMPRESAS

17. Em sede de preliminar das alegações finais, as empresas JABOUR Construções LTDA e CONSTROL Construções LTDA alegaram que apresentaram pedido de prova testemunhal e pericial em suas defesas escritas (Documentos SEI nº 1329335 e nº 1329340), discorrendo que tais pedidos não foram apreciados pela Comissão, a qual passou diretamente para a elaboração de Relatório Final.

18. Nesse sentido, as empresas requereram o acolhimento da preliminar de cerceamento de defesa, para que fosse realizada a fase de instrução antes da prolação do Relatório Final pela CPAR.

19. Contudo, tal preliminar não merece ser acolhida pelo fato de que, em suas defesas escritas, as empresas realizaram o pedido de produção de provas de maneira genérica, da seguinte forma: "*Por fim, a Defendente requer a produção de outras provas, especialmente documental, pericial e testemunhal*".

20. Conforme consignado pela CPAR, o mero pedido genérico de produção de provas não é suficiente para sua realização, uma vez que compete à parte interessada especificar e justificar as provas que pretende produzir, indicando a sua necessidade para o deslinde da controvérsia, o que não se observou nas defesas escritas das empresas. Prova disso é que não foram apontadas as testemunhas que desejavam ouvir, nem qual perícia queriam realizar, nem qual o objetivo a se alcançar com as respectivas provas.

21. Conclui-se, portanto, que a preliminar arguida pelas empresas possui caráter meramente protelatório, motivo pelo qual se opina pelo afastamento desta preliminar.

II.2 - DA PRESCINDIBILIDADE DA CONCLUSÃO DO PROCESSO CRIMINAL PARA A RESPONSABILIZAÇÃO NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO

22. Em suas defesas escritas, tanto a JABOUR Construções LTDA quanto a CONSTROL Construções LTDA alegaram que a CPAR se baseou em inquérito policial ainda em curso, produzido de forma unilateral pela autoridade policial, sem qualquer participação das partes, em inobservância aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

23. Contudo, conforme bem observado pela CPAR, a responsabilização administrativo-disciplinar prescinde da conclusão da responsabilização criminal correlata, tendo em vista a independência entre as instâncias administrativa, civil e penal, de modo que o estágio dos respectivos processos é irrelevante.

24. Ademais, com relação ao argumento de que não foram observados os princípios do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial, as empresas foram devidamente intimadas e tiveram acesso aos autos e a todos os elementos apontados pela Comissão, não havendo que se falar em inobservância desses princípios.

25. Em relação a este ponto defensivo, portanto, sendo os elementos indiciários submetidos a contraditório nos presentes autos, evidentemente estará sendo respeitado o contraditório, visto que submetido ao crivo e às críticas da defesa. Ainda neste ponto, também é evidente que é desnecessário se aguardar o término do processo criminal para se chegar ao deslinde do presente processo, tendo em conta o consagrado princípio da independência das instâncias.

II.3 - DO CONLUÍO ENTRE AS EMPRESAS JABOUR E CONSTROL PARA FRAUDAR PROCESSOS LICITATÓRIOS. APRESENTAÇÃO DE INFORMAÇÕES FALSAS NO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 771/2014.

26. As empresas JABOUR e CONSTROL afirmam, em suas defesas escritas, que não restou demonstrado que a participação delas nos pregões eletrônicos do DNIT/MG tenha resultado em prejuízo às licitantes ou ao caráter competitivo das licitações, ou tenha resultado em benefício indevido a ela.

27. A empresa JABOUR aduz, ainda, que o objeto do Pregão 771/2014 DNIT/MG foi adjudicado a ela sem que houvesse nenhuma atuação da empresa CONSTROL e que, em todos os pregões eletrônicos citados (PE 448/2014, PE 771/2014, 350/2018 e PE 409/2018), não restou comprovada a atuação ilícita em razão da participação dela nos mesmos certames em que se constatou a participação da CONSTROL.

28. A empresa CONSTROL, por sua vez, afirma que, no PE 771/2014 DNIT/MG, foi classificada em 3º lugar sem que houvesse alguma atuação que a favorecesse ou a terceiros e que em todos os pregões eletrônicos citados (PE 448/2014, PE 771/2014, 350/2018 e PE 409/2018), em especial o PE 409/2018, do qual foi declarada vencedora, não restou comprovada a atuação ilícita em razão da participação dela nos mesmos certames em que se constatou a participação da empresa JABOUR.

29. Contudo, como evidenciado pela CPAR, "*a combinação entre licitantes e servidores públicos para fraudar o caráter competitivo das licitações referentes a obras rodoviárias no âmbito do DNIT/MG, da qual faziam parte as empresas processadas nestes autos - manipulando o resultado dos certames de forma a privilegiar determinadas empresas ou empreiteiros -, conforme demonstrado pelas interceptações telefônicas juntadas aos autos, por si só, atrai a incidência das sanções previstas na Lei nº 12.846/2013, sendo desnecessária, para tanto, a demonstração de prejuízo à Administração ou a outras licitantes, bem como da obtenção de vantagem indevida, sendo de se registrar também que, em circunstâncias tais, o prejuízo à Administração e a obtenção de vantagem indevida são presumidos*".

30. Além disso, a CPAR demonstrou que a Jabour e a Constrol apresentaram informações falsas no Pregão nº 771/2014, quando assinaram declaração sobre a independência das propostas apresentadas, nos termos do Item 6.5.5 do edital. Vejamos trecho do Relatório de Auditoria oriundo da Secretaria Federal de Controle Interno, constante no Sei 1203538, Anexo 4, a partir da fl. 110:

b) Indícios de falsidade na Declaração apresentada pela empresa Jabour Construções Ltda. referente à independência das propostas apresentadas, nos termos do item 6.5.5 do edital. Para atendimento à documentação solicitada no edital, foi apresentada Declaração da empresa Jabour Construções Ltda., datada de 12/12/2014, assinada por seu sócio, representante e responsável técnico, Luiz Carlos Moreira Jabour, CPF [REDACTED] o qual declarou que "sob as penalidades da lei e para atendimento ao edital, que a proposta para participar do Pregão Eletrônico nº 0729/2014-06 foi elaborada de maneira independente, e o conteúdo da proposta não foi, direta ou indiretamente, informado, discutido ou recebido por qualquer outro participante potencial ou de fato do Pregão Eletrônico nº 771/2014-06, por qualquer meio ou pessoa, bem como a intenção de apresentar a proposta elaborada para participar do Pregão Eletrônico nº 771/2014-06, não foi informada, discutida ou recebida por qualquer outro participante (...), por qualquer meio ou por qualquer pessoa".

Tratava-se de uma declaração padrão apresentada para atendimento ao item 6.5.5 dos editais do Pregão nº 448/2014 e Pregão nº 771/2014, tendo em vista que as declarações apresentadas em ambos pregões continham, de forma equivocada, referências a outros certames: Pregão nº 448/2014, datada de 09/12/2014 continha a informação do Pregão Eletrônico nº 0396/2014-05 e no Pregão nº 771/2014, datada de 12/12/2014, continha a informação do Pregão Eletrônico nº 0729/2014-06 conforme abaixo apresentado:

[...]

A documentação identifica que as empresas Constrol e Jabour, à época, possuíam o mesmo representante e administrador e também o profissional responsável técnico era registrado em ambas empresas, o que demonstra início de falsidade das Declarações de Proposta Independente apresentadas no decorrer dos procedimentos dos citados pregões.

Em 18/06/2015, no documento, a seguir apresentado, Luiz Carlos Moreira Jabour registrou o encaminhamento de uma declaração, em nome da Constrol, ao Chefe do Setor de Manutenção e Restauração do DNIT/MG.

[...]

O documento acima apresentado foi localizado na fl. 740 do Processo nº 50606.010289/2014-38, referente ao Contrato UT6-039/2015, celebrado entre o DNIT e a

empresa Jabour em decorrência do Pregão Eletrônico nº 771/2014. Assim, Luiz Carlos Moreira Jabour assina o documento como representante da Constrol Construções Ltda. Tal fato indica que ele tem participação na gestão tanto da Constrol (3ª colocada) como da Jabour (2ª colocada), reforçando que a informação contida na Declaração de Proposta Independente apresentada não era verídica.

O fato descrito indica provável falsidade na Declaração de Proposta Independente, o que configura ilícito criminal e administrativo previstos na Lei nº 8.666/1993 e nº 12.846/2013.

31. Portanto, verifica-se que o senhor Luiz Carlos Moreira Jabour atuava em nome das duas empresas - CONSTROL E JABOUR -, de modo que a declaração apresentada pelas empresas se evidencia como falsa visto que, tendo um funcionário ou mesmo gestor em comum, resta evidente que houve compartilhamento da documentação referente ao certame e, conseqüentemente, influencia nas propostas apresentadas.

32. Ressalte-se que, no âmbito da Lei nº 12.846/2013, a conduta de fraudar processos licitatórios está especificada em seu art. 5º, inciso IV, a, que estabelece o seguinte:

Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

[...]

IV - no tocante a licitações e contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público.

33. Nos termos do Manual de Responsabilização de Entes Privados, o dispositivo acima trata de ato lesivo cujos núcleos são frustrar ou fraudar. O caráter competitivo do procedimento licitatório é o bem jurídico tutelado específico do inciso e a condicionante para ocorrência do ato lesivo é que a conduta seja praticada mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente.

34. Em outras palavras, não se exige a demonstração de ocorrência de dano ao erário ou qualquer outro resultado material, uma vez que os bens jurídicos tutelados são a probidade e a impessoalidade nas relações com a Administração Pública. Assim, a comprovação da existência de tratativas ou combinações para previamente destinar o vencedor do certame já é suficiente para configuração do ato lesivo em comento.

35. Ademais, a JABOUR e a CONSTROL alegaram que é lícita a participação de empresas do mesmo grupo familiar ou econômico, ou qualquer relação que as vincule na mesma licitação, não havendo vedação dessas hipóteses na Lei Geral de licitações, tendo o Tribunal de Contas da União (TCU) formado entendimento no sentido de elas serem permitidas.

36. De fato, a participação, em uma mesma licitação, de empresas que tenham sócio em comum ou com grau de parentesco é permitida desde que as empresas não se utilizem dessa condição para fraudarem o certame, não tendo sido essa premissa, contudo, a situação retratada nos autos, visto que duas empresas compartilhava do mesmo agente em posição estratégica nas duas, conluio com que se reduzisse a competitividade do certame.

37. O sócio-administrador da licitante JABOUR era também sócio indireto e administrador, de fato, da licitante CONSTROL e, apesar de participarem das licitações do DNIT/MG como se fossem empresas independentes uma da outra, elaboravam, em conjunto, as suas propostas para uma mesma licitação (Anexos 10, 23, 24, 25, 26 e 27 do Documento SEI nº 1206022), em evidente infringência ao princípio da independência entre as propostas das licitantes.

38. Assim, o fato de sócios da JABOUR e da CONSTROL possuírem vínculo conjugal foi apenas mais um elemento facilitador da operação do esquema de fraude a licitações reportado nos autos deste PAR, de forma que a inexistência de vedação à participação, em um mesmo processo licitatório, de empresas que tenham sócio em comum ou com grau de parentesco não é elemento decisivo para a imputação de responsabilidade ou não às indiciadas.

39. De todo modo, a CPAR demonstrou, por meio das interceptações telefônicas, que houve realização de tratativas e combinações entre os sócios da JABOUR e da CONSTROL e servidores do DNIT/MG, conforme fls. 2-11 e fls. 29-30 do Anexo 5, referente ao Relatório Circunstanciado de Investigação nº 001/2018 (Documento SEI nº 1206022), restando configurada a fraude a processos licitatórios.

II.4 - DO CARÁTER SIGILOSO DA FASE INTERNA DA LICITAÇÃO

40. Outro fato apurado pela CPAR refere-se ao acesso ao projeto e ao orçamento antes da publicação do edital do pregão 350/2018 e do pregão 409/2018 pelas empresas JABOUR e CONSTROL. Segundo o termo de indicição, em relação ao edital do Pregão nº 350/2018, aconteceu o seguinte:

39. Sobre o Pregão nº 350/2018, vencido pela JABOUR, que resultou no contrato 975/2018, no valor de R\$ 3.348.745,00, correspondência eletrônica entre funcionários das indiciadas, comentada na sequência, captada no bojo de investigação policial, demonstra que as indiciadas, ou elaboraram Projetos atinentes a ele, ou teve acesso a tais documentos antes da publicação do respectivo edital, tendo elas elaborado ou procedido ajustes nesses documentos de modo a JABOUR sagrar-se vencedora da licitação, configurando, portanto, fraude ao caráter competitivo do Pregão.

40. ██████████, que se identifica em e-mails como empregado da JABOUR e da CONSTROL, corroborando a relação de proximidade entre as empresas, encaminhou e-mail[17], em 27/08/2018, para ██████████, da STRATA[18], e para ██████████, da CONSTROL, contendo todo o projeto de contenção de talude no km 502.9 LE da BR 265, referente ao Pregão nº 350/2018.

41. No referido projeto consta a inserção dos nomes e qualificações de ██████████/STRATA e de ██████████, do DNIT, como se aquele tivesse elaborado o documento e esse procedido à supervisão da elaboração dele. Porém, não se sabe se o projeto foi de fato elaborado por ██████████ e supervisionado por ██████████, e repassado às indiciadas, ou se foi elaborado por elas e entregue ao DNIT/MG para lançamento do edital da licitação.

42. O fato é que esse pregão só foi publicado no DOU em 25/10/2018 e o anexo do respectivo edital[19] é semelhante ao projeto compartilhado entre as indiciadas e a **STRATA** em 27/08/2018.

43. Como já dito, as indiciadas pertencem ao mesmo grupo familiar. Luiz Carlos Moreira Jabour é sócio, representante e responsável técnico da primeira e sócio indireto e administrador de fato da segunda, e mantém vínculo conjugal e filho em comum com a senhora Juliana Aparecida Gonçalves de Souza Ramos Jabour, sócia majoritária CONSTROL, além de ambas as empresas terem empregados em comum e apresentarem o mesmo endereço residencial, R Piraúba, 53 apto 301- Belo Horizonte/MG, conforme a base de dados do Cadastro de Pessoas Físicas da Receita Federal do Brasil.

41. As empresas alegam que não há, nas licitações públicas, vedação de acesso a projetos e termos de referência antes da publicação dos respectivos editais, nem mesmo à participação das licitantes na elaboração desses instrumentos, não subsistindo, portanto, as irregularidades imputadas no âmbito dos PE 350/2018 e PE 409/2018.

42. Aduzem, ainda, que o art. 7º, § 2º, II, da Lei nº 8.666/93 preconiza a existência de "*orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários*" e que, nesse ponto, o TCU ordena que o valor estimado da contratação deve ser formado a partir de pelo menos 03 (três) propostas de fornecedores.

43. No entanto, a fase interna da licitação, durante a qual é elaborado o respectivo projeto, onde se insere a elaboração do termo de referência e do orçamento, possui **caráter sigiloso**, cujo conhecimento prévio à publicação do edital por alguma licitante configura quebra da isonomia entre elas, não sendo por acaso que a Lei Geral das Licitações veda a participação direta ou indireta do autor do respectivo projeto, básico ou executivo, na licitação ou na execução de obra ou serviço e no fornecimento de bens, exceto nos casos de contratações específicas pelo Regime Diferenciado de Contratações - RDC, onde as garantias e vantagens para a Administração são asseguradas por meio de outros requisitos, o que não é o caso em questão.

44. Ademais, conforme já esclarecido pela Comissão e ao contrário do alegado pela defesa, não se confunde a pesquisa de mercado para a formação de preços de obras e serviços licitados pela Administração Pública com o conhecimento do orçamento antes da publicação do edital da licitação e, no caso do DNIT, a pesquisa de mercado não se destina à composição de custos dessa ou daquela obra rodoviária e, sim, para a elaboração do Manual de Custos Rodoviários, o qual orienta os orçamentos das licitações pertinentes.

45. Com relação ao caráter sigiloso do projeto da licitação, o Tribunal de Contas da União proferiu o seguinte acórdão, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler:

Acórdão 1282/2008 - Plenário

O TCU chamou em audiência gestor público pela ausência de competição em licitação realizada, materializada pela existência, nas empresas participantes da licitação, de relação de parentesco entre os sócios e de sócios em comum, com indício de simulação licitatória, fraude e violação ao sigilo das propostas, em detrimento dos princípios da moralidade, da igualdade e da probidade administrativa, consubstanciados nos arts. 3º, caput e § 3º; 22, §§ 3º e 7º; e 94 da Lei nº 8.666/1993, e no art. 37, caput, da Constituição Federal.

46. No caso dos autos, funcionários das empresas indicados trocavam e-mails (Anexo 15 do Documento SEI nº 1206022) contendo projeto referente ao Pregão nº 350/2018 em agosto de 2018, enquanto que a publicação no DOU do referido pregão e respectivo anexo (semelhante ao projeto compartilhado entre as processadas) somente ocorreu em outubro de 2018.

47. Do mesmo modo, e-mails trocados entre funcionários das indiciadas (Anexos 10, 23, 24, 25, 26 e 27 do Documento SEI nº 1206022), em 14/08/2018, continham orçamento para a execução de obra. Contudo, o Edital do Pregão nº 409/2018 foi publicado no DOU apenas em 19/11/2018, com abertura prevista para 16/12/2018. Conforme as investigações realizadas, foi confirmado que os

orçamentos utilizados no Pregão nº 409/2018 coincidiram com os orçamentos preparados pelas indiciadas, com alteração apenas no quantitativo do subitem "*dispositivo de drenagem*" e nos preços unitários.

48. Ou seja, as empresas tiveram acesso ao projeto na fase interna da licitação, que possui caráter sigiloso, cujo conhecimento prévio à publicação do edital configura **quebra da isonomia entre os licitantes**, tanto que a Lei nº 8.666/1993 veda, em seu art. 9º, inciso I, a participação direta ou indireta do autor do respectivo projeto, básico ou executivo, na licitação ou na execução de obra ou serviço e no fornecimento de bens.

49. Sendo assim, levando em consideração que a concorrência entre os diversos interessados é uma das premissas para o êxito do procedimento licitatório e que tal premissa não foi respeitada nos Pregões nº 350/2018 e nº 409/2018 pelas empresas JABOUR e CONSTROL, resta configurada a fraude ao caráter competitivo dos processos licitatórios em questão.

II.5 - DO ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA FALSO EMITIDO PELA JABOUR NO ÂMBITO DA CONCORRÊNCIA Nº 437/2012 E COMPETÊNCIA DA CGU PARA O CASO

50. No Termo de Indiciação (Documento SEI nº 1264207), a Comissão indicou que a JABOUR vem praticando irregularidades em licitações do DNIT/MG pelo menos desde a Concorrência nº 437/2012, de 10/10/2012, que resultou no primeiro contrato firmado entre ela e àquela Autarquia Regional, especificamente por meio do Contrato UT61120/2012 (fls. 119-120 do Anexo 4, Documento SEI nº 1206022), para manutenção/recuperação da BR 367/MG, assinado em 21/12/2012, no valor de R\$ 3.091.915,19.

51. A CPAR afirmou que "*embora a referida Concorrência não tenha sido objeto de investigação mais acurada, a evidência de irregularidade no âmbito dela decorre do fato de a JABOUR ter apresentado, para demonstração de qualificação técnica, atestado de obras fornecido pela Prefeitura Municipal de Campos Gerais, cujas obras, referidas acima, teriam sido supostamente executadas no período de 03/08/2009 a 03/09/2012, sendo que, conforme a Relação Anual de Informações Sociais (RAIS), a JABOUR não apresentou registro de funcionários no período de 2006 a 2012, tendo começado a contratação de empregados somente a partir de 2013, ocasião do início do Contrato UT61120/2012, resultante da aludida concorrência, o que denota, portanto, que o atestado de capacidade técnica emitido pela mencionada prefeitura é falso*".

52. A empresa JABOUR, por sua vez, alegou, em sua defesa escrita, que a Concorrência nº 437/2012 DNIT/MG não é objeto deste Processo Administrativo de Responsabilização (PAR), não tendo havido investigação específica sobre o caso, inexistindo conclusão pela irregularidade advinda desse processo licitatório, o que impede a aplicação de penalidade disciplinar, tendo ocorrido, no caso, ofensa ao Princípio da Presunção de Inocência.

53. Além disso, a JABOUR aludiu que a apuração de veracidade de documento não é de competência da Controladoria-Geral da União, não estando previsto na Lei nº 12.846/13 como ato lesivo a administração pública, devendo tal crime ser apurado perante o juízo criminal competente.

54. No entanto, tal como demonstrado pela CPAR, a irregularidade apontada referente à Concorrência nº 437/2012 DNIT/MG está inserida no contexto da prática de irregularidades cometidas por empresas de construção no âmbito das licitações de obras rodoviárias promovidas pelo DNIT/MG, ora, mediante ação concertada entre elas para direcionamento dos certames licitatórios, ora, mediante a manipulação e apresentação de documentos inverídicos, fazendo parte, portanto, do objeto do presente apuratório.

55. Ademais, não há necessidade de investigação mais aprofundada para constatar a irregularidade em questão, tendo em vista que a JABOUR apresentou à Autarquia Regional, para comprovação da suposta capacidade técnico-operacional dela, Certidão de Acervo Técnico - CAT nº 1420120005322, emitida pelo CREA/MG em 21/09/2012, referente à suposta execução de obras rodoviárias no Município de Campos Gerais/MG, cujas obras teriam sido executadas por ela no período de 03/08/2009 a 03/09/2012, sendo que, no entanto, conforme a Relação Anual de Informações Sociais (RAIS) (Documento SEI nº 1383164), ela não apresentou registro de funcionários no período de 2006 a 2012, tendo começado a contratação de empregados somente a partir de 2013, ocasião do início do Contrato UT61120/2012, não havendo que se falar, portanto, em inobservância ao Princípio da Presunção Inocência.

56. No que toca à competência da CGU, conforme exposto no relatório final, desde a edição da Lei nº 10.683/03, no seu art. 18, segue estabelecido que é atribuição da CGU dar o devido andamento às representações e denúncias fundamentadas que receber relativas à lesão, ou ameaça de lesão, ao patrimônio público, devendo velar por seu integral deslinde. Nesse contexto, a Lei nº 12.846/13, o Decreto nº 8.420/15 e a Instrução Normativa CGU nº 13/19 reiteram e atribuem as necessárias competências para que a CGU e a Corregedoria-Geral da União, de maneira concorrente aos órgãos e entidades lesados, instaurem processos administrativos de responsabilização de entes privados.

57. A empresa JABOUR alegou, ainda, que a imputação de uso de documento falso por ela no âmbito da aludida Concorrência, baseada na falsidade da certidão de acervo técnico emitida pelo CREA - por ter certificado que ela executou serviços de obras rodoviárias para a Prefeitura de Campos Gerais

- MG no período de 03/08/2009 a 03/09/2012, período em que ela não teve empregados registrados, conforme a RAIS -, é frágil, tendo em vista que ela terceirizou a execução dos serviços.

58. De fato, a lei não veda a terceirização, entretanto, para que haja permissão de subcontratação de parte do objeto, o instrumento convocatório deve trazer regras claras e objetivas, bem como especificar o percentual máximo que poderá ser subcontratado, conforme o art. 72 da Lei nº 8.666/93, sendo usualmente adotado o limite máximo de até 30% do objeto. Assim, é vedada a subcontratação total do objeto, a sua admissão parcial deve ser delimitada pela Administração, nos termos do art. 78, inciso VI, da Lei nº 8.666/93. Esse é o entendimento dominante no Tribunal de Contas da União, conforme os acórdãos abaixo:

Acórdão 2093/2012 - Plenário

Não é permitida a subcontratação integral dos serviços, admitindo-se tão somente a subcontratação parcial quando expressamente prevista no edital de licitação e no contrato.

Acórdão 799/2019 - Plenário

A subcontratação em patamar superior ao permitido contratualmente, à revelia do contratante e por preços significativamente inferiores aos fixados no instrumento pactuado com a Administração Pública, desnatura as condições estabelecidas no procedimento licitatório, **caracterizando fraude à licitação** (grifo).

59. Caso seja procedente a alegação da JABOUR de que terceirizou os serviços pactuados com a prefeitura de Campos Gerais, tal hipótese não afasta a irregularidade identificada, tendo em vista que a capacidade técnico-operacional das licitantes deve ser demonstrada por meio de comprovação de obras ou serviços realizados pela própria postulante, mediante a mão-de-obra de profissionais a ela vinculados e, não, por meio de obra ou serviço terceirizados.

II.6 - DA SUPOSTA SUBVENÇÃO DO DIRECIONAMENTO DO PREGÃO Nº 389/2018 PELA EMPRESA JABOUR EM FAVOR DA EMPRESA CRM CONSTRUTORA E EMPREENDIMENTOS LTDA

60. No Termo de Indiciação, a Comissão indicou que o representante das empresas JABOUR e CONSTROL subvencionou tratativas com os pregoeiros do DNIT/MG (fls. 20-23 do Anexo 5 e fls. 5-7, 13-21 do Anexo 7, ambos do Documento SEI nº 1206022) para o direcionamento do Pregão nº 389/2018 em favor da empresa CRM Construtora e Empreendimentos Ltda., no âmbito de um esquema de loteamento de licitações.

61. As empresas JABOUR e CONSTROL alegaram que os relatórios elaborados pela Polícia Federal a partir de interceptações telefônicas não comprovam que ela subvencionou o direcionamento do Pregão nº 389/2018 em favor da empresa CRM Construtora e Empreendimentos Ltda e que não é crime manter relação profissional, de maneira que *"os elementos trazidos pelos relatórios apenas demonstram a boa relação profissional que o representante dela estabelece com prestadores de serviços, fornecedores e contratantes"*.

62. A empresa CONSTROL aludiu, ainda, que *"a única prova que os relatórios circunstanciados elucidam é o encontro para almoço do marido da representante legal da Defendente, o que não quer dizer absolutamente nada. A relação de parentesco existente não implica na sua participação para favorecimento de ninguém"*.

63. Apesar de a Comissão imputar às duas empresas a conduta de subvencionar o direcionamento do Pregão nº 389/2018 em favor da empresa CRM, acredito, com as devidas vênias, que os relatórios policiais são insuficientes para comprovar uma atuação efetiva das empresas JABOUR e CONSTROL a favor da empresa CRM Construtora nesse caso.

64. Com efeito, os relatórios policiais indicados (fls. 20-23 do Anexo 5 e fls. 5-7, 13-21 do Anexo 7, ambos do Documento SEI nº 1206022) comprovam que houve encontro entre os empresários do ramo da construção civil e os pregoeiros do DNIT/MG, mas não há nenhuma informação que comprove, sem sombra de dúvida, a atuação da JABOUR ou da CONSTROL em favor da referida empresa. Por outro lado, a Comissão também não logrou êxito em demonstrar as razões pelas quais JABOUR e CONSTROL teriam interesse no referido beneficiamento, nem muito menos como teria sido a atuação das empresas em favorecimento à outra.

65. Com efeito, o que há nos autos são relatórios policiais que não apresentam uma prova concreta ou mesmo algum indício que demonstre uma atuação efetiva das duas empresas para beneficiar a CRM Construtora e, tampouco, foi demonstrada pela CPAR uma efetiva atuação nesse sentido das empresas JABOUR E CONSTROL.

66. Em razão disso, opinamos que, em relação a este fato, sejam as empresas JABOUR e CONSTROL absolvidas por ausência de provas suficientes.

II.7 - DOS DISPOSITIVOS LEGAIS A SEREM APLICADOS À EMPRESA CONSTROL E DA APLICAÇÃO DA LEI Nº 10.520/2002

67. Com relação à atuação da empresa CONSTROL em conluio com a JABOUR para fraudar o caráter competitivo dos Pregões nº 448/2014, nº 771/2014, nº 350/2018 e nº 409/2018, os dispositivos aplicáveis são o art. 5º, inciso IV, alínea "a" e o art. 6º, incisos I e II da Lei nº 12.846/2013, bem como o art. 7º da Lei nº 10.520/2002, os quais dispõem que:

Lei nº 12.846/2013

Art. 5º. *Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:*

[...]

IV - no tocante a licitações e contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público.

Art. 6º. Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:

I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e

II - publicação extraordinária da decisão condenatória.

Lei nº 10.520/2002

Art. 7º. Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

68. Neste ponto, é válido destacar que, diante da recente entrada em vigor da Nova Lei de Licitações, Lei nº 14.133/2021, a aplicação da Lei nº 8.666/93, **da Lei nº 10.520/2002** e dos artigos 1º a 47-A da Lei nº 12.462/2011 ganhou contornos similares aos de ultratividade, visto que, durante o período de dois anos, poderão ser utilizados validamente a critério do gestor.

69. Contudo, no presente caso, como a fraude aos processos licitatórios pela empresa CONSTROL ocorreu antes da entrada em vigor da Nova Lei de Licitações, a discussão refere-se à retroatividade desta Lei, caso ela seja mais benéfica. Nesse panorama, é de ressaltar que a garantia de retroatividade da lei penal mais benéfica assume um imperativo a ser observado pelo Estado sempre quando exerce a função punitiva.

70. Dessa forma, a retroatividade da norma mais benéfica é aplicável sempre quando há o exercício do poder punitivo pela administração pública, direta ou indireta, inclusive no tocante à dosimetria punitiva, em respeito ao art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal. Com relação a isso, o Superior Tribunal de Justiça possui a seguinte posição:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. MULTA ADMINISTRATIVA. RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA. POSSIBILIDADE. ART. 5º, XL, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRINCÍPIO DO DIREITO SANCIONATÓRIO. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. HONORÁRIOS RECURSAIS. NÃO CABIMENTO. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.

[...]

II - O art. 5º, XL, da Constituição da República prevê a possibilidade de retroatividade da lei penal, sendo cabível extrair-se do dispositivo constitucional princípio implícito do Direito Sancionatório, segundo o qual a lei mais benéfica retroage no caso de sanções menos graves, como a administrativa. Precedente.

(STJ - AgInt no REsp: 1602122 RS 2016/0134361-2, Relatora: Ministra REGINA HELENA COSTA, Data de Julgamento: 07/08/2018, T1 - Primeira Turma, Data de Publicação: DJe 14/08/2018) (grifo)

71. No presente caso, **comparando as penalidades referentes à fraude a licitações**, a Lei nº 10.520/2002 estabelece, em seu artigo 7º, que a empresa ficará impedida de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios pelo prazo de até 5 (cinco) anos. A Nova Lei de Licitações, por sua vez, dispõe, em seu artigo 156, § 5º, que **a infração de fraudar a licitação**, indicada no art. 155, inciso IX, tem como sanção a declaração de inidoneidade, ficando a empresa impedida de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta de todos os entes federativos, pelo prazo mínimo de 3 (três) anos e máximo de 6 (seis) anos.

72. Observa-se, primeiramente, que a penalidade do art. 7º da Lei nº 10.520/2002, ao utilizar o conectivo "ou", confere uma ideia de alternatividade em relação ao impedimento de licitar ou contratar com a Administração Pública. Com relação a isso, o Manual de Responsabilização de Entes Privados da CGU acolheu o posicionamento dominante, diante do disposto no art. 40, inciso V e § 3º, da Instrução Normativa MPOG/SLTI nº 2/2010, segundo o qual a aplicação da sanção de impedimento de licitar impossibilitará o fornecedor ou interessado de participar de licitações e formalizar contratos no âmbito interno do **ente federativo que aplicar a sanção**.

73. A penalidade da Nova Lei de Licitações, por seu turno, é bem clara ao estabelecer que, com relação à fraude à licitação, o responsável ficará impedido de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta de **todos os entes federativos**.

74. Ademais, a Nova Lei de Licitações ainda tem uma penalidade mais grave do que a Lei nº 10.520/2002 **em relação à fraude à licitação**, visto que, além de ter como sanção a declaração de inidoneidade, o prazo máximo de impedimento de licitar ou contratar (seis anos) é maior do que o da Lei nº 10.520/2002 (cinco anos).

75. Sendo assim, não sendo a Nova Lei de Licitações mais benéfica quanto à sanção à fraude a processos licitatórios, ela não deve retroagir, devendo a Lei nº 10.520/2002 ser norma aplicável à empresa CONSTROL.

76. Por fim, no âmbito da aplicação da Lei nº 10.520/2002, a defesa da CONSTROL requereu a redução do prazo da pena de impedimento de licitar e contratar de 5 (cinco) anos para 2 (dois) anos, bem como que tal impedimento seja restrito à União.

77. Nesse sentido, vale destacar que a Lei nº 10.520/2002 não delimitou um prazo da sanção para cada espécie de falta cometida que possa ter o potencial de frustrar os objetivos da licitação ou falhar na execução contratual. Cabe então, à Administração, avaliar as especificidades de cada caso e a gravidade das condutas apuradas, a fim de delimitar a extensão temporal da sanção, que pode ser de até 5 anos.

78. No caso dos autos, a CPAR recomendou o prazo de 5 (cinco) anos, sugestão que considero razoável e justa, uma vez que a empresa CONSTROL cometeu uma conduta muito gravosa, qual seja, fraude à licitação.

79. Por outro lado, quanto à extensão do impedimento de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública pelo prazo de 5 (cinco) anos, procede o requerimento da indiciada de que tal impedimento seja restrito à União, já que a aplicação da sanção se dará por órgão da União. A Comissão processante recomendou o impedimento à União, aos Estados, ao Distrito Federal ou aos Municípios, muito embora tenha se utilizado do conectivo "ou". Contudo, para que fique claro, deve proceder o pedido da empresa CONSTROL, uma vez que, conforme explicado anteriormente, o Manual de Responsabilização de Entes Privados da CGU acolheu o posicionamento que a aplicação da sanção de impedimento de licitar impossibilitará o fornecedor ou interessado de participar de licitações e formalizar contratos no âmbito interno do ente federativo que aplicar a sanção.

II.8 - DOS DISPOSITIVOS LEGAIS A SEREM APLICADOS À EMPRESA JABOUR E DA APLICAÇÃO DAS LEIS Nº 10.520/2002 E Nº 8.666/1993

80. No que se refere à atuação da empresa JABOUR em conluio com a CONSTROL para fraudar o caráter competitivo dos Pregões nº 448/2014, nº 771/2014, nº 350/2018 e nº 409/2018, os dispositivos aplicáveis são o art. 5º, inciso IV, alínea "a" e o art. 6º, incisos I e II da Lei nº 12.846/2013, além do art. 7º da Lei nº 10.520/2002, todos colacionados no capítulo acima, acerca dos dispositivos legais a serem aplicados à empresa Constrol.

81. No caso da empresa JABOUR, é cabível a mesma discussão quanto à retroatividade ou não da Nova Lei de Licitações. Contudo, como visto no capítulo anterior, a Nova Lei de Licitações tem uma penalidade mais grave que a Lei nº 10.520/2002 em relação à fraude à licitação, visto que, além de ter como sanção a declaração de inidoneidade, o prazo máximo de impedimento de licitar ou contratar (seis anos) é maior do que o da Lei nº 10.520/2002 (cinco anos). Ademais, a Lei nº 10.520/2002 impede o responsável de licitar ou contratar apenas em relação ao ente federativo que aplicar a sanção, enquanto que, na Nova Lei de Licitações, esse impedimento é estendido a todos os entes federativos.

82. Desse modo, quanto à infração de fraude a processos licitatórios praticada pela JABOUR, a norma que deve ser aplicada é a Lei nº 10.520/2002, uma vez que a Nova Lei de Licitações não pode retroagir, visto não ser mais benéfica à indiciada.

83. Destaque-se que, no âmbito da aplicação da Lei nº 10.520/2002, a defesa da JABOUR requereu a redução do prazo da pena de impedimento de licitar e contratar de 5 (cinco) anos para 2 (dois) anos, bem como que tal impedimento seja restrito à União.

84. Conforme já explanado anteriormente, a Lei nº 10.520/2002 não delimitou um prazo da sanção para cada espécie de falta cometida que possa ter o potencial de frustrar os objetivos da

licitação ou falhar na execução contratual. Cabe então, à Administração, avaliar as especificidades de cada caso e a gravidade das condutas apuradas, a fim de delimitar a extensão temporal da sanção, que pode ser de até 5 anos.

85. No caso dos autos, a CPAR recomendou o prazo de 5 (cinco) anos, sugestão que considero razoável e justa, uma vez que a empresa JABOUR cometeu uma conduta muito gravosa, qual seja, fraude à licitação.

86. Por outro lado, quanto à extensão do impedimento de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública pelo prazo de 5 (cinco) anos, procede o requerimento da indiciada de que tal impedimento seja restrito à União, já que a aplicação da sanção se dará por órgão da União. A Comissão processante recomendou o impedimento à União, aos Estados, ao Distrito Federal ou aos Municípios. Contudo, com as devidas vênias, deve proceder o pedido da empresa JABOUR, uma vez que, conforme explicado anteriormente, o Manual de Responsabilização de Entes Privados da CGU acolheu o posicionamento que a aplicação da sanção de impedimento de licitar impossibilitará o responsável de participar de licitações e formalizar contratos no âmbito interno do ente federativo que aplicar a sanção.

87. Já quanto à apresentação do atestado de capacidade técnica falso, pela JABOUR, no âmbito da Concorrência nº 437/2012, de 10/10/2012, evidencia-se que o ato pode ser enquadrado como falta de idoneidade para contratar com a Administração Pública, infringindo-se, dessa forma, o artigo 88, incisos II e III, da Lei nº 8.666/1993, que estabelece o seguinte:

Lei nº 8.666/1993

Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:

[...]

II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

88. Neste ponto, vale ressaltar que é juridicamente possível a aplicação do dispositivo acima à empresa JABOUR, visto que o Decreto nº 8.420/2015 e a Instrução Normativa CGU nº 13/2019 asseguram que os atos previstos como infrações administrativas da Lei nº 8.666/93 sejam apurados e julgados conjuntamente, nos mesmos autos em que estejam sendo apuradas as infrações da Lei nº 12.846/2013.

89. Ademais, tendo em vista que a Nova Lei de Licitações, Lei nº 14.133/2021, também prevê uma sanção para a infração de apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o processo licitatório, cabe analisar se esta norma deve retroagir, no caso de ser mais benéfica que a Lei nº 8.666/1993.

90. Conforme o art. 88 citado acima, a Lei nº 8.666/2013 estabelece que, para a prática de atos ilícitos que visem a frustrar os objetivos da licitação, aí incluída a apresentação de documentação falsa exigida no certame, as sanções são: a) suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, **por prazo não superior a 2 (dois) anos**; b) declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública **enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade**, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

91. A Nova Lei de Licitações, por sua vez, dispõe, em seu artigo 156, § 5º, que a infração de apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certame, indicada no art. 155, inciso VIII, tem como sanção a declaração de inidoneidade, ficando a empresa impedida de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta de todos os entes federativos, **pele prazo mínimo de 3 (três) anos e máximo de 6 (seis) anos**.

92. Em uma análise comparativa, nota-se que as penalidades de ambas as normas impedem o responsável de licitar ou contratar com todos os entes federativos. Há discussões com relação à extensão da declaração de inidoneidade nos termos da Lei nº 8.666/1993, uma vez que esta se refere, genericamente, à "Administração Pública". Contudo, o entendimento majoritário, tanto doutrinário quanto jurisprudencial, é no sentido de que a declaração de inidoneidade se estende a todos os entes federativos. Na doutrina, José Cretella Júnior afirma que "*a declaração de inidoneidade é para licitar e contratar com o Estado, entendido o governo nas três esferas*" (Cretella Júnior, José. Das Licitações Públicas. Ed. Forense, 2ª edição, 2003, p. 341). Maria Sylvia Zanella Di Pietro defende que "*a norma geral da Lei 8.666/93, ao se referir à inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, aponta para o caráter genérico da referida sanção, cujos efeitos irradiam por todas as esferas de governo*" (Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. Ed. Atlas, 2006, p. 226). Na jurisprudência, vejamos os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas da União, respectivamente:

CONTRATAÇÃO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO A TODOS OS ENTES FEDERADOS.

[...]

7. A sanção de declaração de inidoneidade é aplicada em razão de fatos graves demonstradores da falta de idoneidade da empresa para licitar ou contratar com o Poder Público em geral, em razão dos princípios da moralidade e da razoabilidade.

8. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento de que o termo utilizado pelo legislador - Administração Pública -, no dispositivo concernente à aplicação de sanções pelo ente contratante, **deve se estender a todas as esferas da Administração, e não ficar restrito àquela que efetuou a punição.**

9. Recurso Especial provido.

(STJ) - REsp: 520553/RJ, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/11/2009, Dje 10/02/2011) (grifo)

ACÓRDÃO TCU 1647/2010 - Plenário

4.10.5. Já a penalidade do inciso IV do art. 87, segundo jurisprudência do TCU, impede o fornecedor de participar de licitações e de ser contratado por toda a Administração Pública, englobando, nos termos do inciso XI do art. 6º da mesma lei, a *'administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas'*.

93. Sendo assim, ratifica-se que as penalidades de ambas as normas impedem o responsável de licitar ou contratar em todos os entes federativos. Contudo, em razão do prazo de duração da declaração de inidoneidade, considero que a Nova Lei de Licitações é menos benéfica que a Lei nº 8.666/1993, tendo em vista que, naquela, o prazo mínimo é de 3 (três) anos e, nesta, o prazo cessa quando os motivos determinantes da punição não mais permanecerem ou quando for promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes, o que pode acontecer após 2 (dois) anos, conforme previsão do artigo 87, inciso IV, da Lei nº 8.666, de 1993.

94. Portanto, não sendo a Nova Lei de Licitações mais benéfica quanto à duração da declaração de inidoneidade, ela não deve retroagir, devendo a Lei nº 8.666/1993 ser a norma aplicável à empresa JABOUR quanto à apresentação do atestado de capacidade técnica falso no âmbito da Concorrência nº 437/2012.

II.9 - DO CÁLCULO DA MULTA PREVISTA NA LEI Nº 12.846/2013

95. Com relação à multa prevista na Lei nº 12.846/2013, entendemos que o cálculo realizado pela Comissão está em conformidade com a prova dos autos e com o Manual Prático de Cálculo das Sanções, devidamente detalhado nos itens V.1 e V.3 do Relatório Final (Documento SEI nº 1414466).

96. Em sede de alegações finais, as indiciadas rebatem o percentual de 2,5 considerado para fixação do valor da multa, nos casos de continuidade dos atos lesivos no tempo e tolerância ou ciência do corpo diretivo ou gerencial da pessoa jurídica, alegando que não houve qualquer fundamentação plausível a justificar tal agravamento. Requereu, assim, a aplicação do percentual de 1% em cada uma dessas hipóteses.

97. Contudo, com relação à continuidade dos atos lesivos no tempo, a CPAR aplicou, devidamente, o percentual de 2,5, pois os atos lesivos foram praticados em continuidade. Conforme consta no Termo de Indicação (Documento SEI nº 1264207), a JABOUR vem praticando irregularidades em licitações do DNIT/MG pelo menos desde 2012 (Concorrência nº 437/2012, de 10/10/2012), bem como após a vigência da LAC (PE 448/2014, 771/2014, 350/2018 e 409/2018), estes em conluio com a CONSTROL.

98. Nesse sentido, de acordo com a tabela de sugestão de escalonamento de parâmetros para os arts. 17 e 18, constante do Manual Prático de Cálculo da Multa, para os atos lesivos objeto da apuração praticados reiteradamente em período superior a 2 anos e 6 meses, contado da ocorrência da primeira infração, sugere-se a aplicação do percentual de 2,5. Dessa forma, mostra-se adequado o percentual aplicado pela comissão.

99. Já com relação à tolerância ou ciência do corpo diretivo ou gerencial da pessoa jurídica, a comissão esclareceu que não houve apenas tolerância ou ciência, mas sim efetiva participação de Luiz Carlos Moreira Jabour, sócio-administrador da JABOUR, nas irregularidades praticadas em licitações da Autarquia Regional, exemplificadas no Termo de Indicação (Documento SEI nº 1264207). Com relação à CONSTROL, conforme também consta no Termo de Indicação, à época da realização do Pregão 771/2014, Luiz Carlos Moreira Jabour era sócio indireto, representante e administrador da empresa CONSTROL. Sendo assim, foi devidamente aplicado pela CPAR o percentual de 2,5, estando, portanto, em consonância com a tabela de sugestão referida acima.

100. Por fim, no que se refere à publicação extraordinária da decisão administrativa sancionada, a Lei nº 12.845/2013 define apenas um prazo mínimo, de 30 (trinta) dias, no caso da publicação em edital afixado no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, deixando uma margem

de discricionariedade para a Administração na determinação do prazo específico do caso concreto, conferindo autonomia na análise do caso sob apuração.

101. Verifica-se, nessa questão, que o cálculo efetuado pela Comissão está de acordo com os parâmetros sugeridos no Manual Prático de Cálculo da Multa, de forma que, nas situações em que a alíquota incidente sobre a base de cálculo da multa for maior que 7,5% e menor ou igual a 10%, como é o caso das empresas, às quais incidiu uma alíquota de 9%, a duração da publicação extraordinária é de 75 dias.

III. CONCLUSÃO

102. Ante o exposto, manifesto concordância parcial pelas conclusões presentes no Relatório Final da Comissão de PAR por entender que as empresas JABOUR e CONSTROL, de fato, atuaram em conluio para fraudarem processos licitatórios, especificamente os Pregões nº 448/2014, nº 771/2014, nº 350/2018 e nº 409/2018.

103. Contudo, contrariamente ao entendimento da CPAR, compreendo ser equivocada a imputação da prática de subvenção do direcionamento do Pregão nº 389/2018 em favor da empresa CRM Construtora e Empreendimentos Ltda pelas empresas CONSTROL e JABOUR, uma vez que não há provas suficientes nos autos que indiquem que estas empresas influenciaram, de alguma forma, no Pregão nº 389/2018 em favor da CRM.

104. Ademais, também considero errônea, com as devidas vênias, o impedimento às empresas JABOUR e CONSTROL de licitar ou contratar com todos os entes federativos no que se refere à conduta de fraude à licitação. Nos termos do art. 7º da Lei nº 10.520/2002, há o conectivo "ou" expressa a ideia de alternatividade. Para uniformizar esse entendimento, o Manual de Responsabilização de Entes Privados da CGU acolheu o posicionamento que a aplicação da sanção de impedimento de licitar impossibilitará o fornecedor ou interessado de participar de licitações e formalizar contratos no âmbito interno do ente federativo que aplicar a sanção. Sendo assim, no caso dos autos, o impedimento de licitar ou contratar às empresas JABOUR e CONSTROL deve ser restrita à União, haja vista que a aplicação da sanção se dará por órgão da União.

105. Diante disso e acolhendo, parcialmente, o Relatório Final da Comissão de Processo Administrativo de Responsabilização, recomenda-se:

a) a aplicação, à empresa JABOUR Construções Ltda., da sanção de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, nos termos o art. 88, incisos II e III, da Lei nº 8.666/93;

b) a aplicação, às empresas JABOUR Construções Ltda. e CONSTROL Construções Ltda. da sanção de impedimento de licitar e contratar com a União pelo prazo de 5 (dois) anos, em razão de infringências ao art. 7º da Lei nº 10.520/2002;

c) a aplicação, à empresa JABOUR Construções Ltda., da pena de multa no valor de R\$ 2.517.013,57, atualizada pelo índice oficial a partir de 1º de janeiro de 2018, em razão da prática de atos lesivos previstos na Lei nº 12.846/2013;

d) a aplicação, à empresa JABOUR Construções Ltda., da pena de publicação extraordinária da Decisão Administrativa Sancionadora, em razão da prática de atos lesivos previstos na Lei nº 12.846/2013, do seguinte modo:

I - 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;

II - em edital afixado no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, em localidade que permita a visibilidade pelo público, pelo prazo de 75 (setenta e cinco) dias; e

III - em seu sítio eletrônico, pelo prazo de trinta dias e em destaque na página principal do referido sítio;

e) a aplicação, à empresa CONSTROL Construções Ltda., da pena de multa no valor de R\$2.517.013,57, atualizada pelo índice oficial a partir de 1º de janeiro de 2014, em razão da prática de atos lesivos previstos na Lei nº 12.846/2013;

f) a aplicação, à empresa CONSTROL Construções Ltda., da pena de publicação extraordinária da Decisão Administrativa Sancionadora, em razão da prática de atos lesivos previstos na Lei nº 12.846/2013, do seguinte modo:

I - 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;

II - em edital afixado no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, em localidade que permita a visibilidade pelo público, pelo prazo de 75 (setenta e cinco) dias; e

III - em seu sítio eletrônico, pelo prazo de trinta dias e em destaque na página principal do referido sítio.

À consideração do Senhor Coordenador-Geral de Matéria de Controle e Sanção.

Brasília, 13 de setembro de 2021.

[Documento assinado eletronicamente]
ANTONIO DAVID GUERRA ROLIM DE OLIVEIRA
Advogado da União

GABRIELA FIGUEIREDO SOUZA LOPES
Estagiária

Documento assinado eletronicamente por ANTONIO DAVID GUERRA ROLIM DE OLIVEIRA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código [REDACTED] no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ANTONIO DAVID GUERRA ROLIM DE OLIVEIRA. Data e Hora: 13-09-2021 17:56. Número de Série: 1748014. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO À CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO
COORDENAÇÃO-GERAL DE MATÉRIA DE CONTROLE E SANÇÃO

DESPACHO n. 00598/2021/CONJUR-CGU/CGU/AGU

NUP: 00190.107524/2019-59

INTERESSADOS: JABOUR CONSTRUCOES LTDA E OUTROS

ASSUNTOS: PROCESSO ADMINISTRATIVO DE APURAÇÃO DE RESPONSABILIDADE - PAAR

1. Aprovo, por seus fundamentos fático e jurídicos, o **PARECER n. 00250/2021/CONJUR-CGU/CGU/AGU**, da lavra do Advogado da União, **ANTONIO DAVID GUERRA ROLIM DE OLIVEIRA**.

À Consideração Superior.

Brasília, 21 de setembro de 2021.

ÁGUEDA CRISTINA GALVÃO PAES DE ANDRADE
PROCURADORA FEDERAL
COORDENADORA DA COORDENAÇÃO-GERAL DE MATÉRIA DE CONTROLE E SANÇÃO
CONSULTORIA JURÍDICA DA CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

Documento assinado eletronicamente por AGUEDA CRISTINA GALVAO PAES DE ANDRADE, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código [REDACTED] no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): AGUEDA CRISTINA GALVAO PAES DE ANDRADE. Data e Hora: 23-09-2021 08:29. Número de Série: 7128709619264817512. Emissor: AC CAIXA PF v2.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO À CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO
GABINETE

DESPACHO n. 00639/2021/CONJUR-CGU/CGU/AGU

NUP: 00190.107524/2019-59

INTERESSADOS: JABOUR CONSTRUCOES LTDA E OUTROS

ASSUNTOS: PROCESSO ADMINISTRATIVO DE APURAÇÃO DE RESPONSABILIDADE - PAAR

1. Concordo com os fundamentos, e, portanto, **aprovo**, nos termos do **DESPACHO n. 598/2021/CONJUR-CGU/CGU/AGU**, o **PARECER n. 250/2021/CONJUR-CGU/CGU/AGU**.

2. Ao Protocolo, para trâmite via SEI ao Gabinete do Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União, acompanhado de minuta de decisão, e, após, ciência à CRG e publicação.

Brasília, 29 de novembro de 2021.

FELIPE DANTAS DE ARAÚJO
Consultor Jurídico

Documento assinado eletronicamente por FELIPE DANTAS DE ARAUJO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código [REDACTED] no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): FELIPE DANTAS DE ARAUJO. Data e Hora: 29-11-2021 18:14. Número de Série: 17308126. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.
