



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. 00017/2022/CONJUR-CGU/CGU**

**NUP: 00190.103042/2020-63**

**INTERESSADOS: MDI CONSULTORIA EMPRESARIAL LTDA**

**ASSUNTOS: PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO DE EMPRESA (PAR)**

EMENTA: 1. Direito Constitucional e Administrativo. 2. Processo Administrativo de Responsabilização. 3. Não acolhimento da preliminar de cerceamento de defesa. 4. Não acolhimento da preliminar de ocorrência de prescrição. 5. Não acolhimento da preliminar de nulidade do processo. 6. Aplicabilidade da Lei nº 12.846/2013. 7. Custeio/subvenção pela MDI Consultoria Empresarial Ltda. do pagamento de propina, pela SICPA, a Marcelo Fisch. 8. Utilização de interposta pessoa para ocultar a identidade dos beneficiários dos atos praticados (SICPA e Marcelo). 9. Pagamentos recebidos por Marcelo Fisch da MDI. 10. Desconsideração da personalidade jurídica da empresa MDI Consultoria Empresarial Ltda. por abuso de direito. 11. Enquadramento dos fatos no art. 5º, incisos II e III, da Lei nº 12.846/2013 e no art. 88, inciso III, da Lei nº 8.666/1993. 12. Pelo acolhimento total 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 da Controladoria-Geral da União (CGU) com o objetivo de apurar condutas praticadas pela pessoa jurídica MDI CONSULTORIA EMPRESARIAL LTDA, com registro no CNPJ sob nº 10.791.601/0001-13.
2. O juízo de admissibilidade foi realizado por meio da Nota Técnica Nº 710/2020/COREP - ACESSO RESTRITO/COREP/CRG, de 16/04/2020 (SEI 1476587, item 16), a qual delimitou o escopo da apuração, bem como concluiu, no item 5.1, pela instauração de PAR em face da MDI para apurar o cometimento, em tese, do ato lesivo previsto no art. 5º, II, da Lei nº 12.846/2013, por servir *“de meio para concretização do pagamento de vantagem indevida pela SICPA Brasil Indústria e Tintas e Sistemas Ltda. ao então servidor público Marcelo Fisch de Berredo Menezes”*.
3. Com o objetivo de apurar a atuação da empresa nos fatos narrados no âmbito da citada Nota Técnica, o Corregedor-Geral da União, mediante Portaria nº 993, de 28/04/2020, publicada no DOU nº 81, de 29/04/2020, instaurou o presente Processo Administrativo de Responsabilização (PAR).
4. Em 23/07/2020, por meio da Ata de Deliberação nº 02 (SEI 1533014), a Comissão decidiu indiciar a pessoa jurídica MDI. Na ocasião, a Comissão também decidiu intimar a sócia-administradora da MDI, Mariangela Defeo Menezes, e o sócio oculto Marcelo Fisch de Berredo Menezes, acerca da possível desconsideração da personalidade jurídica da MDI e dos efeitos dela decorrentes, tendo em vista as ilicitudes relatadas no Termo de Indiciação.
5. Quanto ao Termo de Indiciação (SEI 1524596), a Comissão indiciou a pessoa jurídica MDI CONSULTORIA EMPRESARIAL LTDA. *“por supostamente a) custear/subvencionar a prática dos atos ilícitos praticados pela SICPA BRASIL INDÚSTRIA DE TINTAS E SISTEMAS (pagamento de vantagem indevida – propina - a agente público) e b) utilizar interposta pessoa jurídica (CFC CONSULTING GROUP, INC.) para ocultar a identidade dos beneficiários dos atos praticados, incidindo nos atos lesivos tipificados nos incisos II e III do artigo 5º da Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção - LAC), bem como c) servir de intermediária para o pagamento de vantagem indevida, incidindo no ato lesivo tipificado no inciso III do artigo 88 da Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações), tudo com base nas razões de fato e de direito a seguir explicitadas”*.
6. A Comissão também entendeu que havia fartas provas para a extensão dos efeitos de eventual decisão sancionatória à sócia-administradora, Mariangela Defeo Menezes, e ao sócio oculto, Marcelo Fisch de Berredo Menezes, pois *“a MDI foi criada única e exclusivamente para a) custear/subvencionar o pagamento de propina, pela SICPA, a Marcelo; b) utilizar interposta pessoa jurídica (CFC) para ocultar a identidade dos beneficiários dos atos praticados (SICPA e Marcelo); e c) servir de empresa intermediária para o referido pagamento. Nesse sentido, caracteriza-se, em tese, o desvio de finalidade mencionado no artigo 50 do Código Civil e no artigo 14 da LAC, mediante abuso do direito, o qual justificaria também intimá-los para se manifestarem sobre a indicição em face da referida empresa”*.
7. Em 23/07/2020, a MDI CONSULTORIA EMPRESARIAL LTDA. foi intimada para apresentar defesa escrita no prazo de 30 dias e apresentar as provas que pretendesse produzir, por meio de e-mails (SEI 1655548), nos termos do art. 16 da Instrução Normativa CGU nº 13, de 8 de agosto de 2019.
8. Em 27/07/2020, a empresa solicitou *“(…) a suspensão do prazo para a apresentação da defesa prévia e para o cumprimento das demais medidas constantes no Termo de Indiciação, enquanto perdurar a pandemia pelo COVID-19” (fls. 4-5), com fundamento, por analogia, no parágrafo 3º do artigo 3º da Resolução nº 314 do Conselho Nacional de Justiça”* (SEI

1576680).

9. A CPAR manifestou-se sobre a petição, por meio da Ata de Deliberação nº 3, em 28/07/2020 (SEI 1577281), na qual, em síntese, indeferiu os pedidos de suspensão do prazo para apresentação de defesa prévia e para o cumprimento das demais medidas constantes no Termo de Indiciação, bem como deferiu, de ofício, a dilação de prazo de defesa, em 20 dias adicionais, totalizando o prazo de 50 dias para apresentação da defesa escrita, especificação de eventuais provas e juntada dos documentos e informações listados nos itens 'd', 'e', 'f' e 'g' do Termo de Indiciação.

10. Em 09/09/2020, sob a alegação de impossibilidade de abrir os documentos SEI 1498186, 1498194, 1498206, 1498211, 1498271, 1498275, 1498281 e 1498288 e "*considerando as circunstâncias e os efeitos da pandemia, que dificultam o acesso a outros documentos solicitados no mencionado Termo*", a empresa requereu o acesso à íntegra dos autos do processo nº 00190.103042/2020-63 e a prorrogação do prazo para apresentação da defesa em 15 (quinze) dias úteis adicionais (SEI 1640020, pp. 5-7).

11. A CPAR manifestou-se sobre a petição por meio da Ata de Deliberação nº 4, em 14/09/2020 (SEI 1637947), na qual deferiu o pedido de dilação de prazo de defesa em 10 dias adicionais, totalizando o prazo de 60 dias para apresentação da defesa escrita, especificação de eventuais provas e juntada dos documentos e informações listados nos itens 'd', 'e', 'f' e 'g' do Termo de Indiciação. Na ocasião, registrou que a empresa recebeu suporte técnico para a abertura dos arquivos.

12. Na sequência, em 15/09/2020 (SEI 1648433), a empresa apresentou nova petição por meio da qual reiterou o pedido de suspensão do prazo para apresentação da defesa, sob a alegação de estar impossibilitada de apresentar defesa em razão de omissões e obscuridades supostamente contidas no Termo de Indiciação. Na ocasião, a empresa também solicitou, em síntese, que a CPAR sanasse alegadas omissões e obscuridades relacionadas: a) ao prazo prescricional; b) às imputações de atos lesivos, à luz da Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), atribuídas à empresa; c) à possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica da empresa para alcançar o patrimônio pessoal da sócia-administradora e do sócio oculto, caso o PAR resultasse na aplicação de sanção administrativa; d) à aplicabilidade da Lei Anticorrupção e da Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações) ao caso; e) à alegada retroatividade da Lei Anticorrupção no PAR; e f) à aplicação dos princípios que regem o processo administrativo de responsabilização.

13. A CPAR manifestou-se sobre a petição por meio da Ata de Deliberação nº 5, em 22/09/2020 (SEI 1650405), na qual indeferiu os pedidos de suspensão do prazo para apresentação de defesa prévia, bem como deferiu, de ofício, a dilação de prazo de defesa, até 23/10/2020, improrrogável, *para apresentação da defesa escrita, especificação de eventuais provas e juntada dos documentos e informações listados nos itens 'd', 'e', 'f' e 'g' do Termo de Indiciação*".

14. Quanto às alegações sobre a existência de omissões e obscuridades no Termo de Indiciação, a CPAR registrou o que segue:

A comissão entende que não há quaisquer omissões e obscuridades no Termo de Indiciamento e informa que as alegações registradas na petição, na verdade, se confundem com o mérito/prejudiciais de mérito, pelo que serão analisadas junto com a defesa da empresa, no Relatório Final, em observância ao disposto no parágrafo 3º do artigo 10 da Lei Anticorrupção, no parágrafo 3º do artigo 9º do Decreto nº 8.420/2015 e no inciso IV do parágrafo único do artigo 21 da Instrução Normativa CGU nº 13, de 18/08/2019, publicada no DOU nº 154, de 12/08/2019, seção 1, p. 82.

15. Em 27/10/2020, a MDI CONSULTORIA apresentou uma nova petição (SEI 1700047) na qual reiterou que continuava impossibilitada de apresentar defesa diante das alegadas omissões e obscuridades supostamente contidas no Termo de Indiciação, abordadas em petição anterior, de 15/09/2020 (SEI 1648433).

16. Em 07/10/2020, Marcelo Fisch e Mariangela Defeo foram intimados para apresentarem defesa relacionada à eventual desconsideração da personalidade jurídica da empresa MDI CONSULTORIA EMPRESARIAL LTDA, no prazo de 30 dias.

17. A CPAR realizou diversas diligências para intimar Marcelo Fisch e Mariangela Defeo, conforme comprovado nos seguintes documentos: a) intimação pelos correios, conforme Avisos de Recebimento (ARs) e comprovantes juntados ao PAR (SEI 1609561, 1609566, 1610278, 1699057 e 1699059); b) intimação por meio de *e-mails* (SEI 1576680, 1655558 e 1655562); c) tentativas de intimação pessoal, realizadas no endereço residencial, conforme certidões juntadas aos autos (SEI 1656306, 1656313, 1656316, 1686377, 1686406, 1686415 e 1686423).

18. Em 06/11/2020, Marcelo Fisch e Mariangela Defeo também apresentaram petição afirmando estarem impossibilitados de apresentar defesa diante de alegadas omissões e obscuridades, supostamente contidas no Termo de Indiciação, bem como requereram que fossem aclarados os pontos e fatos imputados à pessoa jurídica investigada e aos mesmos, viabilizando a apresentação da defesa (SEI 1710518 e 1710620).

19. Em 10/11/2020, aCPAR manifestou-se, por meio da Ata de Deliberação nº 7 (SEI 1713408), sobre as petições juntadas aos autos pelos advogados da MDI (SEI 1700047), de Mariangela Defeo (SEI 1710518) e de Marcelo Fisch (SEI 1710620). Resumidamente, a CPAR reiterou os argumentos registrados na Ata de Deliberação nº 5. Afirmou que alegações registradas nas petições se confundiam com o mérito/prejudiciais de mérito e que seriam analisadas no Relatório Final, bem como decidiu conceder, de ofício, a dilação de prazo de defesa, até 14/12/2020, improrrogável, para apresentação da defesa escrita, especificação de eventuais provas e juntada dos documentos e informações a Mariangela Defeo e Marcelo Fisch.

20. Em 14/12/2020, Mariangela Defeo e Marcelo Fisch apresentaram novas petições (SEI 1759167 e 1759175), nas quais reiteraram os argumentos já abordados nas petições de 06/11/2020 (SEI 1710518 e 1710620). Ou seja, continuaram a alegar a existência de omissões e obscuridades no Termo de Indiciação. Por fim, requereram que fossem aclarados os pontos e os fatos

imputados aos mesmos; e, ainda, que houvesse a indicação expressa da base empírica idônea apta a sustentar os seus indiciamentos, viabilizando, somente assim, a apresentação de defesa.

21. Em 21/12/2020, a CPAR manifestou-se sobre as petições citadas por meio da Ata de Deliberação nº 08 (SEI 1768203), ocasião em que reiterou o entendimento registrado nas Atas de Deliberação nº 5 e 7, qual seja, “*não há quaisquer omissões e obscuridades no Termo de Indiciamento*”.

22. Por fim, por meio da Ata de Deliberação nº 09, de 23/02/2021 (SEI 1836987), face a ausência de apresentação de defesa escrita por parte da MDI CONSULTORIA EMPRESARIAL LTDA, Mariangela Defeo e Marcelo Fisch, a CPAR decidiu encerrar a fase instrutória e, consequentemente, apresentar o Relatório Final, com fundamento no parágrafo 3º do artigo 16 da Instrução Normativa CGU nº 13, de 18/08/2019, na redação inserida pela Instrução Normativa CGU nº 15, de 08/06/2020, publicada no DOU nº 110, de 10/06/2020, seção 1, página 114.

23. No Relatório Final, de 23/02/2021 (SEI 1836987), a CPAR analisou as informações e provas reunidas no âmbito do PAR, inclusive todas as alegações de omissões e obscuridades, supostamente contidas no Termo de Indiciamento, alegadas ao longo da instrução. Por fim, concluiu pela responsabilização da empresa MDI CONSULTORIA EMPRESARIAL LTDA., CNPJ nº 10.791.601/0001-13, sugerindo à autoridade julgadora a aplicação das seguintes penalidades: a) multa, no montante de R\$ 9.175.000,00; e b) publicação extraordinária da decisão condenatória, conforme disposto nos incisos I e II do artigo 6º da Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção - LAC), bem como de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração, com fulcro no inciso IV do artigo 87 da Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações).

24. Por meio do Despacho CRG (SEI 1844385), de 25/02/2021, a autoridade instauradora tomou ciência do Relatório Final, ocasião em que encaminhou os autos à Diretoria de Responsabilização de Entes Privados (DIREP) para a providência prevista no art. 22 da Instrução Normativa nº 13, de 08/08/2019.

25. Por meio do *e-mail* de 08/03/2021 (SEI 1858401), a DIREP intimou os procuradores (os quais representam nos autos tanto a empresa quanto os Senhores Mariangela Defeo e Marcelo Fisch) para dar ciência do conteúdo do Relatório Final elaborado pela CPAR, concedendo o prazo de 10 (dez) dias para, querendo, apresentar manifestação final perante a autoridade julgadora, nos termos do art. 22 da IN nº 13/2019. A confirmação de recebimento se deu por meio de *e-mail*, de 08/03/2021 (SEI 1859832).

26. Por fim, a MDI CONSULTORIA EMPRESARIAL LTDA. apresentou suas alegações finais por meio da manifestação de 18/03/2021 (SEI 1876745).

27. Em vista do Despacho DIREP (SEI 1876817), de 18/03/2021, a Corregedoria-Geral da União elaborou Nota Técnica nº 1290/2021/COREP - ACESSO RESTRITO/COREP/CRG (SEI 1954460), 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.

28. Na sequência, os autos foram encaminhados a esta Consultoria Jurídica junto à Controladoria-Geral da União (SEI 2026675) para análise e posterior encaminhamento ao Exmo. Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União para julgamento.

29. É o relatório.

## **II. FUNDAMENTAÇÃO**

### **II.1. PRELIMINARES**

#### **II.1.1. DA AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA**

30. Na petição de defesa e nas manifestações sobre o Relatório Final, a empresa indiciada aduz que teria ocorrido cerceamento da defesa. Argumenta que “*durante o prazo que lhes foi assinalado para apresentação de provas, a Pandemia por SARS-COV-2 estava em sua primeira onda, impossibilitando a quebra do isolamento social para se buscar, por intermédio de contatos pessoais, toda a documentação e informações necessárias ao exercício da ampla defesa e do contraditório*”. Nesse sentido, cita a inviabilidade de apresentar os documentos solicitados pela CPAR registrados no item 63, letras 'd', 'e', 'f' e 'g' do Termo de Indiciamento. Aduz que “*ao contrário do entendimento dado pela acusação, não poderiam ser produzidos sem reuniões presenciais*”. Ademais, a empresa alegou que houve cerceamento de defesa em razão da impossibilidade de abertura de arquivos eletrônicos relacionados ao vídeo de depoimento de Marcelo Fisch.

31. Contudo, a Comissão Processante rebateu, devidamente, a preliminar arguida. Conforme bem apontado pela CPAR, a pandemia não tornou inviável a apresentação dos documentos listados no item 63, 'd', 'e', 'f' e 'g' do Termo de Indiciamento, bem como não houve óbice ao acesso aos arquivos SEI 1498186, 1498194, 1498206, 1498211, 1498271, 1498275, 1498281 e 1498288, os quais registram o vídeo do depoimento de Marcelo Fisch.

32. Isso porque os documentos citados nas letras 'f' e 'g', item 63, são detidos pela própria empresa ou produzidos sem necessidade de reuniões presenciais, ou seja, sem a quebra do isolamento social. Além disso, com relação aos documentos citados nas letras 'd', 'e' e 'f', a CPAR possibilitou a apresentação de tais documentos no formato em que a empresa investigada dispusesse. Portanto, a empresa dispôs de alternativas para apresentar a documentação requerida pela CPAR, sem implicar quebra do isolamento social.

33. Ainda, a empresa dispôs de mais de 90 dias para juntar a documentação solicitada, bem como recebeu suporte técnico para a abertura dos documentos SEI 1498186, 1498194, 1498206, 1498211, 1498271, 1498275, 1498281 e 1498288, conforme registrado na Ata de Deliberação nº 5 (SEI 1650405), de 22/09/2020:

2. A empresa também alegou que era impossível abrir os documentos SEI 1498186, 1498194, 1498206, 1498211, 1498271, 1498275, 1498281 e 1498288, apontando suposto cerceamento da defesa. Conforme registrado na Ata de Deliberação nº 4 (SEI 1637947), a comissão comprovou que os documentos estavam íntegros e que a empresa recebeu adequado suporte técnico para sua abertura. Adicionalmente, a presidente da comissão disponibilizou à empresa acesso alternativo aos arquivos descomprimidos (SEI 1650685), a despeito de a forma de acesso original, dentro do processo eletrônico nº 00190.103042/2020-63, continuar efetiva e íntegra, como no que se refere a todos os demais documentos já acessados pela empresa.

34. Sendo assim, evidencia-se que não houve cerceamento de defesa, haja vista que os requisitos para permitir a defesa, a saber, o contraditório e a ampla defesa, foram devidamente atendidos no âmbito do PAR.

## II.1.2. DA NÃO OCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO

35. Como prejudicial de mérito, a defesa alega a incidência da prescrição punitiva da Administração. Neste ponto, argumenta que os fatos sob apuração já eram de conhecimento da Administração desde a apresentação da Nota Audit CMB nº 01/2014, de 17/02/2014, produzida pela Casa da Moeda. Aduz, ainda, que a premissa defendida no Relatório Final de que “os supostos pagamentos de propina a MARCELO FISCH teriam tido início no ano de 2009, e que teriam se estendido até 01/06/2015, o que configuraria uma infração de caráter continuado”, é falsa, “posto que não há ilícito continuado”.

36. Contudo, as alegações supra não merecem prosperar. Conforme apontou a Comissão Processante e diante do conjunto probatório dos autos, em que pese os pagamentos da vantagem indevida terem seu início no ano de 2009, estenderam-se, pelo menos, até junho de 2015. Tendo a infração se perpetuado no tempo, pode-se conceituá-la como uma infração continuada, de modo que, no caso, aplica-se o *caput* do artigo 1º da Lei nº 9.873, de 1999, que determina que a contagem do prazo, neste caso, deve se iniciar apenas após o dia em que a infração tiver cessado. Trata-se, portanto, de infração de caráter continuado, visto que a atuação ilegal da pessoa jurídica ocorreu até o encerramento dos respectivos pagamentos.

37. Neste ponto, a sentença proferida no âmbito da Ação Penal nº 0802469-60.2013.4.02.5101 (Processo SEI 00190.102157/2020-81) corrobora o entendimento acima, qual seja, de que os atos ilícitos praticados constituem crimes de caráter continuado. Colaciona-se trecho da decisão judicial:

Por fim, na terceira fase, faço incidir a causa de aumento do parágrafo único, do art. 333, do CP, por ter o corréu MARCELO, em razão da vantagem, praticado atos de ofício infringindo dever funcional de modo a beneficiar a contratação da SIPCA pela Casa da Moeda. Assim, aumento a pena de 1/3 (um terço), levando-a para 07 (sete) anos e 08 (oito) meses de reclusão. Por fim, considerando que foram praticados diversos **crimes em continuidade delitiva**, representados pelas dezenas de transferências mensais em parcelas de aproximadamente 50 mil dólares ao longo de 06 (seis) anos, faço incidir a causa de aumento do artigo 71 do Código Penal em sua fração máxima (2/3), tornando definitiva a pena de 11 (onze) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

38. Sendo assim, entre a cessação da conduta (junho de 2015, data do pagamento da última nota fiscal, conforme fl. 11, Sei nº 1498158) e a instauração deste PAR (abril de 2020), não houve o transcurso do prazo quinquenal de prescrição estabelecido pelo art. 25 da LAC, que determina que, no caso de infração permanente ou continuada, o prazo de prescrição só começa a correr no dia que estiver cessado a prática do ato. Ademais, com a instauração do PAR por meio da Portaria nº 993, de 28/04/2020, publicada no Diário Oficial da União – DOU, seção 2, pág. 38, de 29/04/2020, operou-se a interrupção do prazo prescricional, nos termos do art. 25, parágrafo único, da LAC.

39. A principal alegação da defesa nesse ponto é no sentido de que o pagamento da propina ocorrida ao longo do tempo não faria com que existisse crime continuado, pois se trataria apenas de uma conduta única (corrupção) com pagamento parcelado. Ou seja, a conduta não se renovaria a cada recebimento da propina, pois teria havido apenas um ato de ofício (direcionamento/facilitação para contratação entre SICPA e CMB).

40. Contudo, não se pode esquecer que a corrupção passiva é crime formal, ou seja, para sua configuração, basta o simples fato de o agente público solicitar, receber ou aceitar a promessa indevida de vantagem, em razão de sua função. Portanto, evidentemente, a cada recebimento de vantagem indevida, como no caso, ocorreu o crime, pois o referido recebimento ocorreu em razão da função desempenhada. Contudo, dispensa-se para a configuração o ato de ofício, como já foi decidido em algumas oportunidades pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal. Vejamos o entendimento do STJ:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. IMPUTAÇÃO DE CORRUPÇÃO ATIVA A UM DOS RECORRIDOS. IMPUTAÇÃO DE CORRUPÇÃO PASSIVA AOS OUTROS DOIS. ABSOLVIÇÃO DOS TRÊS RECORRIDOS NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. PEDIDO MINISTERIAL DE CONDENAÇÃO. INVIABILIDADE QUANTO AO RECORRIDO ACUSADO DE CORRUPÇÃO ATIVA. EXIGÊNCIA EXPLÍCITA, NO TIPO PENAL, DE "ATO DE OFÍCIO". VIABILIDADE QUANTO AOS RECORRIDOS ACUSADOS DO CRIME DE CORRUPÇÃO PASSIVA. EXPRESSÃO "EM RAZÃO DELA" QUE NÃO PODE SER EQUIPARADA A "ATO DE OFÍCIO". POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO AINDA QUE AS AÇÕES OU OMISSÕES INDEVIDAS NÃO ESTEJAM DENTRO DAS ATRIBUIÇÕES FORMAIS DO FUNCIONÁRIO PÚBLICO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO, PARA CONDENAR OS RÉUS QUE FORAM DENUNCIADOS POR CORRUPÇÃO PASSIVA.

1. Hipótese em que um dos réus foi absolvido da prática do crime de corrupção ativa (art. 333 do Código Penal) e os outros dois foram absolvidos da prática do crime de corrupção passiva (art. 317 do CP).

2. Ao contrário do que ocorre no crime de corrupção ativa, o tipo penal de corrupção passiva não exige a comprovação de que a vantagem indevida solicitada, recebida ou aceita pelo funcionário público esteja causalmente vinculada à prática, omissão ou retardamento de "ato de ofício".

3. A expressão "ato de ofício" aparece apenas no caput do art. 333 do CP, como um elemento normativo do tipo de corrupção ativa, e não no caput do art. 317 do CP, como um elemento normativo do tipo de corrupção passiva. Ao contrário, no que se refere a este último delito, a expressão "ato de ofício" figura apenas na majorante do art. 317, § 1.º, do CP e na modalidade privilegiada do § 2.º do mesmo dispositivo.

4. Nem a literalidade do art. 317 do CP, nem sua interpretação sistemática, nem a política criminal adotada pelo legislador parecem legitimar a ideia de que a expressão "em razão dela", presente no tipo de corrupção passiva, deve ser lida no restrito sentido de "ato que está dentro das competências formais do agente".

5. Não é lícito ao intérprete simplesmente pressupor que, no crime de corrupção passiva, o legislador praticou alguma sorte de atecnia, ou que falou menos do que desejava, ou que é possível "deduzir" do dispositivo a exigência de ato de ofício, como se ali estivesse uma limitação implícita ao poder-dever de punir. Ao contrário, a redação do dispositivo constitui nítida opção legislativa direcionada a ampliar a abrangência da incriminação por corrupção passiva, quando comparada ao tipo de corrupção ativa, a fim de potencializar a proteção ao aspecto moral do bem jurídico protegido, é dizer, a probidade da Administração Pública.

6. A desnecessidade de que o ato pretendido esteja no âmbito das atribuições formais do funcionário público fornece uma visão mais coerente e íntegra do sistema jurídico. A um só tempo, são potencializados os propósitos da incriminação - referentes à otimização da proteção da probidade administrativa, seja em aspectos econômicos, seja em aspectos morais - e os princípios da proporcionalidade e da isonomia. Exigir nexos de causalidade entre a vantagem e ato de ofício de funcionário público levaria à absurda consequência de admitir, por um lado, a punição de condutas menos gravosas ao bem jurídico, enquanto se nega, por outro, sanção criminal a manifestações muito mais graves da violação à probidade pública: "o guarda de trânsito que pede dinheiro para deixar de aplicar uma multa seria punível, mas o senador que vende favores no exercício do seu mandato passaria impune" (STF, Voto do Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO no Inq 4.506/DF, p. 2.052).

7. O âmbito de aplicação da expressão "em razão dela", contida no art. 317 do CP, não se esgota em atos ou omissões que detenham relação direta e imediata com a competência funcional do agente. O crime de corrupção passiva não exige nexos causal entre a oferta ou promessa de vantagem indevida e eventual ato de ofício praticável pelo funcionário público. O nexos causal a ser reconhecido é entre a mencionada oferta ou promessa e eventual facilidade ou suscetibilidade usufruível em razão da função pública exercida pelo agente.

**8. O crime de corrupção passiva consuma-se ainda que a solicitação ou recebimento de vantagem indevida, ou a aceitação da promessa de tal vantagem, esteja relacionada com atos que formalmente não se inserem nas atribuições do funcionário público, mas que, em razão da função pública, materialmente implicam alguma forma de facilitação da prática da conduta almejada.**

9. No caso, irrelevante, para a consumação do crime de corrupção passiva, o fato de que aos Recorridos não competia, à época dos fatos, a prática de função inerente ao controle imigratório no Aeroporto Internacional de São Paulo/SP. Mostra-se suficiente à configuração do delito a constatação, presente no acórdão impugnado - e, por conseguinte, imune ao reexame de fatos e provas -, de que "exerciam a função de auxiliar de serviços gerais em empresa concessionária do uso de área destinada a carga e descarga de aeronaves no Aeroporto Internacional de São Paulo", e de que, em razão dessa função, aceitaram "proposta de vantagem indevida para que auxiliassem o ingresso irregular de estrangeiro em território nacional".

10. Recurso parcialmente provido para, por um lado, manter a absolvição do Réu acusado por corrupção ativa, e, por outro, condenar os Corréus acusados por corrupção passiva, com determinação de retorno dos autos ao Tribunal de origem para que proceda à dosimetria da pena. (REsp 1745410/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 02/10/2018, DJe 23/10/2018)

41. Vejamos, agora, o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA DEPUTADO FEDERAL. OPERAÇÃO SANGUESSUGA. INÉPCIA DA DENÚNCIA NÃO CONFIGURADA. QUADRILHA E CRIMES LICITATÓRIOS. PRESCRIÇÃO. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. ATIPICIDADE. CORRUPÇÃO PASSIVA E LAVAGEM DE DINHEIRO. COLABORAÇÃO PREMIADA. CORROBORAÇÃO DAS PROVAS OBTIDAS. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CONDENAÇÃO. 1. O artigo 41 do CPP, a regular a aptidão formal da denúncia/queixa, exige a narrativa dos fatos conhecidos e sua conexão, por via de atividade subsuntiva, aos elementos constitutivos do tipo legal classificado na peça acusatória. Inépcia não configurada na espécie, enquanto descreve, a denúncia, os delitos imputados, a forma de execução, o resultado alcançado, os resultados pretendidos e os vínculos subjetivos entre os participantes, em tempo e espaço delimitados. 2. Prescrição. Os delitos dos arts. 288 do CP e 90 da Lei 8.666/90 têm previstas penas máximas, respectivamente, de 3 (três) e 4 (quatro) anos, a atrair prazo prescricional de 8 (oito) anos (CP, art. 109, IV). Lapso temporal de 8 (oito) anos ultrapassado entre o recebimento da denúncia no primeiro grau de jurisdição e a data deste julgamento. Extinção da punibilidade declarada. 3. **Corrupção passiva. Desimportante seja a vantagem indevida contraparte à prática de ato funcional lícito ou ilícito. O ato de ofício não é elementar do tipo (artigo 317 do CP), apenas causa de aumento da pena (§ 1º do mesmo dispositivo legal). Necessário o nexos causal entre a oferta (ou promessa) de vantagem indevida e a função pública do agente. Corrupção passiva evidenciada diante do recebimento direto e indireto de vantagens financeiras sem explicação causal razoável. Inferência de liame entre o recebimento e o exercício do mandato parlamentar, e, ainda, por meio da prática de atos funcionais dirigidos ao responsável pelo pagamento da propina.** [...] (AP 694, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 02/05/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-195 DIVULG 30-08-2017 PUBLIC 31-08-2017)

42. Além disso, mesmo que se considere, por hipótese, a necessidade da realização de um ato de ofício para cada recebimento de propina, é importante ressaltar a celebração diversos aditivos no decorrer do tempo, sendo o último com vigência até maio de 2014. Nesse ponto, vale salientar que a celebração de aditivos não é automática, sendo sempre discricionária do gestor, desde que verificados alguns requisitos relativos à economicidade do contrato. Por isso, a celebração de aditivos representa novo ato do gestor e não somente uma prorrogação automática do contrato celebrado.

43. Não obstante a importância da discussão sobre os institutos penais, pois muitas vezes o Direito Administrativo Sancionador bebe nessa fonte, o fato é que os tipos administrativos devem ser analisados diante de suas próprias disposições, devendo-se socorrer do Direito Penal apenas subsidiariamente. Nesse ponto, temos que os tipos administrativos são bastante claros

no sentido de que a cada recebimento de vantagem indevida deve ser considerada como existente um ato ilícito por parte da empresa, na medida em que ela foi utilizada para ocultar ou simular o pagamento da referida vantagem indevida. Vejamos os dispositivos da Lei nº 12.846, de 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 por Brasil, assim definidos:

[...]

II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;

III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

44. Da mesma forma, a Lei nº 8.666, de 1993, também não apresenta qualquer exigência sobre ato de ofício ou não, sendo tipificado qualquer ato que demonstre a ocorrência de inidoneidade por parte da empresa. Vejamos:

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:

[...]

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

45. Portanto, independentemente da interpretação que se faça acerca dos dispositivos penais relativos à corrupção, é necessário consignar que os dispositivos da Lei nº 12.846/2013 e 8.666/93 são muito mais simples do que os tipos penais, não exigindo especial fim de agir, de modo que qualquer ato de subvenção à prática de ilícitos ou de utilização de interposta pessoa para dissimulação de interesse são infrações administrativas. Assim, desse modo, verifica-se a ocorrência de infração a cada pagamento de propina, de acordo com as duas leis acima citadas que preveem infrações administrativas próprias.

46. Portanto, não merece acolhimento o argumento da defesa sobre a prescrição punitiva da Administração.

### **II.1.3. DA AUSÊNCIA DE NULIDADE DO PROCESSO**

47. Em sua petição de manifestação sobre o Relatório Final, a defesa da indiciada alega nulidade deste PAR. Argumenta, em resumo, que: a) *“com base em simples elementos indiciários, o Relatório Final formou juízo de culpa”*; b) *“não há como se imputar qualquer ilícito à MDI”*, visto que *“está se presumindo, sem a colheita de elementos probatórios idôneos, sob o crivo do contraditório, que a MDI servia de intermediária em suposto pagamento de vantagem indevida para MARCELO FISCH”*; e c) isso não ficou demonstrado, sendo que a Comissão apenas se remete à Ação Penal.

48. Contudo, tais argumentos não merecem prosperar, tendo em vista que constam, nos autos, vários elementos probatórios que sustentam a acusação formal, dentre os quais a sentença proferida na Ação Penal 5083258-29.2014.4.04.7000/PR (SEI 1476587), na qual a Justiça Federal do Rio de Janeiro condenou Marcelo Fisch e Mariangela Defeo, administradores da MDI, por crime de corrupção. Com efeito, quando se trata de ação penal com condenação, está-se falando, não de meros indícios, mas de prova, inclusive indiciária, apurada diante de uma grande quantidade de indícios.

49. Sendo assim, não se trata de mera presunção como afirma a defesa, e sim de provas inequívocas de atos de corrupção praticados pela MDI, consubstanciados por meio de pagamentos realizados pela sua única contratante, a CFC Consulting Group, identificados como vantagem indevida paga pela SICPA (via CFC) a Marcelo Fisch.

50. Ademais, importa registrar que, no Termo de Indiciação, consta a descrição detalhada dos fatos irregulares imputados à MDI CONSULTORIA EMPRESARIAL LTDA., bem como foram indicados os elementos probatórios que subsidiaram a formação da convicção da Comissão, possibilitando a realização da defesa de forma ampla e irrestrita.

51. Ocorre que, apesar da concessão do prazo de 90 dias concedidos pela CPAR, a pessoa jurídica indiciada não apresentou defesa escrita, sob a alegação recorrente de supostas omissões e obscuridades no Termo de Indiciação, as quais foram justificadamente afastadas pela CPAR, tanto nas análises das manifestações apresentadas pela defesa na fase de instrução, quanto no Relatório Final.

52. Dessa forma, a MDI CONSULTORIA EMPRESARIAL LTDA. teve oportunidade de exercer, de modo amplo e irrestrito, o direito de defesa em relação aos fatos imputados à própria empresa, inclusive quanto à possibilidade de desconconsideração de sua personalidade jurídica para eventual alcance do patrimônio pessoal da sócia-administradora, Mariangela Defeo, e do sócio oculto Marcelo Fisch. Contudo, durante as fases deste PAR, a empresa se limitou a alegar cerceamento de defesa, violação aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa e, conseqüentemente, nulidade do processo.

53. Diante disso, opina-se pelo não acolhimento da preliminar de nulidade deste processo arguida pela indiciada em razão dos motivos acima expostos.

## **II.2. MÉRITO**

### **II.2.1. DA APLICABILIDADE DA LEI Nº 12.846/2013**

54. A defesa alega que as imputações registradas no Termo de Indiciação implicariam indevida retroatividade da LAC em relação às condutas objeto do PAR. Neste ponto, a defesa argumenta que: a) o recebimento da propina configuraria mero

exaurimento da suposta conduta corruptiva da SICPA, decorrente do contrato assinado com a CMB em 2008, antes da vigência da LAC; b) não haveria clareza, no Termo de Indiciação, acerca do caráter continuado ou permanente das condutas imputadas à MDI; c) não haveria clareza, no Termo de Indiciação, acerca da extensão das condutas ilícitas em relação ao contrato firmado entre a SICPA e a CMB, em 2013; e d) não haveria clareza, no Termo de Indiciação, acerca dos “(...) motivos pelos quais a empresa *VALID* não foi considerada qualificada pela Casa da Moeda, e qual teria sido a efetiva influência da MDI, constituída em abril de 2009, em relação à essa desqualificação”.

55. Contudo, ao analisar o conjunto probatório dos autos, restou demonstrado que a empresa MDI praticou as condutas ilícitas por meio da simulação de contrato de prestação de serviços de consultoria com a CFC. Segundo consta dos autos, o contrato foi celebrado em 12/06/2009, a partir de proposta técnico-comercial apresentada pela MDI em 20/04/2009 (SEI 1476587, Item 12).

56. Neste ponto, cumpre ressaltar que o presente PAR limitou-se a apurar as condutas perpetradas pela pessoa jurídica no período compreendido entre 03/02/2014 e 01/06/2015, ou seja, após a vigência da Lei 12.846/2013 (LAC), haja vista se tratar de infração de caráter continuado, tal como já analisado nesta manifestação jurídica no item II.1.2, acerca da prescrição. Portanto, o argumento da defesa de que a LAC foi aplicada a condutas praticadas antes de sua entrada em vigor (29/01/2014) é improcedente.

57. Ademais, consta, no Termo de Indiciação, que a atuação da MDI se deu em continuidade delitiva entre 03/02/2014 e 01/06/2015, período em que foram realizados pagamentos vantagem indevida a Marcelo Fisch, no valor de R\$ 9.175.000,00 (SEI 1524596, itens 2 e 8).

58. Com relação aos questionamentos acerca da *VALID*, a CPAR bem pontuou, no item 66 do Relatório Final, que “*não imputou à MDI qualquer conduta relacionada à não-qualificação da empresa VALID no processo de qualificação CMB nº 18750.0002834/2013-65*”.

59. Sendo assim, não há que se falar em inviabilidade de aplicação da Lei nº 12.846, de 2013, aos fatos apurados, pois se trata de infração continuada, que se estendeu por período além da vigência da LAC, podendo-se, portanto, utilizar, de forma analógica, do entendimento da Súmula 711 do Supremo Tribunal Federal: “*A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência.*”.

60. Nesse ponto, vale ressaltar os argumentos já lançados sobre crime continuado/infração continuada no tópico a respeito da prescrição. Com efeito, conforme já consignado, pode-se considerar que ocorreu infração continuada, de acordo com as Leis nº 12.846/2013 e 8.666/93, tendo em vista as características das infrações administrativas previstas nos referidos normativos.

## **II.2.2. DO CUSTEIO/SUBVENÇÃO DO PAGAMENTO DE PROPINA, PELA SICPA, A MARCELO FISCH**

61. Com relação ao custeio/subvenção do pagamento de propina, pela SICPA, a Marcelo Fisch, por meio da MDI Consultoria, a Comissão Processante, no Termo de Indiciação, apontou o seguinte:

[REDACTED]

48. A rápida evolução patrimonial de Marcelo e Mariangela coincide com a celebração do contrato para desenvolvimento do Sicobe, em 2008 (processo CMB nº 18750.001890/2008). Conforme registrado pela comissão de sindicância, o acréscimo patrimonial do casal “é fortemente ancorado nos recursos advindos da distribuição dos lucros da empresa MDI” (SEI 1476587, p. 177-178).

[...]

[REDACTED]

51. Para além do recrudescimento patrimonial apurado pela Corregedoria da RFB, outros elementos de prova condizem com a tese de que os pagamentos à MDI eram, de fato, propina paga pela SICPA, custeada/subvencionada pela CFC, em favor de Marcelo. O início dos pagamentos da CMB à SICPA, em julho de 2009, coincide com a data da emissão da primeira nota fiscal pela MDI (01/07/2009 - SEI 1476587, p. 950 e 994). **Ademais, o próprio Marcelo, em depoimento à comissão do PAR nº 00190.101689/2019-17, afirmou que os pagamentos à MDI tinham ele como destinatário final e, não, sua esposa** (SEI 1498186, 1498194, 1498206, 1498211, 1498271, 1498275, 1498281 e 1498288).

62. A defesa da indiciada, por sua vez, alegou que “*a SICPA nunca pagou qualquer valor ou vantagem, devida ou indevida, para MARCELO FISCH*”. Questiona a ausência de imputação da CFC. Repete o argumento de que a “*acusação é omissa e obscura*”. Afirma que “*para que a MDI seja acusada de ter custeado/subvencionado a prática de eventuais atos ilícitos praticados pela SICPA, deve o acusador esclarecer se foi instaurado algum procedimento administrativo ou judicial prévio contra as referidas empresas SICPA e CFC CONSULTING GROUP INC., e quais as decisões que atestam quais foram essas práticas e quais aplicaram algum tipo de punição àquelas empresas*”.

63. No entanto, mais uma vez, as alegações da defesa não merecem acolhimento. Primeiramente, a defesa se limita, tão somente, a afirmar que "*a SICPA nunca pagou qualquer valor ou vantagem, devida ou indevida, para MARCELO FISCH*", sem apresentar qualquer elemento que demonstre que não houve pagamento. Além disso, durante todo o processo, a indiciada insistiu no fato de que estava impossibilitada de apresentar a sua defesa, reiterando que havia obscuridade e omissões na acusação.

64. Vale destacar que as alegações de obscuridade e omissão apresentadas pela defesa não representam elementos novos, visto que foram apresentadas reiteradamente durante a instrução e todas foram devidamente enfrentadas e afastadas pela CPAR. Ademais, a MDI, sob os mesmos argumentos, não apresentou sequer defesa escrita.

65. Já com relação ao mérito da questão, os argumentos da defesa também não merecem acolhimento. As provas apontadas no Termo de Indiciação são robustas e consistentes da prática de atos de corrupção pela empresa MDI. Restou comprovado que a MDI foi criada para dar aparência de legalidade aos pagamentos realizados pela sua única contratante, a CFC Consulting Group, Inc., que, ao final, restaram identificados como vantagem indevida paga pela SICPA (via CFC) à Marcelo Fisch (via MDI). Ou seja, a MDI, por meio de simulação de contrato de consultoria com a CFC, custeou/subvencionou pagamento de vantagem indevida a Marcelo Fisch.

66. Além disso, a subvenção realizada pela MDI deu-se por meio de sua utilização como repassadora da propina ou mesmo como elemento essencial para a simulação do contrato de consultoria. A subvenção pode ocorrer, conforme o texto legal, por qualquer modo, inclusive por meio de simulação de uma prestação de um serviço. Não obrigatoriamente a subvenção é o repasse de recursos executado pela empresa que comete o ilícito, ou seja, nem sempre a subvenção representa pecúnia, podendo ocorrer por outras formas.

67. Neste ponto, cumpre destacar o depoimento prestado pelo próprio Marcelo Fisch, beneficiário das vantagens indevidas, à comissão do PAR nº 00190.101689/2019-17, ocasião em que afirmou que os pagamentos à MDI tinham ele como destinatário final e não sua esposa (SEI 1524596) e a sentença proferida em 16/05/2019, no âmbito da Ação Penal nº 0802469-60.2013.4.02.5101 (SEI 1576587), na qual a Justiça Federal do Rio de Janeiro condenou Charles Finkel, representante da SICPA e da CFC, pelo crime de corrupção ativa, e Marcelo Fisch e Mariangela Defeo, por corrupção passiva. A sentença também reitera que o contrato firmado entre a MDI e a CFC era fictício, conforme transcrito abaixo:

No que tange às circunstâncias do crime, deve ser considerado o modus operandi especialmente sofisticado empregado no seu cometimento, uma vez que, para viabilizar o pagamento de propina, foi arquitetada uma sofisticada estrutura, que contou com a criação pelos corréus MARCELO e MARIANGELA da empresa de fachada MDI CONSULTORIA empresarial LTDA., a fim de simular a sua contratação pela CFC CONSULTING GROUP INC. e possibilitar a transferência de vultosas somas dos EUA para o Brasil, dando uma aparência de legalidade às movimentações financeiras por meio do sistema bancário. Foi celebrado um contrato fictício de prestação de serviços e foram emitidas notas fiscais relativas a serviços jamais prestados. Quanto às consequências do crime, verifico que são gravíssimas porque a quantia de US\$ 14.848.685,00 (quatorze milhões oitocentos e quarenta e oito mil e seiscentos e oitenta e cinco dólares), além de ser estratosférica é, notoriamente, dinheiro desviado dos cofres públicos, oriundo de esquema de corrupção estruturado para fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório na Casa da Moeda. Foi isso que, como visto, viabilizou a contratação da SICPA em 2008, rendendo-lhe o contrato quinquenal.

68. Vale esclarecer que a instauração de PAR independe da instauração e/ou condenação das pessoas jurídicas no âmbito administrativo ou das pessoas físicas no âmbito judicial, visto que as instâncias judicial e administrativa são independentes entre si. Em outros termos, o resultado dos processos tramitados em outras instâncias não vincula a instância administrativa, salvo hipótese de absolvição por inexistência do fato ou negativa de autoria. No presente caso, cabe destacar a condenação acima mencionada de Charles Finkel, Marcelo Fisch e Mariangela Defeo. Apesar de não haver vinculação entre as instâncias penais e administrativas, no caso em tela, a sentença penal confirma a participação dos sócios administradores da MDI nos ilícitos apurados neste PAR.

69. Portanto, além das provas mencionadas no termo de indiciação, representadas principalmente pelas informações fiscais da empresa e de seus representantes, a instrução probatória criminal, por meio de cognição absolutamente exauriente, também pode provar a existência do ilícito administrativo do qual participou a indiciada MDI Consultoria, de modo que não restam dúvidas sobre a ocorrência do ilícito.

### **II.2.3. DA UTILIZAÇÃO DE INTERPOSTA PESSOA (CFC) PARA OCULTAR A IDENTIDADE DOS BENEFICIÁRIOS DOS ATOS PRATICADOS (SICPA E MARCELO) E DOS PAGAMENTOS RECEBIDOS POR MARCELO FISCH DA MDI**

70. No que se refere à utilização da CFC para ocultar a identidade dos beneficiários dos atos praticados (SICPA e Marcelo), a Comissão Processante, no Termo de Indiciação, apontou o seguinte:

10. A MDI custeou/subvencionou o pagamento, pela SICPA, da vantagem indevida por meio da simulação de contrato de prestação de serviços de consultoria celebrado em 12/06/2009 com a CFC a partir de proposta técnico-comercial apresentada pela MDI em 20/04/2009 (SEI 1476587, p. 826-853). O contrato foi anualmente renovado por meio de 5 aditivos, o último deles com vigência até maio de 2014 (SEI 1476587, p. 854-861, 862-863). A MDI emitiu 73 notas fiscais em favor da CFC (SEI 1476587, p. 410-413, 950-987, 989, 991, 993-1016 e 1018-1050; e 1498063), parte das quais se refere aos pagamentos efetuados após a vigência da LAC (SEI 1476587, p. 410-413 e 1049-1050; e 1498063). Charles e sua esposa, Susana Helen Finkel, assinaram e enviaram à MDI, em nome da CFC, canhotos referentes às notas fiscais emitidas pela MDI (SEI 1476587, p. 410-442).

11. A MDI foi constituída em 23/04/2009 - 3 dias depois da apresentação da proposta técnico-comercial - e nunca emitiu nota fiscal em favor de outra empresa que não a CFC (SEI 1476587, p. 16), conduzindo ao entendimento de que foi criada exclusivamente para conferir aparência de legalidade aos pagamentos indevidos



custeados/subvencionados pela CFC em favor de Marcelo.

[...]

12. Há indícios, também, de que a CFC celebrou contrato de consultoria com a matriz da SICPA para receber pagamentos por serviços não prestados. [REDACTED]

[REDACTED]

[...]

14. Registre-se, por fim, que a RFB registrou, em relatório, que no Sistema Integrado de Comércio Exterior de Serviços, Intangíveis e Outras Operações que Produzam Variações no Patrimônio (Siscoserv) constava, em 2013, que a MDI havia informado que a CFC havia sido a única adquirente dos seus serviços, tendo faturado, no período de outubro de 2012 a fevereiro de 2015, US\$ 6,076,000.00 (seis milhões e setenta e seis mil dólares - SEI 1476587, p. 16).

71. A defesa da indiciado, por sua vez, afirma que *“mesmo sem qualquer prova, o Termo de Indiciação imputa a prática de atos ilícitos à MDI, e o Relatório Final sugere a aplicação de graves sanções”*. Argumenta, ainda, que *“a Comissão exterioriza uma presunção de que a suposta dificuldade para a comprovação dos serviços prestados pela CFC tenha relação com o pagamento de vantagem indevida à MARCELO FISCH”*.

72. Ao contrário do que afirma a defesa sobre a Comissão imputar a prática de ilícitos à MDI *“sem qualquer prova”*, o conjunto probatório dos autos evidencia que a MDI custeou/subvencionou o pagamento, pela SICPA, da vantagem indevida por meio da simulação de contrato de prestação de serviços de consultoria celebrado em 12/06/2009 com a CFC a partir de proposta técnico-comercial apresentada pela MDI em 20/04/2009 (Processo SEI 00190.102157/2020-31, pp. 826-853).

73. Ademais, a MDI foi constituída em 23/04/2009 (3 dias depois da apresentação da proposta técnico-comercial) e nunca emitiu nota fiscal em favor de outra empresa que não a CFC (SEI 1476587, Item 16). Portanto, as evidências dos autos demonstram que a MDI foi aberta unicamente para dar ares de legalidade aos pagamentos realizados pela CFC Consulting em favor de Marcelo.

74. A defesa afirma, ainda, que os valores recebidos por Marcelo Fisch por intermédio da MDI referiam-se, na verdade, à remuneração pelos serviços de consultoria privada prestados por ele à empresa CFC e que tal fluxo de pagamentos *“não constitui qualquer ilícito criminal, tampouco infração à Lei Anti Corrupção”*. Concluiu que a CGU *“não pode aplicar sanções à MDI, ou mesmo ao patrimônio de sua representante legal, ou de MARCELO FISCH”*.

75. Contudo, conforme já evidenciado nesta manifestação jurídica, há provas consistentes de que os pagamentos recebidos por Marcelo Fisch, por meio da MDI, se referiam a vantagens indevidas e não a consultoria privada. Segundo se verifica dos autos, a MDI, cuja sócia majoritária era esposa de Marcelo Fisch, fora criada para dar aparência de legalidade aos pagamentos realizados pela sua única contratada, CFC, identificados como vantagem indevida pagos pela SICPA (via CFC) a Marcelo Fisch (via MDI), por meio de contrato simulado de serviços de consultoria.

76. Sendo assim, tendo em vista o custeio/subvenção do pagamento de propina pela SICPA, a Marcelo Fisch, e a utilização de pessoa jurídica (CFC) para ocultar a identidade do destinatário, além de haver a configuração dos atos lesivos tipificados no art. 5º, incs. II e III, da LAC e no art. 88, inc. III, da Lei nº 8.666/1993, também ocorre a caracterização de crimes na esfera penal, na qual Marcelo Fisch e sua esposa foram condenados por corrupção passiva, conforme já demonstrado.

77. Desse modo, é completamente possível a aplicação das sanções administrativas previstas na Lei Anticorrupção e na Lei de Licitações, inclusive com extensão dos seus efeitos ao patrimônio dos sócios administradores, por meio da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica - a qual será abordada no próximo item -, visto que restou comprovado que a pessoa jurídica foi utilizada com abuso de direito para facilitar, encobrir e dissimular a prática dos ilícitos apurados no presente PAR, conforme a previsão do art. 14 da Lei nº 12.846/2013 (LAC).

78. Portanto, as evidências carreadas aos autos pela CPAR militam fortemente em desfavor da tese defensiva, permitindo concluir que a MDI custeou/subvencionou o pagamento da vantagem indevida (propina) a Marcelo, por meio da CFC, para ocultar a identidade dos beneficiários dos atos praticados (SICPA e Marcelo).

#### **II.2.4. DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA EMPRESA MDI**

79. No Termo de Indiciação, a Comissão Processante apontou que o conjunto probatório deste PAR permite *“concluir que Mariangela e Marcelo constituíram a MDI para cometer ato ilícito, isto é, para a) custear/subvencionar o pagamento de propina, pela SICPA, a Marcelo; b) utilizar interposta pessoa jurídica (CFC) para ocultar a identidade dos beneficiários dos atos praticados (SICPA e Marcelo); e c) servir de empresa intermediária para o referido pagamento. Conforme disposto no artigo 50 do Código Civil, na redação atribuída pela Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019 (Lei da Liberdade Econômica), é possível desconsiderar a personalidade jurídica de empresa para alcançar o patrimônio do sócio, quando utilizada para o cometimento de atos ilícitos”*.

80. A defesa, por sua vez, argumentou que: a) o Relatório Final não teria esclarecido se houvera instauração de processo ou responsabilização da empresa SICPA, o que seria, no entendimento da defesa, condição para aplicação do artigo 14 da LAC ao presente PAR; b) a afirmação de que Marcelo Fisch era sócio oculto da MDI seria incompatível com sua caracterização como empresa de fachada; c) o Termo de Indiciação e o Relatório Final não teriam esclarecido *“o motivo pelo qual a caracterização como sócio-oculto teria implicação na desconsideração da personalidade jurídica para efeitos da aplicação da Lei Anti Corrupção; e d) que a acusação é obscura, uma vez que a empresa supostamente de fachada declarou e pagou todos os impostos*.

81. Contudo, as alegações da defesa não merecem acolhimento. Conforme bem entendido pela Comissão Processante, a desconsideração da personalidade jurídica da empresa MDI baseia-se em diversos elementos probatórios, corroborados pela Polícia Federal, Ministério Público Federal e pelo juízo de primeira instância competente pelo julgamento da Ação Penal nº 0802469-

82. No presente caso, o conjunto probatório dos autos permite concluir que Mariangela e Marcelo constituíram a MDI para cometer ato ilícito, isto é, para: a) custear/subvencionar o pagamento de propina, pela SICPA, a Marcelo; b) utilizar interposta pessoa jurídica (CFC) para ocultar a identidade dos beneficiários dos atos praticados (SICPA e Marcelo); e c) servir de empresa intermediária para o referido pagamento.

83. O principal indício que milita em desfavor da empresa processada, nesse ponto, é que, até a celebração do contrato com a empresa CFC, a empresa MDI não havia emitido sequer uma nota fiscal. Com efeito, também como fato que demonstra a certeza das imputações, a constituição da empresa deu-se após a realização da proposta comercial feita à CFC. De fato, a MDI foi constituída em 23/04/2009 (3 dias depois da apresentação da proposta técnico-comercial) e nunca emitiu nota fiscal em favor de outra empresa que não a CFC (SEI 1476587, Item 16).

84. Nos termos do artigo 50 do Código Civil, na redação atribuída pela Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019 (Lei da Liberdade Econômica), é possível desconsiderar a personalidade jurídica de empresa para alcançar o patrimônio do sócio com poderes de administração, quando utilizada para o cometimento de atos ilícitos.

85. Nesse contexto, a possibilidade de alcançar o patrimônio de sócio oculto encontra fundamento nos artigos 14 da Lei nº 12.846/2013 e 50 do Código Civil, bem como na prática dos tribunais administrativos e judiciais, nos casos em que a pessoa física busca se esconder por trás de terceiros instituídos apenas formalmente como sócios, como no caso sob análise, em que a MDI, administrada por Mariangela Defeo - esposa de Marcelo Fisch – simulou contrato de consultoria com a CFC para viabilizar o pagamento de propina, pela SICPA, a Marcelo Fisch. Vejamos os artigos supramencionados.

#### **Lei nº 12.846/2013**

Art. 14. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa.

#### **Código Civil**

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza.

§ 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por:

I - cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa;

II - transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e

III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial.

§ 3º O disposto no caput e nos §§ 1º e 2º deste artigo também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica.

§ 4º A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput deste artigo não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica.

§ 5º Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica.

86. Também não merece prosperar o argumento de que a atuação de Marcelo Fisch, enquanto sócio oculto da MDI, seria incompatível com sua situação de empresa de fachada. Neste ponto, cumpre destacar que a CPAR comprovou, com fundamento nas provas apresentadas e analisadas no Termo de Indiciação, que a MDI foi criada exclusivamente para conferir aparência de legalidade aos pagamentos indevidos custeados/subvencionados pela CFC em favor de Marcelo Fisch, considerando que a CFC havia sido a única adquirente dos seus serviços, tendo faturado, no período de outubro de 2012 a fevereiro de 2015, US\$ 6,076,000.00 (seis milhões e setenta e seis mil dólares - SEI 1476587, Item 16).

87. Ademais, a rápida evolução patrimonial de Marcelo e Mariangela coincidiu com a celebração do contrato para desenvolvimento do Sicobe, em 2008. Assim, a atuação da MDI como empresa de fachada de Marcelo Fisch não exclui a imputação de que ele detinha poder de administração da empresa, de modo que é possível, eventualmente, alcançar seu patrimônio pessoal no caso de o presente PAR resultar em multa em face da MDI.

88. Ressalte-se que a possibilidade de alcançar o patrimônio de sócio oculto encontra fundamento nos dispositivos legais supracitados (art. 14 da LAC e art. 50 do Código Civil), na prática dos tribunais administrativos e judiciais e na doutrina. Vejamos:

#### **Tribunal Regional Federal da 3ª Região**

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. SOLIDARIEDADE. SÓCIOS OCULTOS. GESTÃO ADMINISTRATIVA E FINANCEIRA. INTERPOSIÇÃO DE PESSOAS. SÓCIOS DE DIREITO. AUSÊNCIA DE PODER DECISÓRIO. RECURSO DESPROVIDO.

[...]

6. Não há ilegalidade na **responsabilização solidária** dos verdadeiros administradores da PROMEIOS LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA E SERVIÇOS LTDA, pois **embora os autores não constem formalmente como sócios, exerceram a gestão administrativa e financeira de fato durante o período dos fatos geradores, ocultando-se à fiscalização através da interposição de pessoas**, ensejando a responsabilização, nos termos do artigo 124, II, CTN, c/c artigo 135, III, CTN.

7. O que se apurou, sem a demonstração em contrário por parte dos autores, foi que estes, apesar de formalmente não pertencentes à sociedade, nela atuaram de forma ostensiva, **através de expediente de ocultação por interposição de pessoas**, assim participando, efetivamente, de sua administração para efeito de sujeição pessoal à fiscalização e responsabilização tributária.

8. Embora os autores, em sua maioria, constem como sócios da UABI COMISSÁRIA MERCANTIL LTDA, **a responsabilização dos sócios de fato da fiscalizada não enseja a necessidade de que, no caso concreto, seja promovida, primeiramente, a responsabilidade dos sócios da PROMEIOS LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA E SERVIÇOS LTDA, constantes formalmente de seu contrato social**, assim como da UABI, para, e tão somente após, ser possível cogitar da responsabilização dos autores, pois, conforme constatado na fiscalização, os sócios de direito da PROMEIOS constituem interpostas pessoas, meros "laranjas", sem poderes de gerência administrativa e financeira, sendo submetidas suas decisões, conforme consta do ato constitutivo, à homologação pela terceira UABI para validade.

Apelação Cível nº 0005750-40.2013.4.03.6100/SP, publicada em 15 de abril de 2016, Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

(grifou-se)

#### **Tribunal de Contas da União**

Os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica não se impõem apenas aos sócios de direito da empresa; **alcançam, também, eventuais sócios ocultos**.

Acórdão nº 2589/2010-Plenário, Tribunal de Contas da União.

(grifou-se)

Os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica **alcançam não apenas os sócios de direito, mas também os sócios ocultos** que, embora exerçam de fato o comando da pessoa jurídica, **se utilizam de terceiros (laranjas)** instituídos apenas formalmente como proprietários da empresa. Acórdão nº 4481/2015-Primeira Câmara, Tribunal de Contas da União.

(grifou-se)

#### **Doutrina**

O uso indevido, abusivo e malicioso da personalidade jurídica das pessoas jurídicas comandadas por **um sujeito oculto**, com evidente intuito de prejudicar a possibilidade de implemento das expiações da Lei nº 12.846/2013, dá lugar à desconsideração da personalidade jurídica (...). (HEINEN, Juliano. *Comentários à Lei Anticorrupção*: Lei nº 12.846/2013. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 228, grifou-se).

89. Por fim, com relação ao terceiro argumento apresentado pela defesa (*a acusação é obscura, uma vez que a empresa supostamente de fachada declarou e pagou todos os impostos*), a Comissão bem pontuou que a inexistência de dívidas tributárias, resultantes do contrato firmado com a CFC, não impede a desconsideração da personalidade jurídica da MDI para eventual alcance do patrimônio pessoal da sócia-administradora e do sócio oculto, caso o PAR resulte na aplicação de sanção administrativa. Com efeito, a utilização da empresa MDI deu-se com a intenção mascarar o pagamento indevido a agentes públicos. Tal subterfúgio autoriza, portanto, a desconsideração de sua personalidade jurídica, em razão da simulação feita por meio da contratação da MDI pela CFC.

90. Portanto, sugere-se a desconsideração da personalidade jurídica da empresa MDI, uma vez comprovado o abuso do direito na constituição da empresa por Mariangela Defeo e por Marcelo Fisch, com o fim de: a) custear/subvencionar o pagamento de propina, pela SICPA, a Marcelo; b) utilizar interposta pessoa jurídica (CFC) para ocultar a identidade dos beneficiários dos atos praticados (SICPA e Marcelo); e c) servir de empresa intermediária para o referido pagamento.

### **II.3 DOS DISPOSITIVOS LEGAIS A SEREM APLICADOS À EMPRESA MDI E DA POSSIBILIDADE E VALIDADE DA APLICAÇÃO DA LEI Nº 8.666/1993**

91. No que se refere à atuação da empresa MDI de custear/subvencionar a prática dos atos ilícitos praticados pela SICPA BRASIL INDÚSTRIA DE TINTAS E SISTEMAS e de utilizar interposta pessoa jurídica (CFC CONSULTING GROUP, INC.) para ocultar a identidade dos beneficiários dos atos praticados, os dispositivos aplicáveis são os incisos II e III do artigo 5º da Lei nº 12.846/2013. Ademais, a atuação da indiciada de servir de intermediária para o pagamento de vantagem indevida incide no inciso III do artigo 88 da Lei nº 8.666/1993. Tais dispositivos legais estabelecem o seguinte:

#### **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:

[...]

II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;

III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

**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:

[...]

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

92. Ressalte-se que a defesa da indiciada alegou que as sanções previstas no artigo 88 da Lei de Licitações seriam aplicáveis, apenas, “às empresas ou aos profissionais em razão dos contratos regidos pela mencionada Lei” (SEI 1648433, p. 19), o que vedaria eventual imposição de sanção de inidoneidade em face da MDI. Contudo, a Comissão Processante refutou, devidamente, tal argumento no Relatório Final:

4.2.4. Análise do argumento 5

[...]

Há de se destacar que a responsabilidade dos particulares não se restringe às ilicitudes ocorridas no estrito liame da relação contratual, como pode levar a crer a leitura isolada do artigo 87 da Lei nº 8.666/1993, uma vez que o artigo 88 dessa mesma Lei dispõe, expressamente, que as sanções administrativas, especialmente aquelas de caráter externo, poderão ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que tenham praticado atos ilícitos que demonstrem que não possuem idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

93. Nesse sentido, no artigo 88 da Lei nº 8.666/1993, não se constata a necessidade de que as empresas a serem apenas tenham firmado contratos diretamente com a Administração mas, apenas, de que sua conduta ilícita seja relacionada ao contrato, como no presente caso. Para reforçar tal entendimento, colaciona-se um trecho da doutrina relativo ao tema em questão:

(c) tenham comprovadamente praticado ilicitudes em sua atividade empresarial ou profissional, que os inabilitem para gozar da presunção de idoneidade com que a Administração deve tratar a todos os que com ela se relacionam; na hipótese, bem ao contrário, os antecedentes da empresa ou do profissional são de ordem a lançar-lhes uma presunção de inidoneidade, a exigir repúdio da Administração com o fim de prevenir novos atentados contra o interesse público por parte de quem já contra ele atentou no passado. (PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. São Paulo: Renova, 2009, p. 893).

94. Outro ponto a ser analisado refere-se à recente entrada em vigor da Nova Lei de Licitações, Lei nº 14.133/2021. A partir desta nova Lei, a aplicação da **Lei nº 8.666/1993**, 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.

95. Contudo, no presente caso, como os fatos objetos deste PAR ocorreram 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.

96. 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 é firme nessa 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)

97. Sendo assim, tendo em vista que a Nova Lei de Licitações, Lei nº 14.133/2021, também prevê uma sanção para o comportamento de modo inidôneo ou cometimento de fraude de qualquer natureza (art. 155, inciso X), cabe analisar se esta norma deve retroagir, no caso de ser mais benéfica que a Lei nº 8.666/1993.

98. Conforme o art. 88, a Lei nº 8.666/1993 estabelece que, para a demonstração de não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados, 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.

99. A Nova Lei de Licitações, por sua vez, dispõe, em seu artigo 156, § 5º, que a infração de comportar-se de modo inidôneo, indicada no art. 155, inciso X, 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.**

100. 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:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE EXARADA PELO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. IMPOSSIBILIDADE DE 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*'.

101. 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 em menos de 3 (três) anos.

102. 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 MDI.

103. Por fim, cabe salientar que a SICPA celebrou acordo de leniência com a Controladoria-Geral da União, que ainda não foi publicado no site da CGU. No entanto, tendo em vista que o acordo deve vir acompanhado de informações e documentos que comprovem a infração e tendo em vista que já ocorreu a delimitação acusatória e probatórias nos presentes autos, entendemos que o julgamento não dependerá da publicação do referido instrumento.

## **II.4 DO CÁLCULO DA MULTA PREVISTA NA LEI Nº 12.846/2013**

104. No tocante à multa, nota-se que o cálculo foi realizado em conformidade com o Manual Prático de Cálculo das Sanções, devidamente detalhado no tópico 5 (Responsabilização Legal) do Relatório Final (SEI 1836854).

105. A multa foi calculada pela CPAR com fundamento nas três etapas descritas nos artigos 6º e 7º da LAC e 17 a 23 do Decreto nº 8.420/2015, bem como nas Instruções Normativas CGU nº 1/2015 e CGU/AGU nº 2/2018, no Decreto-Lei nº 1.598/1977 e no Manual Prático CGU de Cálculo de Multa.

106. Com relação à primeira etapa, a base de cálculo apontada pela CPAR foi de R\$ 3.577.224,05. Esse montante resultou da diferença entre a receita bruta (R\$ 3.765.499,00, referentes à receita bruta da MDI no ano de 2015 - ano em que ocorreram os atos lesivos, uma vez que a empresa não apresentou, à RFB, declaração referente ao ano-calendário 2019) (SEI 1567543, p. 5 e 1796164, p. 1) e os tributos incidentes sobre a receita bruta (R\$ 188.274,95, relativos a COFINS, PIS/Pasep, ICMS e ISS recolhidos pela MDI no ano de 2015, conforme as informações prestadas pela RFB à comissão) (SEI 1567543, p. 5 e 1796164, p. 1).

107. Quanto à segunda etapa, a alíquota foi de 5% da base de cálculo, no montante de R\$ 178.861,20, valor equivalente à diferença entre 5% dos fatores de agravamento e 0% dos fatores de atenuação. A alíquota de 5% resultou dos fatores de agravamento: 1,5% pela continuidade dos atos lesivos, pois foram praticados entre 03/02/2014 a 01/06/2015 (Processo SEI

00190.102157/2020-31, pp. 410-413 e 1049-1050; e 1498063); 2,5% pela tolerância ou ciência do corpo diretivo ou gerencial da pessoa jurídica, pois foram praticados com a participação da responsável legal, Mariangela Defeo; e 1% pela situação econômica da pessoa jurídica, visto que, no ano de 2014 (último exercício anterior ao da ocorrência dos atos lesivos), a MDI teve índice de solvência geral de 8,55935, índice de liquidez geral de 1,32350 e, presume-se, teve lucro líquido, considerando que optou pela tributação sobre o lucro presumido, conforme as informações prestadas pela RFB à comissão (SEI 1567543, p. 4).

108. Na terceira etapa, a Comissão Processante apurou os limites mínimo e máximo para aplicação da multa, no valor de R\$ 9.175.000,00 e R\$ 715.444,81, respectivamente. Nesse sentido, a Comissão devidamente apontou que:

Considerando que a base de cálculo foi o faturamento bruto do ano da prática dos atos lesivos, o limite mínimo corresponde ao valor da vantagem auferida, isto é, o valor total da propina subvencionada/custeada pela MDI, nos termos do inciso I do artigo 22 do Decreto nº 8.420/2015 e da IN CGU/AGU nº 2/2018. Já o limite máximo corresponde ao menor valor entre 20% do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos (R\$ 715.444,81), e o triplo da vantagem apropriada (R\$ 27.525.000,00).

109. Sendo assim, com fundamento na LAC, a MDI deve pagar multa de R\$ 9.175.000,00 (nove milhões e cento e setenta e cinco mil reais), valor da vantagem auferida pela empresa correspondente ao limite mínimo da multa, considerando o disposto no inciso I do artigo 6º da LAC. O referido valor, conforme já exposto, representa os valores repassados a Marcelo Fisch pela SICPA, via CFC e MDI no decorrer dos anos. Assim, está correto o cálculo referente ao limite mínimo.

110. 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.

111. Neste ponto, verifica-se que o cálculo efetuado pela Comissão está de acordo com os parâmetros sugeridos no Manual Prático de Cálculo da Multa, visto que, considerando as circunstâncias agravantes, atenuantes e específicas do presente caso, bem como o resultado da alíquota final aplicável à MDI ser de 5%, é razoável que a sanção de publicação extraordinária da decisão dure 45 (quarenta e cinco) dias.

### III. CONCLUSÃO

112. Ante o exposto, manifesto concordância total pelas conclusões presentes no Relatório Final da Comissão de PAR por entender que a empresa MDI CONSULTORIA EMPRESARIAL LTDA custeou/subvencionou o pagamento de propina, pela SICPA, a Marcelo Fisch e utilizou interposta pessoa jurídica (CFC) para ocultar a identidade dos beneficiários dos atos praticados, bem como serviu de intermediária para o pagamento de vantagem indevida.

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

a) a aplicação à empresa MDI CONSULTORIA EMPRESARIAL LTDA das penas de multa no valor de R\$ 9.175.000,00 (nove milhões e cento e setenta e cinco mil reais) e de publicação extraordinária da decisão condenatória na forma de extrato de sentença, a suas expensas, cumulativamente:

- o 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;
- o 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 (quarenta e cinco) dias; e
- o em seu sítio eletrônico, em destaque na página principal do referido sítio, pelo prazo de 30 (trinta) dias;

b) a aplicação da sanção de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública à empresa MDI CONSULTORIA EMPRESARIAL LTDA, nos termos do art. 88, inciso III, da Lei nº 8.666/1993;

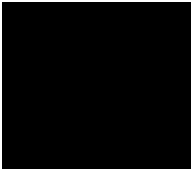
c) o reconhecimento do abuso de direito na utilização da empresa MDI, por Marcelo Fisch e Mariangela Defeo, para o cometimento dos atos ilícitos, de modo a estender os efeitos da pena de multa aos seus patrimônios pessoais.

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

Brasília, 9 de março de 2022.

*[Documento assinado eletronicamente]*

ANTONIO DAVID GUERRA ROLIM DE OLIVEIRA  
Advogado da União



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] e chave de acesso [REDACTED] no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ANTONIO DAVID GUERRA ROLIM DE OLIVEIRA. Data e Hora: 09-03-2022 12:37. 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. 00110/2022/CONJUR-CGU/CGU/AGU**

**NUP: 00190.103042/2020-63**

**INTERESSADOS: MDI CONSULTORIA EMPRESARIAL LTDA**

**ASSUNTOS: PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO DE EMPRESA (PAR)**

1. Aprovo, por seus fundamentos fáticos e jurídicos, o **PARECER n. 00017/2022/CONJUR-CGU/CGU**, da lavra do Advogado da União, ANTONIO DAVID GUERRA ROLIM DE OLIVEIRA, que analisou o Processo Administrativo de Responsabilização (PAR) instaurado com o objetivo de apurar condutas praticadas pela pessoa jurídica MDI CONSULTORIA EMPRESARIAL LTDA, com registro no CNPJ sob nº 10.791.601/0001-13, consubstanciadas em ato lesivo previsto no art. 5º, II, da Lei nº 12.846/2013, por servir “*de meio para concretização do pagamento de vantagem indevida pela SICPA Brasil Indústria e Tintas e Sistemas Ltda. ao então servidor público Marcelo Fisch de Berredo Menezes*”.
2. O conjunto probatório dos autos evidencia que a MDI custeou/subvencionou o pagamento, pela SICPA, da vantagem indevida por meio da simulação de contrato de prestação de serviços de consultoria celebrado em 12/06/2009 com CFC Consulting a partir de proposta técnico-comercial apresentada pela MDI em 20/04/2009 (Processo SEI 00190.102157/2020-31, pp. 826-853). Ademais, a MDI foi constituída em 23/04/2009 (3 dias depois da apresentação da proposta técnico-comercial) e nunca emitiu nota fiscal em favor de outra empresa que não a CFC (SEI 1476587, Item 16). Portanto, as evidências dos autos demonstram que a MDI foi aberta unicamente para dar ares de legalidade aos pagamentos realizados pela CFC Consulting em favor de Marcelo Fisch.
3. Há provas consistentes de que os pagamentos recebidos por Marcelo Fisch, por meio da MDI, se referiam a vantagens indevidas e não a consultoria privada. Segundo se verifica dos autos, a MDI, cuja sócia majoritária era esposa de Marcelo Fisch, fora criada para dar aparência de legalidade aos pagamentos realizados pela sua única contratada, CFC, identificados como vantagem indevida pagos pela SICPA (via CFC) a Marcelo Fisch (via MDI), por meio de contrato simulado de serviços de consultoria.
4. Sendo assim, tendo em vista o custeio/subvenção do pagamento de propina pela SICPA, a Marcelo Fisch, e a utilização de pessoa jurídica (CFC) para ocultar a identidade do destinatário, além de haver a configuração dos atos lesivos tipificados no art. 5º, incs. II e III, da LAC e no art. 88, inc. III, da Lei nº 8.666/1993, também ocorre a caracterização de crimes na esfera penal, na qual Marcelo Fisch e sua esposa foram condenados por corrupção passiva, conforme já demonstrado.
5. Desse modo, é completamente possível a aplicação das sanções administrativas previstas na Lei Anticorrupção e na Lei de Licitações, inclusive com extensão dos seus efeitos ao patrimônio dos sócios administradores, por meio da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica - a qual será abordada no próximo item -, visto que restou comprovado que a pessoa jurídica foi utilizada com abuso de direito para facilitar, encobrir e dissimular a prática dos ilícitos apurados no presente PAR, conforme a previsão do art. 14 da Lei nº 12.846/2013 (LAC).
6. Noutro giro, nesse contexto, a possibilidade de alcançar o patrimônio de sócio oculto encontra fundamento nos artigos 14 da Lei nº 12.846/2013 e 50 do Código Civil, bem como na prática dos tribunais administrativos e judiciais, nos casos em que a pessoa física busca se esconder por trás de terceiros instituídos apenas formalmente como sócios, como no caso sob análise, em que a MDI, administrada por Mariangela Defeo - esposa de Marcelo Fisch – simulou contrato de consultoria com a CFC para viabilizar o pagamento de propina, pela SICPA, a Marcelo Fisch.
7. Ademais, a rápida evolução patrimonial de Marcelo e Mariangela coincidiu com a celebração do contrato para desenvolvimento do Sicobe, em 2008. Assim, a atuação da MDI como empresa de fachada de Marcelo Fisch não exclui a imputação de que ele detinha poder de administração da empresa, de modo que é possível alcançar seu patrimônio pessoal no caso de o presente PAR resultar em multa em face da MDI.
8. Portanto, sugere-se, a desconsideração da personalidade jurídica da empresa MDI, uma vez comprovado o abuso do direito na constituição da empresa por Mariangela Defeo e por Marcelo Fisch, com o fim de: a) custear/subvencionar o pagamento de propina, pela SICPA, a Marcelo; b) utilizar interposta pessoa jurídica (CFC) para ocultar a identidade dos beneficiários dos atos praticados (SICPA e Marcelo); e c) servir de empresa intermediária para o referido pagamento.
9. Ante o exposto, manifesto concordância total com as conclusões do Relatório Final da Comissão de PAR e do PARECER n. 00017/2022/CONJUR-CGU/CGU, ora aprovado, por entender que a empresa MDI CONSULTORIA EMPRESARIAL LTDA custeou/subvencionou o pagamento de propina, pela SICPA, a Marcelo Fisch e utilizou interposta pessoa jurídica (CFC) para ocultar a identidade dos beneficiários dos atos praticados, bem como serviu de intermediária para o pagamento de vantagem indevida.
10. Diante disso recomenda-se ao Sr. Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União:
  - a) a aplicação à empresa MDI CONSULTORIA EMPRESARIAL LTDA das penas de multa no valor de R\$ 9.175.000,00 (nove milhões e cento e setenta e cinco mil reais) e de publicação extraordinária da decisão condenatória na forma de



extrato de sentença, a suas expensas, cumulativamente:

- o 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;
- o 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 (quarenta e cinco) dias; e
- o em seu sítio eletrônico, em destaque na página principal do referido sítio, pelo prazo de 30 (trinta) dias;

b) a aplicação da sanção de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública à empresa MDI CONSULTORIA EMPRESARIAL LTDA, nos termos do art. 88, inciso III, da Lei nº 8.666/1993;

c) o reconhecimento do abuso de direito na utilização da empresa MDI, por Marcelo Fisch e Mariangela Defeo, para o cometimento dos atos ilícitos, de modo a estender os efeitos da pena de multa aos seus patrimônios pessoais.

11. À Consideração Superior.

Brasília, 11 de março de 2022.

VINICIUS DE CARVALHO MADEIRA  
PROCURADOR FEDERAL  
COORDENADOR-GERAL DE MATÉRIA DE CONTROLE E SANÇÃO  
CONJUR/CGU

---

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00190103042202063 e da chave de acesso [REDACTED]



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 [REDACTED] e chave de acesso [REDACTED] no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): VINICIUS DE CARVALHO MADEIRA. Data e Hora: 11-03-2022 12:58. Número de Série: 70940656698289640840343705708. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

---



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

**DESPACHO n. 00599/2022/CONJUR-CGU/CGU/AGU**

**NUP: 00190.103042/2020-63**

**INTERESSADOS: MDI CONSULTORIA EMPRESARIAL LTDA**

**ASSUNTOS: PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO DE EMPRESA (PAR)**

1. Concordo com os fundamentos, e, portanto, APROVO, nos termos do **DESPACHO n. 110/2022/CONJUR-CGU/CGU/AGU**, o **PARECER n. 17/2022/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, 22 de setembro de 2022.

FELIPE DANTAS DE ARAÚJO  
Consultor Jurídico

---

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00190103042202063 e da chave de acesso [REDACTED]

---

[REDACTED]

Documento assinado eletronicamente por FELIPE DANTAS DE ARAÚJO, 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 [REDACTED] e chave de acesso [REDACTED] no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): FELIPE DANTAS DE ARAÚJO, com certificado A1 institucional (\*.agu.gov.br). Data e Hora: 22-09-2022 23:57. Número de Série: 77218269410488336199396275606. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

---