



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

PARECER n. 00346/2023/CONJUR-CGU/CGU/AGU

NUP: 00190.104186/2020-37

INTERESSADOS: CONSTRUTORA BARBOSA MELLO S A

ASSUNTOS: PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO DE EMPRESA (PAR)

EMENTA: Processo Administrativo de Responsabilização – PAR. Apuração de irregularidades ocorridas em procedimentos licitatórios realizados no âmbito da VALEC. Teses jurídicas levantadas pela investigada.

1. Sem embargo das discussões doutrinárias e jurisprudenciais existentes acerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica, elas não são relevantes ao caso concreto. Acontece que, neste processo, não se debate a responsabilidade penal da Interessada, mas, sim, a sua responsabilidade administrativa;

2. A previsão do art. 1º, § 2º, da Lei nº 9.873, de 1999, é norma de responsabilização administrativa, a qual, porém, orienta o uso do prazo disposto na lei penal, quando a conduta apurada, em sede administrativa, representa também conduta criminosa. Logo, é de índole objetiva, relativa à equivalência de práticas ilícitas, quando os atos, de tão graves, reclamam atuação jurídica em distintos campos legais e exigem maior intervalo apuratório pelo Estado lato sensu;

3. Tratando-se de pressupostos diversos (i) aqueles que atraem a persecução penal de pessoas físicas e (ii) aqueles que possibilitam a responsabilização administrativa, não há que se falar em impossibilidade de condenação da pessoa jurídica por ausência de persecução penal quanto às pessoas físicas que a integram;

4. Da aplicação da regra do *tempus regit actum* e do ato jurídico perfeito na seara administrativa. As regras contratuais sancionatórias devem seguir o regime vigente à época da assinatura do contrato, em nome do princípio da segurança jurídica. Artigo 91, parágrafo 3º, da Lei nº 13.303, de 2016. Novo regime estabeleceu regras de transição, em nome da segurança jurídica. Aplicação da norma sancionatória mais benéfica deve ser realizada de forma criteriosa na seara administrativa, pois é feita de forma analógica e pode fazer tábula rasa de dispositivo legal expresso.

5. A existência de programa de integridade dentro dos critérios estabelecidos no Decreto nº 11.129, de 2022, no âmbito do microssistema sancionatório-administrativo de responsabilização das pessoas jurídicas estabelecido na Lei nº 12.846, de 2013, deve ser utilizada para ponderar exclusivamente a pena de multa e, reflexamente, a de publicação extraordinária da decisão condenatória, previstas no art. 6º, incisos I e II da referida Lei. Portanto, da mesma forma que não há de se falar em aplicação de sanção retroativa, não há lastro legal para aplicar a sistemática de dosimetria, elemento acessório de tais penas, a fatos ocorridos anteriormente a entrada em vigor da Lei nº 12.846, de 2013.

6. Não há que se falar que a legislação atual teria trazido ao ordenamento jurídico situação mais favorável à empresa que frustrou o objetivo da licitação, especificamente no que diz respeito à aplicação da inidoneidade.

7. Podemos assentar duas premissas necessárias à consideração de colaborações como meios de prova. A primeira, no sentido de que a narrativa formulada pelos colaboradores, como meio de prova, deve estar sustentada em outros elementos probatórios, ainda que indiciários, para levar à condenação da pessoa delatada. A segunda, que a corroboração dos fatos narrados em colaborações não pode se dar exclusivamente por meio de outras colaborações, desprovidas de elementos probatórios, tendo em vista a impossibilidade de imposição de prova negativa ao delatado.

8. Estando a conclusão alcançada pela CPAR aderente às provas dos autos, não há razões para reforma da decisão quanto à efetiva prática da conduta.

I. RELATÓRIO

1. Trata-se de Processo Administrativo de Responsabilização – PAR instaurado pelo Corregedor-Geral da União da Controladoria-Geral da União por meio da Portaria nº 1.293, de 5 de junho de 2020, publicada no Diário Oficial da União – DOU do dia 8 de junho de 2020, com o objetivo de apurar irregularidades imputadas à empresa Construtora Barbosa Mello S/A, CNPJ 17.185.786/0001-61, constantes do Processo Administrativo nº 00190.103644/2020-11 (SEI 1518781).

2. Tais fatos dizem respeito a ilícitos ocorridos em procedimentos licitatórios realizados no âmbito da VALEC Engenharia, Construções e Ferrovias S/A, cujo objetivo era “*a implantação da Ferrovia Norte e Sul (FNS) e da Ferrovia de Integração Oeste Leste (FIOL), sendo que os ilícitos eram praticados com o conhecimento e anuência por parte da diretoria da VALEC*”.

3. Durante as investigações, foi constatado que “*grandes empresas do ramo de construção civil – entre as quais se insere a BARBOSA MELLO – se associaram e acordaram entre si a divisão de lotes, a combinação de preços, o oferecimento das propostas não competitivas (de cobertura, apenas para simular a competição), o sobrepreço, a lavagem de dinheiro e o pagamento de propina a agentes públicos*”.

4. Uma parte dos respectivos recursos era “*submetida a operações de ocultação e dissimulação com vistas a ser utilizada para o pagamento de propina a dirigentes da VALEC Engenharia, Construções e Ferrovias S/A, que agiam para prevenir interferências no funcionamento da associação de empresas ou para obter de seus integrantes o apoio necessário ao desenvolvimento de suas atividades criminosas (direcionamento de editais, licitação de obras com sobrepreço no orçamento, celebração de aditivos dos correspondentes contratos)*”.

5. No âmbito da Controladoria-Geral da União, por meio da Nota Técnica nº 1083/2020/COREP - ACESSO RESTRITO/COREP/CRG, de 4 de junho de 2020, a Corregedoria-Geral da União analisou o Acordo de Leniência entre o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU), a Advocacia-Geral da União (AGU) e as pessoas jurídicas do grupo econômico Odebrecht (exceto a Braskem S/A). Ao final, foi sugerida a instauração deste Processo Administrativo de Responsabilização – PAR (SEI – Pasta I / Documento nº 2 – 1519651).

6. Também foram examinados elementos oriundos de fontes diversas, dentre as quais citamos “colaborações premiadas de executivos da Andrade Gutierrez e Camargo Corrêa, perante o MPF, Acordo de Leniência firmado pela CCCC com o Cade e com a CGU, Acordo de Leniência firmado entre a OAS e CGU, Acordo de Leniência firmado entre a Odebrecht e CGU, e Laudos Periciais técnicos e financeiros, que embasaram, inclusive, as denúncias oferecidas pelo Ministério Público Federal”.

7. Passando ao presente apuratório, com base nas provas constantes nos autos, no dia 14 de setembro de 2020, a empresa Construtora Barbosa Mello S/A, CNPJ 17.185.786/0001-61, foi indiciada pela prática dos atos ilícitos contidos nos incisos II e III do artigo 88 da lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. O Termo de Indiciação (SEI 1638078) enumera as condutas investigadas da seguinte forma:

Em breve síntese, versa o presente processo acerca de ocorrência de ilícitos cometidos no âmbito de certames licitatórios abertos pela VALEC Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. (“VALEC”), os quais tinham como objetivo promover a implantação da Ferrovia Norte e Sul (“FNS”) e da Ferrovia de Integração Oeste Leste (“FIOL”), sendo que os ilícitos foram praticados com o conhecimento e anuência por parte da diretoria da VALEC. Para consecução dos ilícitos, empresas do ramo de construção civil – entre as quais se insere a BARBOSA MELLO – se associaram e acordaram entre si a divisão de lotes, a combinação de preços, o oferecimento das propostas não competitivas (de cobertura, apenas para simular a competição), o sobrepreço, a lavagem de dinheiro e o pagamento de propina a agentes públicos. Nesse sentido, a confluência de indícios robustos presentes nos autos detalha a forma como as fraudes foram perpetradas.

Parte dos recursos decorrentes dos contratos com a VALEC foi submetida a operações de ocultação e dissimulação com vistas a ser utilizada para o pagamento de propina a dirigentes da VALEC – seja para prevenir interferências no funcionamento da associação de empresas, seja para obter de seus integrantes o apoio necessário ao desenvolvimento de suas atividades criminosas (por exemplo, direcionar editais, licitar obras com sobrepreço no orçamento, celebrar aditivos contratuais etc.) – os quais ainda anuíram com o pagamento dos serviços superfaturados.

A documentação e as informações obtidas a partir da celebração de acordos de cooperação premiada e de depoimentos prestados no âmbito de acordos de leniência correlatos fundamentaram as denúncias decorrentes das operações policiais “O Recebedor” e “Tabela Periódica”, em que foram investigados crimes de cartel, peculato, lavagem de dinheiro e corrupção nas licitações, contratações e execução das obras das ferrovias Norte-Sul e Integração Oeste-Leste, caracterizados pela simulação de competição, divisão de lotes, combinação de preços, eliminação da concorrência, superfaturamento e maximização de lucros, em licitações no mercado da construção ferroviária promovidas e ajustadas com a empresa pública VALEC, então presidida por José Francisco das Neves.

Vale mencionar que anexo à denúncia oferecida no processo nº 17620-74.2016.4.013500 (operação “O Recebedor”) consta o Mapa do Cartel, fornecido pelos colaboradores da Camargo Corrêa, o qual revela, entre outros detalhes, que não só a pequena diferença entre as propostas combinadas, mas, sobretudo, a insignificância dos descontos oferecidos pelas propostas “vencedoras”, em relação ao orçamento de referência (indicativos da existência e da atuação do cartel), bem como discrimina as propostas não competitivas (apenas para dar cobertura às “vencedoras” e simular a existência de competição).

De acordo com a documentação dos autos, **a BARBOSA MELLO, que nas reuniões para a negociação do acordo era representada pelo então Diretor Alfredo Moreira Filho, é citada como umas das empresas alinhadas ao cartel e que teria frustrado o caráter competitivo da licitação na fase de consolidação do cartel (tendo, inclusive, sediado reuniões em seu endereço de Brasília)**, em 2003 e 2007, englobando a Concorrência nº 08/2004, e também na fase de ampliação do cartel, em 2010, por meio de sua participação no Consórcio Andrade Gutierrez/BARBOSA MELLO/Serveng.

Na Concorrência nº 08/2004 a empresa foi inabilitada no lote 06; na Concorrência nº 01/2007 foi inabilitada no lote 16 e na Concorrência nº 05/2010 foi vencedora do lote 04 e habilitada nos lotes 01, 02 e 05 por meio do aludido consórcio.

Concorrência nº 008/2004 - lotes 01 a 07	Aviso de licitação publicado em 23/12/2004 e o resultado do julgamento das propostas ocorreu em 20/02 e 19/04/2006.
Barbosa Mello	Inabilitada no lote 06
Concorrência nº 001/2007 - lotes 12 a 16	Aviso de licitação publicado em 19/03/2007 e o resultado do julgamento das propostas ocorreu em 10/12/2007.
Barbosa Mello	Inabilitada no lote 16
Concorrência nº 005/2010 - lotes 01 a 07	Aviso de licitação publicado em 16/07/2010 e publicação do resultado em 01/10/2010.
Consórcio Andrade Gutierrez, Barbosa Mello e Serveng	Vencedor do lote 04 e habilitado nos lotes 01, 02 e 05

Noutra frente, as empresas envolvidas na fraude admitiram o estabelecimento de contratos de prestação de serviços fictícios com as pessoas jurídicas HELI LOPES DOURADO ADVOGADOS ASSOCIADOS S.S. (“HELI LOPES”), EVOLUÇÃO TECNOLOGIA E PLANEJAMENTO (“EVOLUÇÃO”) e ELCCOM ENGENHARIA EIRELI (“ELCCOM”), apontando que os pagamentos feitos às referidas empresas pelas construtoras (ou

executoras de obras das ferrovias citadas) tinham como único objetivo viabilizar o repasse de propina a agentes públicos.

Em que pese **na documentação acostada aos autos não ter sido possível verificar informações sobre pagamento da BARBOSA MELLO a alguma das três pessoas jurídicas citadas**, importa destacar que os mesmos **documentos indicam que a BARBOSA MELLO participa das negociações desde a fase de consolidação do cartel – época em que o escritório da empresa em Brasília serviu de local para as reuniões do grupo – , inclusive tendo negociado sua posição com a Construtora Norberto Odebrecht S.A. (“CNO”) na concorrência de 2004**, provavelmente em troca de vantagem posterior, o que de fato ocorreu, mediante sua indicação para se consorciar com as construtoras Andrade Gutierrez e Serveng, vencendo, assim, o Lote 04 da Concorrência nº 05/2010.

Ademais, a empresa líder do consórcio, Andrade Gutierrez, confessou a participação no cartel e o pagamento de propina, conforme resta demonstrado nos vultuosos pagamentos realizados às empresas HELI LOPES, EVOLUÇÃO e ELCCOM, nos anos de 2010, 2011 e 2012, período em que o consórcio Andrade Gutierrez/BARBOSA MELLO/Serveng sagrou-se vencedor do Lote 04 da Concorrência nº 005/2010.

Pelo exposto, constata-se que as confissões coincidentes e convergentes das empresas CNO, Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A. (“CCCC”) e Andrade Gutierrez Investimentos em Engenharia S.A. sobre a existência de vício nos procedimentos licitatórios e de pagamento de vantagens indevidas a José Francisco das Neves por meio de contratos de prestação de serviços fictícios com as pessoas jurídicas HELI LOPES, EVOLUÇÃO e ELCCON, bem como as demais provas presentes nos autos, são coerentes e apontam no sentido de cometimento de ilícitos pela empresa BARBOSA MELLO, por frustrar o caráter competitivo da licitação, mediante a combinação de preços para o lote vencedor e apresentação de propostas de cobertura para os demais lotes, bem como por, supostamente, ter efetuado pagamento de vantagens indevidas a agentes públicos, valendo-se para tanto de pessoas jurídicas intermediárias.

8. No mesmo dia (14 de setembro de 2020), foi realizada a correspondente intimação/notificação prévia para a apresentação de defesa escrita e especificação de provas a produzir (SEI 1640327).

9. **Na sequência, no dia 14 de novembro de 2020, apresentou sua defesa escrita (SEI 1720128).**

10. No Relatório Final, de 10 de dezembro de 2021, com base nas provas constantes nos autos, a Comissão de Processo Administrativo de Responsabilização – CPAR rejeitou os argumentos da defesa e recomendou a aplicação da penalidade de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, nos termos do artigo 87, inciso IV, pela prática dos atos lesivos contidos nos incisos II e III do artigo 88, ambos da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (SEI 2208401).

11. **Depois de ser intimada a respeito das conclusões da Comissão de Processo Administrativo de Responsabilização – CPAR, no dia 22 de dezembro de 2021, a indiciada apresentou “MANIFESTAÇÃO SOBRE O RELATÓRIO FINAL” (SEI 2213483, 2216488 e 2224374).**

12. Por meio da Nota Técnica nº 223/2022/COREP-ACESSO RESTRITO/COREP/CRG, de 17 de março de 2022, a Coordenação-Geral de Instrução e Julgamento de Entes Privados – COREP atestou a regularidade processual e concordou com as conclusões da Comissão de Processo Administrativo de Responsabilização – CPAR (SEI 2265290).

13. No dia seguinte (18 de março de 2022), a Diretoria de Responsabilização de Entes Privados – DIREP concordou, na íntegra, com as manifestações anteriores e remeteu os autos à Corregedoria-Geral da União da Controladoria-Geral da União (SEI 2310877).

14. Ainda no dia 18 de março de 2022, observando o disposto no artigo 24 da Instrução Normativa nº 13/2019, de 8 de agosto de 2019, a Corregedoria-Geral da União – CRG concordou com as citadas conclusões e encaminhou os autos a esta Consultoria Jurídica para manifestação prévia ao julgamento (SEI 2311453).

15. Foi, então, proferido o Parecer n. 00273/2022/CONJUR-CGU/CGU/AGU (SEI 2476238), aprovado por toda cadeia de chefia desta Conjur/CGU, e que subsidiou a decisão do Excelentíssimo Ministro Wagner de Campos Rosário, Decisão 175 (SEI 2476245), com o seguinte teor:

No exercício das atribuições a mim conferidas pelos artigos 51 e 52 da Lei nº 13.844, de 18 de junho de 2019, pela Lei 8.666, de 21 de junho de 1993 e pelo Decreto nº 11.129, de 11 de julho de 2022, adoto, como fundamento deste ato, o Relatório Final da Comissão de Processo Administrativo de Responsabilização, bem como o Parecer nº 00273/2022/CONJUR-CGU/CGU/AGU, de 12 de agosto de 2022, aprovado pelo Despacho nº 00454/2022/CONJUR-CGU/CGU/AGU e pelo Despacho nº 00456/2022/CONJUR-CGU/CGU/AGU da Consultoria Jurídica junto a esta Controladoria-Geral da União, para, com fundamento no artigo 87, inciso IV, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, aplicar a penalidade de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública à empresa CONSTRUTORA BARBOSA MELLO S.A., CNPJ 17.185.786/0001-61, pela prática dos atos lesivos contidos nos incisos II e III do artigo 88 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, devendo ficar impossibilitada de licitar ou contratar com o poder público até que passe por um processo de reabilitação, no qual deve comprovar, cumulativamente: a) o escoamento do prazo mínimo de 2 anos sem licitar e contratar com a Administração Pública, contados da data da aplicação da pena; b) o ressarcimento dos prejuízos causados ao erário; e c) a superação dos motivos determinantes da punição.

Os efeitos desta decisão ficam suspensos até o decurso do prazo previsto no artigo 15 do Decreto nº 11.129, de 11 de julho de 2022, e, caso haja apresentação de pedido de reconsideração, até o correspondente julgamento.

16. **Foi, então, interposto Pedido de Reconsideração pela empresa investigada (SEI 2494774), de onde se extraem as seguintes teses de defesa:**

- o a) ausência de indícios da participação nas irregularidades;

- o **b)** nenhum representante da empresa foi processado criminalmente pelos mesmos fatos;
- o **c)** participou de forma lícita/regular dos correspondentes certames licitatórios;
- o **d)** como nenhum representante da empresa praticou infração penal, deve ser reconhecida a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal;
- o **e)** seus requerimentos (petições) não foram efetivamente analisados, o que configura nulidade processual;
- o **f)** nulidade da condenação por ausência de individualização da conduta e de efetiva apreciação dos elementos constantes dos autos;
- o **g)** necessidade de correção de erro de fato cometido pela Comissão de Processo Administrativo de Responsabilização – CPAR e pela Consultoria Jurídica – CONJUR na análise da ocorrência da prescrição; e
- o **h)** necessidade de uma análise do Programa de Integridade da empresa para a adequação da dosimetria da sanção;

17. A Nota Técnica 2049 (SEI 2501624) analisou os argumentos da empresa, encaminhando o feito para manifestação da Conjur previamente à análise do Excelentíssimo Ministro, quando foi proferido o Parecer nº. 00086/2023/CONJUR-CGU/CGU/AGU (2723091).

18. O Excelentíssimo Ministro desta CGU, em um primeiro momento, proferiu decisão pelo indeferimento do Pedido de Reconsideração (SEI 2723097).

19. Foram, então, opostos Embargos Declaratórios pela empresa investigada (SEI 2746735). Desta petição de embargos declaratórios podemos destacar as seguintes alegações:

- o **i)** necessidade de consideração do programa de *compliance* para aplicação da penalidade;
- o **j)** necessidade de aplicação da Lei nº. 13.303/2016 (Lei das Estatais)

20. Em momento seguinte, o Excelentíssimo Ministro tornou nula a decisão proferida anteriormente, tendo em vista sua prévia atuação em processo administrativo em trâmite perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, encaminhando os autos para novo julgamento pela Secretária-Executiva, com fundamento no art. 91 da Portaria Normativa nº. 38/2022, desta Controladoria-Geral da União (SEI 2747062).

21. No dia 23.06.2023 os representantes da investigada apresentaram, em reunião entre empresa, Secretária-Executiva e Consultoria Jurídica os memoriais posteriormente acostados aos autos (SEI 2859122), que repisam as teses anteriores.

22. **No mesmo dia retornaram os autos a esta Conjur por força do Despacho SEI nº. 2859131, que encaminhou os autos a esta Consultoria para apreciação das teses suscitadas nos Memoriais (2859122) apresentados pela defesa em despacho ocorrido no dia 23 de junho de 2023.**

23. Desta forma, para tornar esta análise mais didática e útil para subsidiar a decisão da Excelentíssima Secretária-Executiva, passaremos a enfrentar as questões jurídicas levantadas pela empresa, condensadas nos seguintes tópicos:

- o Da utilização da prescrição penal;
- o Da necessidade de consideração do programa de *compliance* para aplicação da pena;
- o Da necessidade de aplicação da Lei nº. 13.303/2016 (Lei das Estatais);
- o Da valoração da leniência e da colaboração premiada.

24. É o breve relato dos fatos.

II. FUNDAMENTAÇÃO

II.1. Da Aplicação da Prescrição Penal

25. A prescrição representa matéria de ordem pública, sendo imprescindível que sua ocorrência seja reconhecida, de ofício ou a requerimento, com a consequente extinção da punibilidade. A saber, “*cuida-se da perda do direito de punir do Estado pelo não exercício em determinado lapso de tempo*” (NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal**: parte geral: arts. 1º a 120 do código penal. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. P. 872).

26. Assim, tem-se um instituto que prestigia a segurança jurídica, evitando que fatos antigos sejam utilizados para penalizar um agente, após a inércia do responsável por apurar essa responsabilidade, desvirtuando-se o conteúdo também pedagógico da pena, a qual deve ser aplicada, preferencialmente, em momento próximo à conduta indevida.

27. Inicialmente, incumbe dizer que a responsabilização administrativa, em regra, deve dar-se em 5 (cinco) anos, a contar da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, da data em que esta tiver cessado, sob pena de prescrição, conforme o art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999.

28. Nada obstante, na hipótese de cometimento de crime, a Administração Pública Federal deve utilizar-se do mesmo prazo prescricional previsto na legislação penal, segundo o art. 1º, § 2º, da Lei nº 9.873, de 1999. O art. 2º desse mesmo diploma, à sua vez, dispõe sobre as hipóteses de interrupção da ação punitiva. A ver:

“Art. 1º **Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal**, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, **contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.**

§ 1º Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso.

§ 2º **Quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição reger-**

se-á pelo prazo previsto na lei penal” (grifos nossos).

“Art. 2º **Interrompe**-se a prescrição da ação punitiva: (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009

I – pela notificação ou citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital; (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

II - por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato;

III - pela decisão condenatória recorrível.

IV – por qualquer ato inequívoco que importe em manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória no âmbito interno da administração pública federal. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)” (grifos nossos).

29. Trata-se de previsão similar àquela constante no art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que orienta aplicar os prazos prescricionais previstos na legislação penal também à responsabilização disciplinar dos agentes públicos federais. Todavia, segundo o § 1º daquele dispositivo, o termo inicial da prescrição é da ciência do fato, em favor do princípio da *actio nata*, pelo qual somente o conhecimento da lesão é que possibilita o exercício da ação punitiva.

30. No caso dos autos, porém, aborda-se a aplicação de penalidade administrativa em processo licitatório federal ocorrido sob a regência da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Logo, afastando a incidência da Lei nº 14.133, de 2023, por força de seu art. 190, e também afastando a Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, a Lei das Estatais, por força de seu art. 91, § 3º, tem-se que as regras prescricionais aplicáveis são aquelas constantes da Lei nº 9.873, de 1999, norma geral de responsabilização administrativa, à margem de disposição específica na Lei nº 8.666, de 1993, estatuto de regência da licitação discutida.

Lei nº 14.133, de 2021:

“Art. 190. O contrato cujo instrumento tenha sido assinado antes da entrada em vigor desta Lei **continuará a ser regido de acordo com as regras previstas na legislação revogada.**” (grifos nossos).

Lei nº 13.303, de 2016:

“Art. 91. A empresa pública e a sociedade de economia mista constituídas anteriormente à vigência desta Lei deverão, no prazo de 24 (vinte e quatro) meses, promover as adaptações necessárias à adequação ao disposto nesta Lei. [...]

§ 3º **Permanecem regidos pela legislação anterior procedimentos licitatórios e contratos iniciados ou celebrados até o final do prazo previsto no caput**” (grifos nossos).

31. Feitos esses apontamentos iniciais, percebe-se, conforme os autos, que à Interessada foram imputadas as seguintes condutas delituosas, nos exatos termos expostos no Termo de Indiciação (SEI 1638078):

15. O fato de a BARBOSA MELLO ter se associado a outras empresas e acordarem entre si a divisão de lotes, a combinação de preços, o oferecimento das propostas não competitivas e o sobrepreço frustrou, de forma inequívoca, a competitividade e o objetivo das licitações. Acrescente-se a isso o fato de a empresa, em tese, ter efetuado pagamento de vantagens indevidas a agentes públicos. Tudo sopesado, **restam demonstradas a frustração dos objetivos das licitações e a falta de idoneidade da indiciada para contratar com a Administração Pública, conforme disposto no art. 88, incisos II e III, da Lei 8.666/93.**

16. Portanto, cabível, em tese, a aplicação da sanção de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, com fulcro no art. 87, inciso IV, da Lei nº 8.666/93.

17. Importante lembrar que o presente caso envolve situações ocorridas na fase de consolidação e ampliação, ou seja, entre 2003 a 2011, pelo menos, e ainda, pagamentos ocorridos até o ano de 2013. Assim, eventual prescrição de pretensão punitiva estatal, de acordo com o art. 109, II do Código Penal, somente se daria 16 anos após a cessação da permanência delitiva, de forma que, a princípio, mantém-se a possibilidade de apuração e sanção dos fatos narrados acima.

32. Do Termos de Indiciação observa-se a imputação de dupla conduta à recorrente:

- o ter se associado a outras empresas e acordarem entre si a divisão de lotes, a combinação de preços, o oferecimento das propostas não competitivas e o sobrepreço frustrou, de forma inequívoca, a competitividade e o objetivo das licitações;
- o ter efetuado pagamento de vantagens indevidas a agentes públicos.

33. A decisão proferida pelo Excelentíssimo Ministro, no entanto, apenas reconheceu a prática do conluio com o objetivo de frustrar a licitação. Para fins didáticos, convém transcrever os dispositivos citados:

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:

I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

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.

34. As previsões legais que enquadram a conduta como crime são as seguintes:

Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990

Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica:

I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas; (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

[...]

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa. (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: [\(Revogado pela Lei nº 14.133, de 2021\)](#)

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. [\(Revogado pela Lei nº 14.133, de 2021\)](#)

Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, que confere nova redação ao Título XI da Parte Especial do [Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940](#) (Código Penal)

[Art. 337-F](#). Frustrar ou fraudar, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.

35. Tratando-se de crimes, como indicado alhures, o § 2º do art. 1º da Lei nº 9.873, de 1999, orienta a aplicação do prazo de prescrição penal.

36. Consequentemente, observa-se o que dispõe o art. 109 do Código Penal de 1940 (CP/1940):

“Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;

II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;

III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;

IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;

V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.”

37. No caso sob exame é importante destacar que merece reparo o entendimento de que o prazo prescricional seria regido pela penalidade máxima de 12 (doze) anos, isso porque não houve nos autos comprovação de que a investigada teria concorrido para a corrupção passiva prevista no art. 333 do Código Penal. Assim, para o cálculo da prescrição devem ser utilizadas as penalidades máximas dos crimes correspondentes à conduta da investigada. Como se observa dos dispositivos transcritos acima, a penalidade máxima prevista pela legislação criminal seria de 8 (oito) anos.

38. À vista disso, considerando os delitos imputados à Interessada, com pena máxima de 8 anos, **tem-se que a prescrição se daria em 12 anos**, conforme o art. 109, inciso III, do Código Penal, c/c o art. 1º, § 2º, da Lei nº 9.873, de 1999 .

39. Considerando que o presente caso envolve situações ocorridas na fase de consolidação e ampliação do cartel, ou seja, entre 2003 a 2011, pelo menos, eventual prescrição de pretensão punitiva estatal, de acordo com o art. 109, II do Código Penal, somente se daria 12 anos após a cessação da permanência delitativa, de forma que, a princípio, mantém-se a possibilidade de apuração e sancionamento dos fatos narrados acima. **Com a instauração do presente PAR em junho de 2020, interrompeu-se o fluxo da prescrição, postergando-a para 2032.**

40. Nada obstante, a Interessada argumenta pela inadequação desse entendimento, afirmando que não se faz apropriado utilizar-se do prazo prescricional da lei penal à responsabilização de pessoas jurídicas, as quais, desprovidas de conduta própria, não poderiam cometer os crimes em espécie apontados.

41. Nessa linha, arguindo que a pessoa jurídica não pode manifestar vontade autônoma, como ente abstrato, a Interessada busca remover a tipicidade do fato e, em consequência, a própria consideração de ocorrência de crime.

42. No entanto, sem embargo das discussões doutrinárias e jurisprudenciais existentes acerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica, elas não são relevantes ao caso concreto. Acontece que, neste processo, não se debate a responsabilidade penal da Interessada, mas, sim, a sua responsabilidade administrativa.

43. A previsão do art. 1º, § 2º, da Lei nº 9.873, de 1999, é norma de responsabilização administrativa, a qual, porém, orienta o uso do prazo disposto na lei penal, quando a conduta apurada, em sede administrativa, representa também conduta criminosa. Logo, é de índole objetiva, relativa à equivalência de práticas ilícitas, quando os atos, de tão graves, reclamam atuação jurídica em distintos campos legais e exigem maior intervalo apuratório pelo Estado lato sensu.

44. No âmbito do Direito Administrativo Sancionador, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) guia-se nesse mesmo sentido, exigindo a mera correspondência de capitulações legais:

“ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. AGRAVO INTERNO NO MANDADO DE SEGURANÇA. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INFRAÇÃO FUNCIONAL. TAMBÉM CAPITULADA COMO CRIME. **APLICAÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL DO CÓDIGO PENAL.** ALTERAÇÃO DOS FATOS DESCRITOS NO TERMO DE INDICIAMENTO. INEXISTÊNCIA. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CPC/2015. DESCABIMENTO.

I – Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte, na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o estatuto processual de 2015.

II – O Impetrante foi demitido do cargo de Agente Administrativo do Ministério da Saúde, após constatação, em

processo administrativo disciplinar, da prática de improbidade administrativa, consistente na assinatura irregular de folhas de ponto, com registro de presença em períodos nos quais não comparecia ao trabalho.

III - Esta Corte possui orientação segundo a qual as infrações funcionais regidas pela Lei n. 8.112/1990, quando, também, capituladas como crime, atraem a aplicação dos prazos prescricionais fixados no art. 109 do Código Penal, sendo irrelevante a existência de apuração criminal. Precedente.

IV - Outrossim, na espécie, o Impetrante respondeu à Ação Penal n. 0017943-05.2014.4.01.4000, na qual foi acusado de Falsificação de Documento Público e Falsidade Ideológica, ficando sujeito às penas máximas, em abstrato, de 6 (seis) e 5 (cinco) anos de reclusão, respectivamente, nos termos dos arts. 297 e 299 do Código Penal, sendo, de rigor, a incidência do prazo prescricional de 12 (doze) anos, conforme previsto no art. 109, III, do mesmo Diploma, o que afasta a prescrição da pretensão punitiva, independentemente do marco a ser utilizado.

V - Não acolhimento do pedido de modulação de efeitos da tese fixada no Mandado de Segurança n. 20.869/DF, porquanto não realizada naquele feito, bem como diante da existência de ação penal no caso concreto, investigando os mesmos fatos.

VI - Não ocorreu a alegada alteração dos fatos descritos no termo de dentre outras condutas, por assinar, indevidamente, as folhas de ponto, registrando sua presença no local de trabalho quando, na verdade, lá não comparecia para exercer suas atividades.

VII - Não apresentação de argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

VIII - Em regra, descabe a imposição da multa, prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, em razão do mero improvimento do Agravo Interno, em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso.

IX - Agravo Interno improvido.”

(STJ. 1ª Seção. **Agravo Interno no Mandado de Segurança nº 23.848/DF (2017/0279744-0)**. [...]. Agravante: Romualdo Luis Sarmiento Veloso Martins. Agravada: União. Relatora: Min. Regina Helena Costa. Brasília, 25 de maio de 2022. DJe: 30/05/2022).

45. Nessa perspectiva, a Lei nº 9.873, de 1999, no lugar de reproduzir os mesmos prazos prescricionais da legislação penal, optou por uma estrutura mais sintética, a partir da alusão àqueles. Em nenhum momento, todavia, restringiu esse comando para fins exclusivos de responsabilização de pessoa física, como sustenta a Interessada.

46. Diante do exposto, não merecem prosperar as alegações da Interessada, porque, embora a pessoa jurídica não possa, por si só, ser responsável pela caracterização do fato criminoso, por causa da ausência de conduta própria, os indivíduos que agiram em seu nome e em seu favor atuaram em conduta enquadrada como crime. E, havendo crime, é indiferente ser possível sancionar penalmente ou não a pessoa jurídica, para que sejam aplicados prazos prescricionais previstos na legislação penal, em sua responsabilização administrativa, conforme o art. 1º, § 2º, da Lei nº 9.873, de 1999.

47. Nesse cenário, é relevante enfrentar a tese quanto à impossibilidade de a Administração Pública discutir o que é crime ou não. De base, deve-se rememorar que, à luz do princípio da legalidade (art. 5º, inciso XXXIX, CRFB/1988), cabe ao Poder Legislativo dispor sobre as condutas que correspondem a crime, por meio da introdução de leis no ordenamento jurídico.

48. O STJ, inclusive, tem jurisprudência favorável ao reconhecimento de aplicação de sanção administrativa, a partir do reconhecimento de situação equiparada a crime pela própria Administração Pública:

“ADMINISTRATIVO. PROCESSO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. FUNDAMENTAÇÃO SUCINTA. POSSIBILIDADE. CONDUTA MILITAR INCOMPATÍVEL COM O CARGO. EXISTÊNCIA.

1. Uma vez atendidos os parâmetros formais do devido processo legal e fundamentada a penalidade infligida no bojo de processo administrativo disciplinar, não é dada a revisão, no mandado de segurança, quanto ao mérito em si da escolha da sanção.

2. Verifica-se que, embora sucinta, houve motivação para escolha da penalidade de demissão, entendendo a Administração que o impetrante praticou crime relacionado ao exercício da função, além de dirigir a conduta dos demais militares que com ele estavam, situação que seria incompatível com a manutenção no cargo.

3. Conquanto entabulada na seara penal, aplica-se à espécie a ratio dos precedentes desta Corte consolidadas no seguinte sentido: "o reconhecimento de que o réu praticou ato incompatível com o cargo por ele ocupado é fundamento suficiente para a decretação do efeito extrapenal de perda do cargo público" (AgRg no REsp 1.613.927/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 20/09/2016, DJe 30/09/2016).

4. Agravo interno não provido.” (grifos nossos)

(STJ. 1ª Turma. **Agravo Interno no Recurso em Mandado de Segurança nº 51416/MG (2016/0171078-5)**. [...]. Agravante: Marcos Paulo Brito Coelho Couto Domingues. Agravado: Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Gurgel de Faria. Brasília, 30 de agosto de 2021. DJe: 08/09/2021).

49. Logo, vigorando o art. 1º, § 2º, da Lei nº 9.873, de 1999, não há qualquer óbice ao uso dos prazos prescricionais da lei penal à esfera administrativa. Nessa mesma lógica, há pleno consenso também pela aplicabilidade do art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112, de 1990, que permite mesma postura, diante da responsabilização disciplinar.

50. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal aquiesce com essa conclusão, que exala a própria existência do Princípio da Independência de Instâncias:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO QUANTO À AUSÊNCIA DE JUNTADA DE DOCUMENTOS. ABSOLVIÇÃO NA ESFERA PENAL COM BASE NO ART. 386, III e VI, DO CPP. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS. NECESSIDADE DE PRÉVIA SINDICÂNCIA ADMINISTRATIVA. IMPOSSIBILIDADE DE INOVAÇÃO NESTA FASE PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. **As instâncias das esferas civil, penal e administrativa são autônomas e não interferem nos seus respectivos julgados, ressalvadas as hipóteses de absolvição por inexistência de fato ou de negativa de autoria.** (Precedente: RMS 26.510/ RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJe 26/3/2010)
2. *In casu*, a absolvição do recorrente ocorreu com base no art. 386, III ('não constituir o fato infração penal') e VI ('existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e §1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;'), do Código de Processo Penal, não se enquadrando, portanto, nas hipóteses ressalvadas. 3. O *jus novarum* é vedado no momento da análise do recurso ordinário, por isso que a prévia sindicância administrativa não foi objeto do mandado de segurança, não restando insindicação nesta via.
4. O agravante não demonstrou a existência de prejuízo efetivo em virtude da ausência de juntada de documentos fornecidos pela Inspeção da Receita Federal em Porto Alegre e pela Administradora Hidroviária Docas Catarinense – ADHOC.
5. Agravamento regimental a que se nega provimento.” (grifos nossos).
(STF. 1ª Turma. **Agravamento Regimental no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 26.951/DF.** [...]. Agravante: Roberto Jacob Nicolau Mussi. Agravada: União. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 3 de novembro de 2015. DJe: 18/11/2015).

51. Nessa perspectiva, pode-se aludir aos seguintes pareceres da Advocacia-Geral da União aprovados por meio de despacho do Presidente da República e publicados juntamente com o despacho presidencial, conforme §1º do art. 40 e art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, de forma a vincular toda a Administração Pública Federal.

52. À época dos fatos, o Parecer nº AM - 03, de 9 de abril de 2019, dispunha:

“Pelo exposto, com base nos incisos X e XI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, que atribui competência ao Advogado-Geral da União para “fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal” bem como “unificar a jurisprudência administrativa, garantir a correta aplicação das leis, prevenir e dirimir as controvérsias entre órgãos jurídicos da Administração Federal”, e também, conforme a farta jurisprudência dos Tribunais Superiores mencionadas, sugiro a revisão e superação (*overruling*) das razões de decidir constantes no Parecer AGU nº GQ - 164, de 1998, com eficácia prospectiva, para adequar-se a atual corrente jurisprudencial no sentido de que deve incidir a regra do art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112, de 1990, **somente nas hipóteses em que as infrações administrativas cometidas pelo servidor público também sejam ou tenham sido objeto de inquérito policial ou ação penal**” (grifos nossos).

53. Após, ainda que sem retroatividade, o Parecer nº JL - 06, de 10 de novembro de 2020, trouxe avanço interpretativo importante, amolando a postura administrativa à jurisprudência majoritária:

“84. Ante o exposto, com fundamento sobretudo no princípio da independência entre as instâncias, entende-se que:
a) **a aplicação do § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112/90 prescinde da existência de inquérito policial ou ação penal, ou seja, a capitulação da infração disciplinar também como crime pela Administração é suficiente para fundamentar a utilização dos prazos prescricionais penais;** e
b) os posicionamentos constantes dos Pareceres nºAM-02 e AM-03 devem ser superados” (grifos nossos).

54. O Processo Administrativo de Responsabilização (PAR), assim como o Processo Administrativo Disciplinar (PAD), manifestam importantes faces do Direito Administrativo Sancionador. Assim, as considerações gerais de um aplicam-se, no que couber, ao outro, o que é a hipótese da incidência do princípio da independência de instâncias. Diante desse entendimento, mostra-se adequado que o Parecer nº AM - 03, de 2019, e o Parecer nº JL - 06, de 2020, sejam aplicados também ao Processo Administrativo de Responsabilização, garantindo segurança jurídica aos posicionamentos vinculantes da União.

II.2. Não Propositura da Ação Penal não Obsta Condenação da Empresa

55. E como consectário deste entendimento, também deve ser observado que a ausência de ação penal proposta contra pessoas físicas integrantes da empresa não implica, necessariamente, na impossibilidade de responsabilização da pessoa jurídica por infrações administrativas.

56. Sem retomar o debate a respeito da independência de instâncias administrativa e judicial, deve-se ter em mente que a necessidade de responsabilização criminal de uma pessoa física passa pela análise do elemento volitivo que integra o tipo penal, seja em sua forma dolosa ou culposa. A responsabilidade criminal também passa, necessariamente, por uma possibilidade de individualização da conduta praticada especificamente pela pessoa física indiciada. Igualmente, a responsabilidade criminal atrai a impositiva justa causa para a persecução.

57. Chega a ser intuitivo que os elementos exigidos pela legislação para a responsabilização de uma pessoa jurídica na esfera administrativa não podem e não são semelhantes aos elementos necessários à persecução de uma pessoa física na esfera criminal.

58. Uma vez delimitada a conduta da uma pessoa jurídica, ainda que não identificados de forma extenuante os indivíduos que concorreram para ela, já é possível se falar em individualização da conduta realizada pela pessoa jurídica. Em outras palavras, como no caso em tela, indícios de que uma empresa teria praticado atos ilícitos para frustrar os objetivos de uma licitação já autorizariam o início de um processo administrativo para apuração de responsabilidade. Percebe-se deste quadro que a autoria e a justa causa para a apuração administrativa tem pressupostos absolutamente diversos e menos rígidos do que aqueles necessários à persecução criminal.

59. Da mesma forma, o elemento subjetivo, que no caso de configuração de crimes praticados por pessoas físicas

perpassa a necessária análise de dolo ou culpa da pessoa natural, não encontra a mesma correspondência em se tratando de infrações administrativas praticadas por pessoas jurídicas. O tipo administrativo neste caso, de forma direta, apenas exige que a conduta da pessoa jurídica tenha frustrado os objetivos da licitação por meio da prática de atos ilícitos.

60. Por esta razão, indo além da necessária e reiterada defesa da independência de instâncias judicial e administrativa, a diferença de pressupostos para a responsabilização de pessoas físicas e jurídicas em relação a condutas praticadas, assim como a diferente amplitude do alcance conferido pelo elemento subjetivo para a prática do ato no caso de infrações regidas pela Lei nº. 8.666/93, ambos apontam para uma ausência de contaminação da esfera judicial para os resultados alcançados nesta esfera administrativa.

61. E aqui não se trata de defesa da já legalmente prevista responsabilidade objetiva da empresa prevista expressamente na LAC.

62. Quando se faz referência, no conceito de infração administrativa, ao comportamento como *voluntário* – e não culposo (por negligência, imprudência ou imperícia) ou doloso – está-se a pretender afastar a necessidade de ordinária exigência da culpa (*lato sensu*) no atuar do suposto infrator para sua eventual responsabilização pela Administração Pública.

63. A afirmação anterior só causa estranheza quando feita em contraponto à persecução criminal, mas não é demais rememorarmos que a responsabilidade administrativa já segue essa regra, em especial quando pensamos em imposição de sanções – de trânsito e tributárias, particularmente – sem que se questione a respeito do elemento subjetivo do apenado. Nos dois exemplos, se não for apresentada defesa administrativa por conta da autuação, como feita, será dispensável qualquer outra providência por parte da Administração Pública, e restará sacramentado, nessa esfera, o entendimento de que houve infração administrativa.

64. De conseguinte, a regra é de inexigibilidade de culpa ou dolo para caracterização da infração administrativa e, pois, de dispensabilidade de a Administração Pública provar sua existência, resumindo-se esta ao comportamento em si (não pagamento do tributo), sem prejuízo de a lei fazer particular exigência num ou noutro sentido.

65. No dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello, “a caracterização de inúmeras infrações administrativas prescinde de dolo ou culpa do agente, visto que, para configurar-se sua incursão nelas e conseqüente exposição às pertinentes sanções, é indispensável que haja existido, pelo menos, a possibilidade do sujeito evadir-se conscientemente à conduta censurada”. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Ilícito tributário*, pp. 24-25). Daí porque esse mesmo autor sustenta as seguintes hipóteses como excludentes da infração administrativa, exatamente por falta de voluntariedade: fato da natureza (força maior), caso fortuito, estado de necessidade, legítima defesa, doença mental, fato de terceiro, coação irresistível e erro. Obviamente nenhuma dessas está presente no caso de infrações à Lei de Licitações.

66. Mesmo para aqueles que entendem que a culpabilidade deve estar presente tanto na conduta tanto da pessoa física quanto da pessoa jurídica a diferença da profundidade da análise é evidente, como defende Régis Fernandes de Oliveira, para quem:

Vale ressaltar que, a existência de culpabilidade é uma exigência inarredável para as infrações cometidas por pessoa física, ou mesmo jurídica, decorrente de fórmula substancial do devido processo legal e da necessária proporcionalidade das infrações e das sanções. É imprescindível uma análise da subjetividade do autor do fato ilícito, quando se trate de pessoa humana, e da exigibilidade de conduta diversa, além da intencionalidade perceptível ou previsibilidade do resultado danoso, quando se trate de pessoa jurídica.

67. A recapitulação feita por Felipe Blanco Garcia Guimarães Fleury em sua tese apresentada à PUC/SP bem ilustra a diferença de pressupostos para a persecução penal de pessoas físicas e a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas:

Com efeito, Alejandro Nieto afasta a exigência do elemento subjetivo para toda e qualquer infração imputada à pessoa jurídica (inclusive eventual dolo ou culpa do agente que incorreu na conduta), hipótese em que esta responde objetivamente por qualquer ilícito administrativo praticado pelos seus colaboradores. Foi esta, acredita-se, a pretensão do art. 2º da Lei anticorrupção (Lei 12.846/2013), ao dispor que “As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não”¹³⁶.

Por sua vez, há aqueles que afastam a possibilidade de apuração do elemento subjetivo com relação à pessoa jurídica também em toda e qualquer infração administrativa, porém exigem a sua presença com relação ao colaborador que praticou o comportamento tipificado objetivamente¹³⁷.

Já Fábio Medina Osório cogita em uma “culpabilidade” (na acepção da teoria clássica da conduta) distinta para as pessoas jurídicas, assinalando que “Pode-se sinalizar que a culpabilidade das pessoas jurídicas remete à evitabilidade do fato e aos deveres de cuidado objetivos que se apresentam encadeados na relação causal”¹³⁸, posição que se assemelha à de Eduardo Fortunato Bim, que sustenta que a culpa requer a resposta à seguinte questão: “tomou a pessoa jurídica todos os deveres de cuidado exigidos pelo estado da técnica e/ou pelas normas regulamentares? Se tiver tomado não existe culpa e conseqüentemente sanção administrativa”¹³⁹. Também Régis Fernandes de Oliveira, ainda que em sentido diverso, aparenta apresentar uma “culpabilidade” distinta para as pessoas jurídicas¹⁴⁰.

Por fim, há aqueles autores, com os quais concordamos, que defendem que o elemento subjetivo não pode ser valorado de uma mesma maneira em toda e qualquer infração administrativa imputada às pessoas jurídicas¹⁴¹. Em que pese isto trazer dificuldades quanto à sua aplicação, há que se fazer indispensáveis distinções, sob pena de se fazer tábula rasa do elemento subjetivo do tipo (e, com isso, afrontar o primado da proporcionalidade).

Com efeito, assinalamos que a pessoa jurídica pode incorrer na prática das infrações administrativas de duas maneiras: (i) praticando, dolosa ou culposamente, o comportamento previsto no tipo comissivo ou omissivo próprio (quando a ação ou omissão – insiste-se, própria - representa a vontade da pessoa jurídica); ou (ii) omitindo-se com relação ao dever jurídico de adotar os mecanismos para prevenir a prática da infração por seu preposto, que a

praticara contra a sua vontade, desde que esta conduta ilícita, ao menos em tese, possa lhe trazer vantagem ou benefício.

(<https://tede.pucsp.br/bitstream/handle/7041/1/Felipe%20Blanco%20Garcia%20Guimaraes%20Fleury.pdf>)

68. Em qualquer uma dessas diferentes correntes, uma vez comprovada a conduta da pessoa jurídica voltada ao objetivo previsto no tipo infracional, mostra-se possível a responsabilização administrativa pelo fato praticado.

69. É a esta corrente a que se filia o manual desta CGU, que relembra a previsão da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica no art. 2º da LAC, segundo o qual:

Art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

70. Para adequada compreensão, porém, também é preciso conhecer o art. 3º da mesma lei, que reforça o caráter objetivo da responsabilização, ao afirmar a independência em relação à responsabilidade das pessoas físicas de alguma maneira envolvidas com o ato lesivo.

71. Márcio de Aguiar Ribeiro sustenta a constitucionalidade da responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas, com fundamento nos seguintes aspectos:

a) Princípio da Função Social da Empresa. Uma vez que a Constituição Federal, em seu art. 170, determina que o desenvolvimento da atividade econômica deve assegurar a todos existência digna, conforme ditames de justiça social, “não se discute que na nova ordem constitucional as empresas não podem ser reduzidas a meros instrumentos de auferição exclusiva de lucros aos seus proprietários, devendo concorrer para a realização do bem comum, como, por exemplo, na atuação conjunta com o Poder Público para melhor combater a corrupção” 30;

b) Manifestação da função social da empresa pelo regime de incentivos ao exercício da empresa e pelo regime de condicionamentos ou vinculações a tal exercício.

c) Princípio da moralidade administrativa.

72. André Pimentel Filho, citado por Márcio Ribeiro, assim leciona:

E muito embora seja uma característica geral do Direito Administrativo Sancionador, como manifestação do direito de punir condutas socialmente lesivas, a consideração do elemento volitivo do agente, de modo a se evitar sanções imerecidas e se prestigiar a razoabilidade, trata-se de exceção válida e sem qualquer mácula de inconstitucionalidade. A responsabilidade objetiva, neste caso, direcionada exclusivamente em face de pessoas jurídicas, é trazida por meio de lei formal, que tem como escopo tutelar a contento direito de repercussão social gravíssima, o direito à probidade nos negócios do estado e entre particulares e esse.

73. Tratando-se, portanto, de pressupostos diversos (i) daqueles que atraem a persecução penal de pessoas físicas e (ii) daqueles que possibilitam a responsabilização administrativa, não há que se falar em impossibilidade de condenação da pessoa jurídica por ausência de persecução penal quanto às pessoas físicas que a integram.

II.3. Da Impossibilidade de Aplicação da Lei das Estatais

74. O cerne do presente tópico é a retroação ou não da revogação da possibilidade de aplicação da declaração de inidoneidade, realizada pela Lei das Estatais, em face de ilícitos praticados contra as referidas empresas. É dizer que se deve analisar se será aplicada a regra do *tempus regit actum* (expressamente prevista na Lei das Estatais), mais precisamente do ato jurídico perfeito ou o da retroatividade da lei penal mais benéfica.

75. Portanto, a base constitucional da presente análise será o artigo 5º, incisos XXXVI e XL, da Constituição Federal. Vejamos os preceptivos constitucionais:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

[...]

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

[...]

76. Esta Consultoria Jurídica já chegou a se manifestar pela possibilidade de aplicação de declaração de inidoneidade pelas empresas estatais, independentemente da época da prática da infração, ao argumento de que a competência dentro das estatais, estabelecida pela Lei nº 13.303, de 2016, seria diferente da competência ministerial estabelecida na Lei de Licitações. Este foi o entendimento do PARECER n. 00320/2016/CONJUR CGU/CGU/AGU:

55. Vimos que o artigo 37, seguindo a determinação prevista no artigo 23 da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, exige a atualização do Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS, quando forem aplicadas as penalidades da respectiva lei, o que demonstra que ambas estão em consonância com a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

56. Em relação às penalidades, conforme vimos anteriormente, a Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, previu apenas aquelas que possam ser aplicadas no âmbito da respectiva entidade, não incluindo a declaração

de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, uma vez que, no âmbito da União, essa reprimenda somente pode ser aplicada por Ministro de Estado, nos termos do § 3º do artigo 87 da Lei nº 8.666, de 1993.

57. Essa constatação se confirma pela simples leitura dos incisos II e III do artigo 38, os quais fazem a separação entre as punições aplicadas pelas estatais e as impostas pela União e pelas demais unidades da federação. Mais uma vez se confirma que a Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, não revogou nenhum dispositivo das Leis nº 8.666, de 1993, e 12.846, de 2013.

58. Ou seja, a declaração de inidoneidade é pena que só pode ser aplicada por Ministro de Estado e não foi revogada. Os presidentes das estatais poderão utilizar a Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016 para aplicar as penas ali previstas, mas se o fato for mais grave, o Ministro de Estado permanece com sua competência residual para aplicar a declaração de inidoneidade da Lei 8.666/93, pena que, repita se, não foi revogada pela Lei das Estatais.

59. Mesmo não havendo mais dúvidas a respeito desse assunto, é importante acrescentar que o caput do artigo 83 da Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, prevê expressamente que as penalidades ali previstas devem ser aplicadas pela respectiva entidade estatal (empresa pública ou sociedade de economia mista), ou seja, essa norma não trata de reprimendas cuja competência para aplicação é de autoridade externa.

60. Já o artigo 94 estende a aplicação das sanções previstas na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, às empresas estatais. Essa previsão somente foi possível porque, da mesma forma, a aplicação das respectivas penalidades compete à autoridade máxima da respectiva entidade.

61. Finalmente, o artigo 96, ao tratar dos dispositivos que foram revogados, nada fala a respeito da Lei nº 8.666, de 1993, o que demonstra mais uma vez que tanto a Lei nº 12.846, de 2013, quanto a Lei nº 13.303, de 2016, trataram apenas de penalidades cuja competência para a aplicação é da autoridade máxima no âmbito de cada entidade.

62. O legislador não incluiu a penalidade do inciso IV do artigo 87 da Lei nº 8.666, de 1993, na nova lei (13.303) porque, no âmbito da União, a competência para sua aplicação é exclusiva do Ministro de Estado, nos termos do § 3º desse dispositivo.

63. Outro raciocínio levaria ao absurdo de tratarmos de forma diferente quem contrata com a Administração Direta e com as Autarquias, e quem contrata com as estatais. Como se o bem público protegido merecesse uma proteção menor no âmbito das estatais. Isso não é possível! A interpretação jurídica não pode levar a absurdos nem afrontar princípios constitucionais. No caso estar se ia afrontando o princípio da isonomia. Assim, temos aqui mai sum motivo para defender que a Nova Lei das Estatais não extinguiu a pena de inidoneidade da Lei 8.666/93.

64. Portanto, diante de todo o exposto, não se pode falar em revogação do inciso IV do artigo 87 da Lei nº 8.666, de 1993 (declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública).

77. Entendemos que o referido entendimento merece ser superado por esta Consultoria Jurídica, em razão do advento da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 (Nova Lei de Licitações). Principalmente, pelo fato de que o âmbito de aplicação da Lei de Licitações foi modificado pela Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Vejamos:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e abrange:

I - os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, dos Estados e do Distrito Federal e os órgãos do Poder Legislativo dos Municípios, quando no desempenho de função administrativa;

II - os fundos especiais e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela Administração Pública.

§ 1º Não são abrangidas por esta Lei as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as suas subsidiárias, regidas pela [Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016](#), ressalvado o disposto no [art. 178 desta Lei](#).

78. Assim, ao contrário da Lei nº 8.666, de 1993, que previa sua aplicação para as estatais, a Lei nº 14.133, de 2021, excluiu qualquer possibilidade de aplicação de seus termos às referidas empresas, o que inclui a declaração de inidoneidade. Dessa forma, não se concebe mais entender que seja possível, nos contratos sob o regime puro da Lei das Estatais, a aplicação da penalidade de declaração de inidoneidade por uma estatal, salvo nos casos de atos praticados em contratos de estatais regidos pelo regime da Lei nº 8.666, de 1993, conforme será defendido adiante.

79. Com efeito, é inquestionável que houve um silêncio eloquente na Lei das Estatais, ao não prever mais a pena de declaração de inidoneidade aos contratantes faltosos, razão pela qual não será mais possível a declaração de inidoneidade pelas estatais, caso o contrato seja regido pela nova lei.

80. A questão a ser debatida, portanto, é se esse silêncio eloquente deveria retroagir em relação a contratos celebrados na vigência de leis anteriores, nos casos em que o regime aplicável seria o da Lei nº 8.666/93. Ou seja, se o silêncio eloquente trazido na lei das estatais seria o equivalente a uma "lei penal" e deveria, portanto, retroagir. E mais, É saber se essa retroação não deveria respeitar nem as regras de transição estabelecidas na própria Lei das Estatais.

81. Com as devidas vênias, parece-nos que não.

82. Nossa interpretação baseia-se, principalmente, no artigo 91 da Lei das Estatais. Vejamos:

Art. 91. A empresa pública e a sociedade de economia mista constituídas anteriormente à vigência desta Lei deverão, no prazo de 24 (vinte e quatro) meses, promover as adaptações necessárias à adequação ao disposto nesta Lei.

§ 1º A sociedade de economia mista que tiver capital fechado na data de entrada em vigor desta Lei poderá, observado o prazo estabelecido no caput, ser transformada em empresa pública, mediante resgate, pela empresa, da totalidade das ações de titularidade de acionistas privados, com base no valor de patrimônio líquido constante do último balanço aprovado pela assembleia-geral.

§ 2º (VETADO).

§ 3º *Permanecem regidos pela legislação anterior procedimentos licitatórios e contratos iniciados ou celebrados até o final do prazo previsto no caput.*

83. A própria Lei das Estatais criou uma regra de transição, em nome da segurança jurídica para Administração e administrados, ao determinar que os contratos celebrados no regime anterior devam continuar regidos pelo mesmo regime, de modo que as sanções previstas nele continuem a ser aplicadas, pois são aspectos contratuais acessórios inerentes e que não podem ser modificados. O artigo 91, parágrafo 3º privilegiou, portanto, a regra do *tempus regit actum*, ou seja, a regra de que o ato deve ser regido pela norma do tempo em que foi praticado. O dispositivo também privilegiou o ato jurídico perfeito.

84. Mesmo a Lei das Estatais tendo sido uma lei mais benéfica para os acusados, não se pode falar que tenha ocorrido uma espécie de *abolitio criminis*, que, em processos criminais, atinge até mesmo a coisa julgada. De fato, não houve extinção da sanção, mas apenas sua aplicação deixou de ser possível em relação a contratos com estatais celebrados sob o regime da nova lei, penalidade esta cuja aplicação será feita por autoridades da estatal. Isso não quer dizer que contratos antigos, celebrados sob o regime antigo não possam prever a referida penalidade, nem que ela não seja mais aplicável. De fato, nesse aspecto, a Lei das Estatais não pode ser considerada "lei penal" para os fins do artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal.

85. Com efeito, a nova lei estabeleceu essa regra de transição, justamente para permitir que contratos antigos possam ser concluídos com segurança jurídica e sem divergência acerca de qual norma deve ser aplicável.

86. Vejamos o entendimento de Leandro Zanon Apolinário de Alencar^[3], nesse sentido:

15.2.2 Eficácia da lei quanto às licitações e contratos

Em função da Lei no 13.303/16, as licitações e contratos das empresas estatais sujeitam-se a um regime próprio, conforme previsto na Constituição Federal.¹² O novo sistema normativo traz inúmeras mudanças. Entre outras previsões, aumenta consideravelmente os valores relativos às hipóteses de dispensa de licitação por pequeno valor e prevê como dispensada a licitação nas situações de comercialização, prestação ou execução de objetos relacionados a objetos sociais da empresa, assim como nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas.

A Lei no 13.303/16 entrou "vigora na data de sua publicação" (art. 97), ou seja, em 1o.7.2016. É plenamente vigente, aplicável e eficaz quanto às empresas públicas e sociedades de economia mista constituídas após essa data.

No entanto, a lei foi cautelosa quanto à sua eficácia em relação a contratos e processos licitatórios de empresas estatais criadas antes de sua vigência. Ou seja, a aptidão do novo sistema normativo para ter aplicabilidade quanto às empresas já constituídas foi talhada com prudência. Foram poupados os procedimentos de licitação em andamento e os contratos assinados dentro do período de adaptação, de até vinte e quatro meses.

Há a seguinte disposição transitória sobre licitações e contratos: "Permanecem regidos pela legislação anterior procedimentos licitatórios e contratos iniciados ou celebrados até o final do prazo previsto no caput" (art. 91, §3o). Logo, no prazo de vinte e quatro meses previsto para as adequações necessárias das empresas ao novo sistema jurídico, os procedimentos licitatórios iniciados e os contratos iniciados ou celebrados serão regidos pela legislação anterior (art. 91, caput c/c §3o).

As empresas estatais devem ter "regulamento interno de licitações e contratos, compatível com o disposto nesta Lei" (art. 40).¹⁶ Assim, para as empresas já existentes, as novas normas sobre licitação e contratos administrativos só serão aplicadas após a atualização ou edição de regulamento específico.

A inaplicabilidade da Lei no 13.303/16 aos contratos assinados antes dela decorre da garantia constitucional de irretroatividade dos atos normativos em relação aos atos jurídicos perfeitos.¹⁸ A proteção contra a irretroatividade vale, inclusive, contra previsão legal. Segundo o Supremo Tribunal Federal, a referida proteção "se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva".

A respeito das garantias constitucionais e eficácia da lei no tempo, o referido acórdão da Suprema Corte, relatado pelo eminente Ministro Moreira Alves, traz importantes reflexões sobre a irretroatividade de nova norma em nosso sistema jurídico. Quanto à graduação por intensidade, elenca as seguintes hipóteses:

i) irretroatividade máxima (também chamada restitutória, porque restituiria as partes ao status quo ante), "quando a lei nova ataca a coisa julgada e os fatos consumados";

ii) irretroatividade média, "quando a lei nova atinge os efeitos pendentes de atos jurídicos verificados antes dela";

iii) irretroatividade mínima (também chamada temperada ou mitigada), "quando a lei nova atinge apenas os efeitos dos atos anteriores produzidos após a data em que ela entra em vigor".

No que tange às duas primeiras hipóteses, o Ministro Moreira Alves esclarece que "não há dúvida alguma de que a lei 'age para trás', e, portanto, retroage, uma vez que, inequivocamente, alcança o que já ocorreu no passado". Quanto à irretroatividade mínima, menciona doutrinadores que sustentam ocorrer "apenas" a aplicação imediata da lei (e, supostamente, não haveria irretroatividade). Mas, logo depois, esclarece ser equivocada a tese, pois "se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa (irretroatividade mínima) porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado".

A inaplicabilidade da Lei no 13.303/16 aos contratos em vigor, portanto, além de legalmente prevista, abraça a jurisprudência do STF.

Contudo, a fim de preservar a segurança jurídica inerente ao período de adaptação ao novo sistema normativo, a nova lei foi mais precavida. Permitiu que as empresas estatais já constituídas apliquem o novo sistema normativo somente após a adaptação de suas leis, estatutos e/ou regimentos. Assim, os contratos cujos procedimentos (licitatórios ou de contratação direta) iniciados antes da adaptação das empresas já constituídas não se submetem ao regime da Lei no 13.303/16.

Quanto aos procedimentos licitatórios, a garantia constitucional de irretroatividade quanto aos atos jurídicos perfeitos só protege as atividades já praticadas. Assim, em face do princípio do tempus regit actum, em tese, seria possível a incidência de novas normas quanto aos atos futuros. O Novo Código de Processo Civil (Lei no

13.105/2015), por exemplo, dispôs que ao “entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes” (art. 1.046).

Todavia, a mera observância da garantia constitucional da irretroatividade da lei poderia gerar incongruências. Um procedimento iniciado poderia ter incompatibilidade com o regramento novo.

Portanto, agiu com acerto o legislador ao dispor que “Permanecem regidos pela legislação anterior” os procedimentos licitatórios iniciados até o final do prazo previsto para que as empresas já constituídas anteriormente promovam suas adaptações à Lei no 13.303/16 (art. 91, caput c/c §3o). Ou seja, enquanto não se amoldarem ao novo sistema, os processos licitatórios dessas empresas submetem-se às regras gerais de licitações e contratos aplicáveis atualmente, especialmente a Lei no 8.666/93 (que institui normas gerais de licitações e contratos), a Lei no 10.520/02 (que institui a modalidade de licitação pregão) e a Lei no 10.462/12 (que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC).

A novel legislação de empresas estatais buscou afastar contradições que poderiam ocorrer num mesmo procedimento entre as normas anteriores de licitações e as atuais. Então, assim como ocorre no que tange aos contratos já iniciados ou assinados, os procedimentos de licitação lançados no período de adequações devem ser mantidos em conformidade com as normas anteriormente vigentes. Deu-se primazia ao princípio constitucional da segurança jurídica.

Em função desse princípio, nos contratos firmados previamente que serão renovados também devem ser aplicadas as regras anteriores. Essa orientação decorre de precedente do Supremo Tribunal Federal.

87. O Superior Tribunal de Justiça, em vários precedentes sobre a retroatividade de norma administrativa, decidiu pela prevalência da regra do *tempus regit actum*. Vejamos:

ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRAZO PRESCRICIONAL. REMISSÕES GENÉRICAS. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE ESPECÍFICA. PRESCRIÇÃO. IRRETROATIVIDADE 1. O ora recorrente, Oficial de Justiça à época, foi investigado por exigir custas excessivas em processo judicial. O Conselho da Magistratura demitiu-o em 1986, após o regular processo administrativo, em decisão ratificada pelo Órgão Especial. Pleiteou-se a revisão do processo, em 1994, que, rejeitada por maioria de votos, ensejou a impetração de Mandado de Segurança, o qual foi denegado. 2. A demissão a bem do serviço público do recorrente foi confirmada pelo órgão especial em 1987, e o ato demissório deu-se em 1989. O pedido de revisão ocorreu mais de cinco anos depois, porquanto admissível sua propositura, uma única vez, a qualquer tempo (art. 249 da Lei 10.098/1994). 3. In casu, quando julgado o processo administrativo (1986), não havia norma sobre prescrição no Código de Organização Judiciária (Lei Estadual 5.256/1966), que tratou da Ação Disciplinar (arts. 756 e ss.). O acórdão recorrido valeu-se de dupla remissão para aplicar a prescrição prevista na legislação penal. Essa lacuna normativa perdurou até a edição da LCE 10.098/1994, que passou a regulamentar expressamente a prescrição da Ação Disciplinar em prazo mais curto, favorável ao recorrente. 4. Caso a lacuna da legislação local tivesse sido suprida ao longo do PAD mediante edição de lei nova que regulasse a prescrição no âmbito administrativo, estar-se-ia diante de norma superveniente que seria levada em consideração no julgamento do processo administrativo e poderia resultar na sua extinção. 5. Contudo, o pedido de revisão tem prazo aberto e pode ser apresentado a qualquer momento. A valer a proposição do recorrente, passados 5, 10, 20 ou 40 anos, havendo mudança na lei a respeito dos prazos prescricionais, todos os processos administrativos que ensejassem de advertência a demissão poderiam ser rejuizados, adotando-se a legislação eventualmente mais benéfica. 6. A diferença ontológica entre a sanção administrativa e a penal permite a transpor com reservas o princípio da retroatividade. Conforme pondera Fábio Medina Osório, "se no Brasil não há dúvidas quanto à retroatividade das normas penais mais benéficas, parece-me prudente sustentar que o Direito Administrativo Sancionador, nesse ponto, não se equipara ao direito criminal, dado seu maior dinamismo". 7. No âmbito administrativo, a sedimentação de decisão proferida em PAD que condena servidor faltoso (acusado de falta grave consistente na cobrança de custas em arrolamento em valor aproximadamente mil vezes maior) não pode estar sujeita aos sabores da superveniente legislação sobre prescrição administrativa sem termo ad quem que consolide a situação jurídica. Caso contrário, cria-se hipótese de instabilidade que afronta diretamente o interesse da administração pública em manter em seus quadros apenas os servidores que respeitem as normas constitucionais e infraconstitucionais no exercício de suas funções, respeitadas as garantias do due process. 8. Precedente em situação similar indica: "quanto à alegação de prescrição administrativa, questão que em tese poderia determinar a anulação do ato que cassou a nomeação do recorrente na função de Oficial do Registro de Imóveis da Comarca de Palhoça/SC, verifica-se que as leis apresentadas (9.873/99 e 9.784/99) foram editadas após a ocorrência da nomeação do recorrente em 1992 e após o próprio ato de cassação ocorrido em 1998, não podendo retroagir para alcançar a situação do recorrente. Precedentes: RESP nº 646107/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 14/03/2005; MS 9092/DF, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJ 25.09.2006 e EDcl no AgRg no RESP nº 547668/PE, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 02/05/2005" (AgRg no AgRg no REsp 959.006/SC, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ 7.5.2008). 9. Recurso Ordinário não provido.

(STJ - RMS: 33484 RS 2010/0221555-0, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 11/06/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/08/2013)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. DANO AMBIENTAL. NOVO CÓDIGO FLORESTAL. IRRETROATIVIDADE. TEMPUS REGIT ACTUM. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. O Plenário do STJ decidiu que "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC" (Enunciado Administrativo n. 3).

2. O Superior Tribunal de Justiça entende que, em matéria ambiental, adota-se o princípio *tempus regit actum*, que "impõe obediência à lei em vigor quando da ocorrência do fato" (AgInt no REsp 1404904/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 03/03/2017; e REsp 1090968/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/06/2010, DJe 03/08/2010).

3. "É vedado, em sede de agravo interno, ampliar-se o objeto do recurso especial, aduzindo-se questões novas, não suscitadas no momento oportuno, em virtude da ocorrência da preclusão consumativa" (STJ, AgInt no REsp 1.536.146/PB, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 14/09/2016). 4. Agravo interno desprovido.

(STJ - AgInt no AREsp: 1044947 MG 2017/0012626-3, Relator: Ministro GURGEL DE FARIA, Data de Julgamento: 25/10/2018, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/12/2018)

ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SANÇÃO ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA NORMA MAIS BENÉFICA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 106 DO CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que as disposições do art. 106 do Código Tributário Nacional não são aplicáveis às hipóteses de multa administrativa, as quais possuem natureza jurídica não tributária.

2. Agravo interno não provido.

(STJ - AgInt no AgInt no AREsp: 1701937 SP 2020/0112965-2, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento: 03/05/2021, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/05/2021)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. INOVAÇÃO RECURSAL. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. MULTA. LEI MAIS BENÉFICA. RETROATIVIDADE. IMPOSSIBILIDADE.

1. As alegações que não foram deduzidas no momento oportuno, mas, apenas, no presente agravo interno, configuram inovação recursal insuscetível de análise em face da preclusão consumativa.

2. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento consolidado no sentido de que não é aplicável às infrações de natureza administrativa (hipótese dos autos) a previsão da retroatividade da lei mais benéfica prevista no Código Tributário Nacional (art. 106 do CTN). 3. Agravo interno desprovido.

(STJ - AgInt no AREsp: 1547574 SP 2019/0213357-9, Relator: Ministro GURGEL DE FARIA, Data de Julgamento: 16/11/2021, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/12/2021)

88. Vejamos o entendimento do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

ADMINISTRATIVO. AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT. RESOLUÇÃO/ANTT Nº 5.847/2019. INAPLICABILIDADE. 1. Em que pese o art. 5º, inciso XL da Constituição Federal assegure a retroatividade da *lex mitior penal*, o referido dispositivo não implica a existência de princípio normativo de alcance geral no âmbito do Direito, apto a ensejar, por si só, a aplicação da retroatividade da lei mais benéfica em seus mais variados ramos. 2. Conforme lição clássica de hermenêutica, a norma restritiva deve ser interpretada restritivamente, a fim de evitar a extensão de sua aplicação para além do âmbito ao qual o legislador, constitucional ou ordinário, expressamente as restringiu. 3. O disposto no art. 36, inciso I, da Resolução 4.799/2015, não obstante tenha sido alterada pela Resolução nº 5.847/19, não perde a eficácia e a validade da multa já aplicada, visto a inaplicabilidade da retroatividade da norma mais benéfica no direito administrativo. (TRF4, AC 5014938-16.2017.4.04.7001, TERCEIRA TURMA, Relatora VÂNIA HACK DE ALMEIDA, juntado aos autos em 12/11/2019)

89. Veja-se o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

MULTA. Trânsito. Presidente Prudente. CTB, art. 218. LF nº13.334/06. Suspensão do direito de dirigir por sessenta dias. Lei mais benéfica. Retroatividade. ? Sanção administrativa não se confunde com sanção penal. As esferas são distintas, não se aplicando o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica prevista no art. 5º, XL da CF às sanções administrativas, salvo se expressamente previsto na nova lei. No caso, a LF nº 11.334/06 não prevê a retroatividade. Trata-se de ato Jurídico perfeito, o qual não se altera diante da nova lei. Inteligência do art. 5º, XXXVI da CF e do princípio c o da segurança jurídica. ? Procedência. Recurso oficial e da Fazenda providos. Aplicação 5 do art. S57, § 1º-A do CPC.

(TJ-SP - AC: 00248667220098260482 SP 0024866-72.2009.8.26.0482, Relator: Torres de Carvalho, Data de Julgamento: 15/09/2011, 10ª Câmara de Direito Público)

Declaratória de nulidade de ato administrativo – Infração de trânsito – Vício de forma – Ilegibilidade do auto de infração de trânsito (fls. 17) perfeitamente sanada pela 02ª via expedida pelo órgão responsável (fls. 18) – Pretensão de retroatividade da lei nº 14.071/20 para afastar a sanção administrativa consistente na suspensão do direito de dirigir pelo cometimento de infrações de trânsito que resultaram em 20 pontos – Impossibilidade – Regra do tempus regit actum – Respeito ao ato jurídico perfeito, porquanto o recorrente foi preencher os requisitos insculpidos na norma, sendo processado e julgado na esfera administrativa antes da entrada em vigor da norma mais benéfica – Retroatividade da norma mais benéfica que somente se aplica se por expressa previsão legal – Manutenção integral da sentença – Honorários devidos

(TJ-SP - RI: 10014497320218260443 SP 1001449-73.2021.8.26.0443, Relator: Rubens Petersen Neto, Data de Julgamento: 05/08/2022, 3ª Turma da Fazenda Pública, Data de Publicação: 08/08/2022)

90. Ultimamente, o Supremo Tribunal Federal teve precedentes no sentido de que a discussão acerca da retroatividade ou não da lei mais benéfica na seara administrativa produzia ofensa apenas reflexa ao texto constitucional. Com efeito, o entendimento foi de que a discussão sobre a retroatividade dependeria mais do caso concreto e da aplicação concreta da lei do que de uma interpretação direta do texto constitucional. Vejamos:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. MULTA ADMINISTRATIVA. APLICAÇÃO DA LEI NO TEMPO E RETROATIVIDADE: MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA REFLEXA. REEXAME DE FATOS E PROVAS: IMPOSSIBILIDADE NO CAMPO EXTRAORDINÁRIO. 1. A discussão a respeito da vigência da lei no tempo e sua retroatividade possui natureza infraconstitucional, possuindo previsão geral na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, cuja análise de interpretação ao caso concreto é incabível no campo extraordinário. Hipótese em que a violação ao Texto Constitucional, se houvesse, seria reflexa ou indireta. 2. Eventual divergência no tocante ao entendimento adotado pelo Colegiado a quo, quanto à aplicabilidade da multa administrativa, demandaria o reexame de fatos e provas constantes dos autos, e o cotejo entre o parecer jurídico apontado pelo recorrente, abrangência de seus efeitos, e a norma infraconstitucional aplicável, o que inviabiliza o processamento do apelo extremo, tendo em vista a vedação contida no enunciado nº 279 da Súmula do STF. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 1313237 AgR, Relator(a): ANDRÉ MENDONÇA, Segunda Turma, julgado em 05/09/2022, PROCESSO

EMENTA: AGRADO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL PARA COBRANÇA DE MULTA ADMINISTRATIVA. LEI MUNICIPAL nº 11.262/2012. RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA. ART. 5º, XXXVI, DA CF. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA REFLEXA. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 279 E 280 DO STF. 1. O Tribunal de origem decidiu a causa de acordo com a orientação desta Corte no sentido de que o Município tem competência legislativa para editar normas obrigando as instituições financeiras a instalar dispositivos de segurança em suas agências, sem que se verifique usurpação de competência federal. 2. Eventual divergência em relação ao entendimento adotado pelo juízo a quo, quanto à aplicação da multa administrativa, demandaria o reexame de fatos e provas constantes dos autos, e o exame da legislação local aplicável à espécie (Lei Municipal 11.262/2012), o que inviabiliza o processamento do apelo extremo, tendo em vista a vedação contida nas Súmulas 279 e 280 do STF. 3. **As regras para aplicação da lei no tempo e retroatividade da norma mais benéfica estão previstas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Hipótese em que a violação ao Texto Constitucional, se houvesse, seria reflexa ou indireta.** 4. Agravo regimental a que se nega provimento. Mantida a decisão agravada quanto aos honorários advocatícios, eis que majorados nos limites do art. 85, §§ 2º e 3º, do CPC.(ARE 1319619 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 09/10/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-206 DIVULG 15-10-2021 PUBLIC 18-10-2021)

91. Tal é o caso justamente do que se discute nos presentes autos. Ora, existe previsão expressa da Lei das Estatais no sentido de que os contratos celebrados até o final do prazo de 24 (vinte e quatro) meses, estabelecido para as empresas estatais adequarem seus regimentos ao disposto na Lei nº 13.303, de 2016, deverão ser regidos pelo regime anterior. Ou seja, é o caso de aplicação direta de norma infraconstitucional, que goza de presunção de constitucionalidade e não pode ser ignorada.

92. Nesse ponto, entendemos que o STF quis dizer que a retroação de norma mais benéfica na seara administrativa não é automática, pois é tarefa que cabe ao exegeta em cada caso concreto, de acordo com as disposições infraconstitucionais, contratuais e de costume administrativo. Tal conclusão é justamente porque não se trata de uma norma penal propriamente dita, mas de uma norma que traz uma sanção administrativa, aplicada em um contexto contratual ou de uma relação administrativa ou nos casos em que há a retribuição a uma eventual infração administrativa.

93. Não obstante isso, o STF já foi mais claro ainda no que diz respeito à não retroação automática de norma administrativa sancionadora mais benéfica. O recente julgamento do ARE 843989 (Repercussão Geral Tema 1199), decidiu-se expressamente que não haveria retroação automática quando se trata de improbidade administrativa, decisão aplicável, *mutatis mutandis* (com as devidas adaptações), às infrações administrativas. Vejamos:

'Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. IRRETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA (LEI 14.230/2021) PARA A RESPONSABILIDADE POR ATOS ILÍCITOS CIVIS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (LEI 8.429/92). NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DE REGRAS RÍGIDAS DE REGÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS CORRUPTOS PREVISTAS NO ARTIGO 37 DA CF. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 5º, XL DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL AO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR POR AUSÊNCIA DE EXPRESSA PREVISÃO NORMATIVA. APLICAÇÃO DOS NOVOS DISPOSITIVOS LEGAIS SOMENTE A PARTIR DA ENTRADA EM VIGOR DA NOVA LEI, OBSERVADO O RESPEITO AO ATO JURÍDICO PERFEITO E A COISA JULGADA (CF, ART. 5º, XXXVI). RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO COM A FIXAÇÃO DE TESE DE REPERCUSSÃO GERAL PARA O TEMA 1199.

[...]

7. O ato de improbidade administrativa é um ato ilícito civil qualificado – “ilegalidade qualificada pela prática de corrupção” – e exige, para a sua consumação, um desvio de conduta do agente público, devidamente tipificado em lei, e que, no exercício indevido de suas funções, afaste-se dos padrões éticos e morais da sociedade, pretendendo obter vantagens materiais indevidas (artigo 9º da LIA) ou gerar prejuízos ao patrimônio público (artigo 10 da LIA), mesmo que não obtenha sucesso em suas intenções, apesar de ferir os princípios e preceitos básicos da administração pública (artigo 11 da LIA).

8. A Lei 14.230/2021 reiterou, expressamente, a regra geral de necessidade de comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação do ato de improbidade administrativa, exigindo – em todas as hipóteses – a presença do elemento subjetivo do tipo – DOLO, conforme se verifica nas novas redações dos artigos 1º, §§ 1º e 2º; 9º, 10, 11; bem como na revogação do artigo 5º.

9. Não se admite responsabilidade objetiva no âmbito de aplicação da lei de improbidade administrativa desde a edição da Lei 8.429/92 e, a partir da Lei 14.230/2021, foi revogada a modalidade culposa prevista no artigo 10 da LIA.

10. A opção do legislador em alterar a lei de improbidade administrativa com a supressão da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa foi clara e plenamente válida, uma vez que é a própria Constituição Federal que delega à legislação ordinária a forma e tipificação dos atos de improbidade administrativa e a gradação das sanções constitucionalmente estabelecidas (CF, art. 37, §4º).

11. O princípio da retroatividade da lei penal, consagrado no inciso XL do artigo 5º da Constituição Federal (“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”) não tem aplicação automática para a responsabilidade por atos ilícitos civis de improbidade administrativa, por ausência de expressa previsão legal e sob pena de desrespeito à constitucionalização das regras rígidas de regência da Administração Pública e responsabilização dos agentes públicos corruptos com flagrante desrespeito e enfraquecimento do Direito Administrativo Sancionador.

12. Ao revogar a modalidade culposa do ato de improbidade administrativa, entretanto, a Lei 14.230/2021, não trouxe qualquer previsão de “anistia” geral para todos aqueles que, nesses mais de 30 anos de aplicação da LIA, foram condenados pela forma culposa de artigo 10; **nem tampouco determinou, expressamente, sua retroatividade ou mesmo estabeleceu uma regra de transição que pudesse auxiliar o intérprete na aplicação dessa norma – revogação do ato de improbidade administrativa culposo – em situações diversas como ações em andamento, condenações não transitadas em julgado e condenações transitadas em julgado.**

13. A norma mais benéfica prevista pela Lei 14.230/2021 – revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa –, portanto, não é retroativa e, conseqüentemente, não tem incidência em relação à

eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes. Observância do artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal.

14. Os prazos prescricionais previstos em lei garantem a segurança jurídica, a estabilidade e a previsibilidade do ordenamento jurídico; fixando termos exatos para que o Poder Público possa aplicar as sanções derivadas de condenação por ato de improbidade administrativa.

15. A prescrição é o perecimento da pretensão punitiva ou da pretensão executória pela INÉRCIA do próprio Estado. A prescrição prende-se à noção de perda do direito de punir do Estado por sua negligência, ineficiência ou incompetência em determinado lapso de tempo.

16. INÉRCIA não há PRESCRIÇÃO. Sem INÉRCIA não há sancionamento ao titular da pretensão. Sem INÉRCIA não há possibilidade de se afastar a proteção à probidade e ao patrimônio público.

17. Na aplicação do novo regime prescricional – novos prazos e prescrição intercorrente –, há necessidade de observância dos princípios da segurança jurídica, do acesso à Justiça e da proteção da confiança, com a IRRETROATIVIDADE da Lei 14.230/2021, garantindo-se a plena eficácia dos atos praticados validamente antes da alteração legislativa.

18. Inaplicabilidade dos prazos prescricionais da nova lei às ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa, que permanecem imprescritíveis, conforme decidido pelo Plenário da CORTE, no TEMA 897, Repercussão Geral no RE 852.475, Red. p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN.

19. Recurso Extraordinário PROVIDO. Fixação de tese de repercussão geral para o Tema 1199: "1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se - nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA - a presença do elemento subjetivo - DOLO; 2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 - revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa -, é IRRETROATIVA, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes; 3) A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente; 4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei". (ARE 843989, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 18/08/2022, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-251 DIVULG 09-12-2022 PUBLIC 12-12-2022) (destacamos)

94. Não se descarta que a razão de decidir do julgamento visou a impedir que a retroação acontecesse em relação a casos já julgados. No entanto, mesmo em casos não julgados, como o discutido nos autos, o Supremo apresentou importante norte para o intérprete, qual seja : **saber se a lei apresentou ou não regra de transição. E regra de transição foi justamente o que trouxe o artigo 91 da Lei das Estatais!**

95. **Diante disso, não se pode ignorar uma regra de transição expressa estabelecida pelo legislador justamente para proteger a segurança jurídica da Administração que julgará os administrados e destes próprios que terão a segurança de saber qual norma lhes será aplicada desde a celebração do contrato.**

96. Por outro lado, existem, ainda, precedentes da Procuradoria-Geral Federal a respeito do tema e que também defendem a irretroatividade automática da norma mais benéfica na seara administrativa. Com efeito, os Pareceres n. 00028/2015/DEPCONSUS/PGF/AGU (SEI 2436068, Processo nº Processo 00190.105933/2022-16) e n. 00113/2020/PFE-ANATEL/PGF/AGU (SEI 2436071, Processo nº 00190.105933/2022-16) defendem a inaplicabilidade do princípio da retroatividade da norma penal mais benéfica para a caracterização de infrações regulatórias no âmbito administrativo sancionador, com entendimento baseado na incidência do princípio do *tempus regit actum*. De acordo com os pareceristas, a aplicabilidade do art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal na instância administrativa se constitui como uma exceção ao comando do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República, o qual diz respeito às relações jurídicas na seara extrapenal, razão pela qual entendem que as normas devem incidir de forma geral e imediata aos fatos consumados em sua vigência (*tempus regit actum*). Quanto a isso, a Nota nº 1514/2022/COREP - ACESSO RESTRITO/COREP/CRG (SEI 2436088) apresentou uma síntese dos argumentos apresentados:

- (i) normas de exceção devem ser interpretadas restritivamente;
- (ii) o princípio da legalidade estrita implica que efeitos retroativos devem ser declarados expressamente na lei benéfica;
- (iii) o princípio da retroatividade benéfica foi formulado com base em preocupações humanitárias na aplicação da sanção penal;
- (iv) as penalidades administrativas repercutem, direta ou indiretamente, somente sobre a esfera patrimonial do infrator, o que não se equipara às privações ou restrições da liberdade dos delinquentes;
- (v) a infligência de punições sobre pessoas jurídicas não tem pertinência ao ideal humanista do direito penal;
- (vi) as sanções das agências reguladoras provêm do exercício do poder de polícia administrativa;
- (vii) as agências reguladoras instituem as regras de conduta por meio de atos infralegais para adequá-los à volatilidade do ambiente de negócios regulado, de tal modo que as alterações das normas não podem sujeitar-se à retroatividade sob pena de insegurança jurídica e esvaziamento do poder regulatório das entidades públicas. Por fim, os signatários arrolam julgamentos do STF, STJ e TRF/1 para demonstração da inaplicabilidade do princípio da retroatividade benéfica no âmbito do Código de Trânsito Brasileiro, do direito tributário e do direito ambiental.

97. Desse modo, é certo que o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador possuem finalidades e objetos jurídicos diferentes. Tal como defendido no Parecer n. 00028/2015/DEPCONSUS/PGF/AGU, a sanção penal envolve, via de regra, restrições graves aos direitos do indivíduo, especialmente à liberdade, a desencadearem evidentes preocupações humanitárias, ao passo que as sanções administrativas refletem, via de regra, sobre a esfera patrimonial do administrado. Nesse contexto, o Direito Administrativo Sancionador é permeado de peculiaridades, as quais devem guiar a sua interpretação, haja vista que:

"este ramo [Direito Administrativo Sancionador] é dotado de singularidades que buscam um 'equilíbrio fino' ('legitimação híbrida'), destacando: 1) as particularidades finalísticas e operacionais do DAS, atinentes à realização de objetivos de interesse público, sob enfoque prospectivo e conformativo, dissociado, como regra, de juízo de reprovação ético-social; 2) a instrumentalidade da sanção administrativa, que é compreendida como meio de gestão, e não fim em si mesmo. Instrumento de gestão e ferramenta institucional, governado por lógica de incentivos de conformidade, visando a efetividade dos objetivos de interesse público; 3) o componente funcional, que, segundo Voronoff, se desdobra no elemento funcional estático (órgão ou ente da Administração) e elemento funcional dinâmico (exigências impostas ao modus operandi da Administração)."

98. Portanto, entendo que o Direito Administrativo Sancionador possui uma disciplina própria, e, embora o Direito Penal possa fornecer certos instrumentos ao poder administrativo disciplinar e sancionador, o arcabouço principiológico do Direito Penal não pode ser transposto de forma automatizada ao Direito Administrativo Sancionador, o qual é amparado por um conjunto principiológico próprio.

99. Justamente nesse sentido, entendo que não é possível a aplicação automática do princípio da retroatividade da norma penal mais benéfica, uma vez que, conforme o art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, tal princípio é aplicado, em regra, ao Direito Penal, em razão do termo "lei penal" constante do seu texto. Caso contrário, estar-se-ia aplicando norma constitucional de forma analógica, sem se levar em consideração o caso concreto, os negócios jurídicos celebrados, as normas infraconstitucionais que preveem regras de transição etc. Isso faria com que essa aplicação automática e analógica da retroação da norma mais benéfica violasse outras garantias constitucionais, como o ato jurídico perfeito, bem como princípios gerais do direito como a segurança jurídica.

100. Observa-se, nesse sentido, que a primeira parte do art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal estabelece a teoria da irretroatividade da norma jurídica, originada do princípio da segurança jurídica, relacionado ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, estes últimos dispostos no art. 5º, inciso XXXVI, da CRFB/1988. A segunda parte do artigo supramencionado, por sua vez, excepciona os princípios da irretroatividade e da segurança jurídica tão somente no âmbito normativo do Direito Penal, tendo em vista que a ressalva –*salvo para beneficiar o réu*– está diretamente relacionada com a parte anterior –*a lei penal não retroagirá*.

101. Em vista disso, tal como sustentado nos Pareceres n. 00028/2015/DEPCONSU/PGF/AGU e n. 00113/2020/PFE-ANATEL/PGF/AGU, de acordo com as técnicas de hermenêutica jurídica, a norma de exceção deve ser interpretada restritivamente. Dessa forma, a ampliação da norma de exceção prevista na segunda parte do art. 5º, inciso XL, da CRFB/1988 para toda e qualquer norma sancionadora mais benéfica, como a do Direito Administrativo Sancionador, gera circunstâncias incompatíveis com o próprio texto constitucional, bem como viola a segurança jurídica, disposta no art. 5º, inciso XXXVI, da CRFB/1988. Por isso, tal aplicação em analogia deve ser feita de forma bastante criteriosa.

102. Os primados da segurança jurídica, da proteção ao ato jurídico perfeito, do *tempus regit actum*, e o regime jurídico especial dos contratos celebrados pela Administração Pública fazem prevalecer o entendimento no sentido de que os instrumentos contratuais regem-se pelas disposições que lhe são próprias, vigentes ao tempo de sua celebração, e cuja disciplina é inspirada e legitimada pelo preceito da supremacia do interesse público em relação às aspirações particulares, não havendo, portanto, e à míngua de expressa previsão legal em sentido diverso, respaldo jurídico para incidência de diploma legal superveniente, nem tampouco para se invocar garantias próprias do Direito Penal que neguem a aplicação das cláusulas e condições legalmente pactuadas entre a Administração e o particular contratado.

103. A Administração Pública, por seus atos e contratos administrativos, visa a execução de programas governamentais e de políticas públicas que se voltam necessariamente para a consecução do interesse público, para a persecução e concretização dos valores axiológicos, das garantias, das liberdades e dos bens jurídicos consagrados e protegidos pela Constituição Federal, desta maneira, para alcançar os seus objetivos institucionais a Administração realiza licitações e contratações públicas para consecução de obras, serviços, compras, e alienações, conforme preconiza o inciso XXI do art. 37 da Carta.

104. Em regra, os contratos administrativos devem ser precedidos de licitação, cujo processamento se destina para a obtenção da proposta que melhor resguarde o alcance do interesse público, mediante condições públicas e isonômicas de concorrência entre os potenciais interessados, sendo defeso exigir-se requisitos de habilitação que não guardem pertinência com o objeto perseguido, garantida a preservação da equação econômico-financeira da proposta contratada.

105. Justamente por visar a consecução de interesse público, o regime jurídico dos contratos administrativos é formado por preceitos especiais, notadamente as denominadas "*cláusulas exorbitantes ao direito comum*", que não são aplicáveis aos contratos em geral celebrados no âmbito do Direito Privado, e essas especificidades legais se revelam juridicamente incompatíveis na espécie com a incidência do preceito do Direito Penal que determina a aplicação retroativa da norma superveniente mais benéfica em favor do réu. Por conseguinte, admite-se a aplicação da declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública no âmbito dos contratos regidos pela Lei nº 8.666, de 1993, celebrados pelas estatais antes da vigência da Lei nº 13.303, de 2016, como também naqueles contratos celebrados no curso do prazo de adaptação de vinte e quatro meses a que se refere o *caput* do seu art. 91, independentemente da data de instauração do processo de responsabilização, observada, evidentemente, a prescrição.

106. As licitações e contratos celebrados sob o regime jurídico da Lei nº 8.666, de 1993, são regidos, dentre outros, pelo preceito da vinculação ao instrumento convocatório. Na forma do referido axioma, tanto a Administração quanto o contratado estão obrigatória e estritamente vinculados aos termos do edital e do contrato, que corresponde a um anexo do edital (art. 40, § 2º, inciso III, da Lei nº 8.666, de 1993), de forma que, a bem da segurança jurídica, não há amparo legal para o descumprimento das condições estabelecidas.

107. O preceito da vinculação ao instrumento convocatório é previsto no *caput* art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993, como um dos princípios basilares e fundamentais que conformam o regime jurídico de Direito Público das licitações e contratos administrativos, ao lado da isonomia, da obtenção da melhor proposta, da publicidade, da proibidade administrativa, dentre outros:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

...

Art. 4º Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

Parágrafo único. O procedimento licitatório previsto nesta lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública

Outras disposições esparsas na Lei nº 8.666, de 1993, confirmam e disciplinam a incidência do preceito da vinculação ao instrumento convocatório, como o seu art. 41, e o inciso XI do seu art. 55, abaixo reproduzidos em sua literalidade, os quais corroboram que a Administração, além de comprometer-se a cumprir o edital, também se sujeita a controle social em caso de sua violação, e a empresa contratada também não poderá inadimplir as disposições editalícias e as cláusulas contratuais celebradas:

Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

...

§ 2º Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante:

...

III - a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor

...

*Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha **estritamente** vinculada.*

§ 1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113.

...

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

...

XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexistiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;

...

108. A estrita vinculação ao instrumento convocatório, na forma da lei, representa a consagração do preceito da segurança jurídica, que milita em favor da Administração, do contratado, dos licitantes e da sociedade, e consagra a previsibilidade do regime contratual, revelando com clareza, objetividade e estabilidade as obrigações das partes e as consequências em caso de inadimplemento, e, assim, confere segurança jurídica e financeira para a realização dos investimentos e das despesas públicas e privadas.

109. Representa, pois, uma garantia para a Administração e para os administrados, pois a todos cabe fielmente observar as disposições editalícias, conferindo previsibilidade e segurança para o mercado do setor relacionado ao objeto perseguido e à própria Administração, uma vez que os envolvidos devem respeitar as disposições que foram estabelecidas no instrumento convocatório e no termo contratual, tudo sem comprometer a eficiência e nem impedir eventuais alterações ou correções de falhas ou nulidades, visto que seus limites e condições também estão predefinidos na legislação, como se observa por exemplo do art. 21, § 4º e do art. 65, todos da Lei nº 8.666, de 1993.

110. Em regra, portanto, em atenção ao preceito fundamental da vinculação ao instrumento convocatório, uma legislação superveniente, ressalvada expressa previsão legal em sentido diverso, não pode violar, comprometer, ou alterar a forma de incidência de cláusulas contratuais que foram legalmente pactuadas sob o regime da Lei nº 8.666, de 1993, incluindo evidentemente as sanções previstas no edital, no contrato ou demais anexos, as quais, inclusive, consubstanciam um dos preceitos do regime jurídico de Direito Público relacionado às “cláusulas exorbitantes ao direito comum”, de que cuida o art. 58, inciso IV, da Lei nº 8.666, de 1993, e conformam a estabilidade jurídica que perfaz a essência do preceito da segurança, da proteção ao ato jurídico perfeito e do brocardo do *tempus regit actum*.

Lei nº 8.666, de 1993

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

...

IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

...

111. Entender de forma diversa representaria o império da imprevisibilidade jurídica, o que comprometeria sobremaneira um dos principais objetivos das licitações que é a obtenção da proposta mais vantajosa para a consecução do interesse público perseguido pelo objeto a ser contratado, uma vez que as incertezas possuem potencial para incrementar os custos das contratações. Desta maneira, considerando que o preceito da vinculação ao instrumento convocatório incide de forma idêntica para a garantia da Administração e dos administrados, incluindo, evidentemente, os contratados, revela-se incompatível com o regime jurídico dos

contratos da Lei nº 8.666, de 1993, a invocação da garantia de ordem penal da retroatividade de norma ulterior mais benéfica para negar incidência de cláusula contratual ou previsão editalícia legalmente estabelecida em conformidade com a legislação vigente ao tempo da celebração do contrato.

112. Corrobora o entendimento ora adotado o disposto no art. 121 da Lei nº 8.666, de 1993, e sua exegese histórica. Em sua redação original, abaixo reproduzida e tachada, era expressamente prevista a impossibilidade jurídica da aplicação da Lei nº 8.666, de 1993, às licitações instauradas e aos contratos celebrados sob a égide do regime anterior. Posteriormente, a Lei nº 8.883, de 1994, conferiu nova redação ao referenciado dispositivo legal para confirmar a regra da irretroatividade do novo regime, admitindo-se, não obstante e por expressa determinação legal, a incidência de específicas disposições do então novo regime legal aos contratos pretéritos, relacionadas à duração dos contratos, à alteração, à rescisão e à ordem cronológica de pagamentos:

Lei nº 8.666, de 1993

Art. 121. O disposto nesta lei não se aplica às licitações instauradas e aos contratos assinados anteriormente à sua vigência.

Art. 121. O disposto nesta Lei não se aplica às licitações instauradas e aos contratos assinados anteriormente à sua vigência, ressalvado o disposto no art. 57, nos parágrafos 1º, 2º e 8º do art. 65, no inciso XV do art. 78, bem assim o disposto no "caput" do art. 5º, com relação ao pagamento das obrigações na ordem cronológica, podendo esta ser observada, no prazo de noventa dias contados da vigência desta Lei, separadamente para as obrigações relativas aos contratos regidos por legislação anterior à Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. [\[Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994\]](#)

O art. 91, § 3º, da Lei nº 13.303, de 2016, é absolutamente silente quanto à possibilidade jurídica da aplicação do atual regime legal no âmbito dos contratos celebrados sob a égide da Lei nº 8.666, de 1993, sendo que eventual incidência, se pretendida pelo legislador ordinário, deveria ser explícita, a exemplo do se infere da exegese histórica do disposto no art. 121 da Lei nº 8.666, de 1993, o que confirma na espécie a aplicação do basilar axioma da vinculação ao instrumento convocatório e, assim, faz prevalecer o entendimento no sentido de que a aplicação da sanção de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública remanesce aplicável para os contratos celebrados pelas estatais sob o regime jurídico da Lei nº 8.666, de 1993, incluindo aqueles celebrados antes da vigência da Lei nº 13.303, de 2016, e aqueles celebrados no decorrer do prazo de adaptação de vinte e quatro meses a que se refere o caput do seu art. 91, independentemente da data da instauração do processo de responsabilização correspondente, observada a prescrição.

113. Sendo assim, com base no arcabouço teórico construído acima e partindo para a análise do caso concreto, entendo que, no âmbito dos Processos Administrativos de Responsabilização de Empresa, para os contratos celebrados de acordo com o regime anterior ao da Lei nº 13.303/2016, vigoram as as disposições da lei vigente à época de tais fatos (princípio do *tempus regit actum*), qual seja, a Lei nº 8.666/1993, sendo possível, portanto, a aplicação da penalidade de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública prevista no art. 87, inciso IV, desta lei.

114. Por outro lado, para os fatos ocorridos sob a égide de contratos celebrados a partir do início do regime de que trata a Lei nº 13.303/2016, não é possível a aplicação da penalidade de declaração de inidoneidade por duas razões principais: esta lei (a) não previu a possibilidade de tal penalidade e (b) excluiu a incidência subsidiária da Lei nº 8.666/1993, nos termos do seu art. 68.

115. Desse modo, apesar de a Lei nº 13.303/2016 ser mais favorável no que se refere à impossibilidade de aplicação da pena de inidoneidade às pessoas jurídicas que perpetraram infrações, ela não deve retroagir para os fatos ocorridos sob a égide de contratos celebrados anteriormente à sua vigência. Nesse caso, deve ser respeitada a regra de transição do parágrafo 3º, do artigo 91 da Lei das Estatais. Ou seja, "Permanecem regidos pela legislação anterior procedimentos licitatórios e contratos iniciados ou celebrados até o final do prazo previsto no caput.". Assim, até 24 meses após a vigência da Lei das Estatais, os contratos celebrados devem ser regidos pela legislação anterior, qual seja, o regime estabelecida pela Lei nº 8.666, de 1993.

II.4. Da Impossibilidade de se Atenuar a Pena de Inidoneidade com Base em Programa de Integridade

116. A Lei nº. 12.846, de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, materializou a lógica do ordenamento jurídico brasileiro centrado na responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas que cometam atos contra a administração pública. O diploma legal traz em seu art. 5º um rol de atos considerados lesivos à administração pública:

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:

I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

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;

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;

b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;

c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;

d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;

e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;

- f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou
- g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;
- V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

117. Na esfera da responsabilização administrativa, as pessoas jurídicas que tenham praticado ato lesivo, nos termos da Lei nº 12.846, de 2013, estão sujeitas às sanções de **multa** e de **publicação extraordinária da decisão condenatória**, de forma isolada ou cumulativa, conforme preconiza o art. 6º da referida Lei:

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.**

§ 1º As **sanções serão aplicadas fundamentadamente, isolada ou cumulativamente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações.**

§ 2º A aplicação das sanções previstas neste artigo será precedida da manifestação jurídica elaborada pela Advocacia Pública ou pelo órgão de assistência jurídica, ou equivalente, do ente público.

§ 3º A aplicação das sanções previstas neste artigo não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado.

§ 4º Na hipótese do inciso I do caput, caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, a multa será de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais).

§ 5º A publicação extraordinária da decisão condenatória ocorrerá na forma de extrato de sentença, a expensas da pessoa jurídica, em meios 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, bem como por meio de afixação de edital, pelo prazo mínimo de 30 (trinta) dias, no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, de modo visível ao público, e no sítio eletrônico na rede mundial de computadores.

118. Para nortear a escolha das sanções aplicáveis supra, a autoridade competente considerará as peculiaridades do caso concreto, bem como a gravidade e natureza das infrações. Além disso, o art. 7º da Lei nº 12.846, de 2013, pontuou circunstâncias fático-jurídicas para valoração das penalidades administrativas previstas no art. 6º do mesmo diploma legal, notadamente o quantum relativo à multa, observado o piso da vantagem auferida, quando estimável, e o intervalo percentual de 0,1% a 20% (do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos) ou o intervalo nominal de seis mil a sessenta milhões de reais (na impossibilidade de adoção do critério de faturamento bruto).

119. Um das circunstâncias fático-jurídicas levadas em consideração na aplicação das sanções previstas no capítulo diz respeito à existência, no âmbito da pessoa jurídica, de mecanismos e procedimentos internos de integridade, em conformidade com os parâmetros de avaliação estabelecidos em regulamento do Poder Executivo federal, mais especificamente no Decreto nº 11.129, de 11 de julho de 2022.

120. **A integridade, portanto, é utilizada como métrica para diminuição do quantum sancionatório relativo à multa, aplicável nos termos do art. 6º, inciso I da Lei nº 12.846, de 2013, ou seja, enquanto instrumento de dosimetria.** Vejamos:

Lei nº. 12.846, de 2013

Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções:

I - a gravidade da infração;

II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

III - a consumação ou não da infração;

IV - o grau de lesão ou perigo de lesão;

V - o efeito negativo produzido pela infração;

VI - a situação econômica do infrator;

VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações;

VIII - a **existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades** e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;

IX - o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados; e

X - (VETADO).

Parágrafo único. Os **parâmetros de avaliação** de mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII do caput serão estabelecidos em **regulamento do Poder Executivo federal**.

121. Cabe ressaltar que a existência de programa de integridade dentro dos critérios estabelecidos no Decreto nº 11.129, de 2022, no âmbito do microsistema sancionatório-administrativo de responsabilização das pessoas jurídicas estabelecido na Lei nº 12.846, de 2013, **deve ser utilizada para ponderar exclusivamente a pena de multa e, reflexamente, a de publicação extraordinária da decisão condenatória, previstas no art. 6º, incisos I e II da referida Lei.** Portanto, da mesma forma que não há de se falar em aplicação de sanção retroativa, não há lastro legal para aplicar a sistemática de dosimetria, elemento acessório de tais penas, a fatos ocorridos anteriormente a entrada em vigor da Lei nº 12.846, de 2013.

122. Esse entendimento segue chancelado pelo Parecer nº 00086/2023/CONJUR-CGU/CGU/AGU, aprovado pelo Despacho nº 00118/2023/CONJUR-CGU/CGU/AGU e pelo Despacho nº 00045/2023/CONJUR-CGU/CGU/AGU (NUP

“38. No mesmo sentido, entendemos que, como os fatos em questão são anteriores à entrada em vigor da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, não se aplica ao presente caso a atenuante relativa mencionado Programa de Integridade, ou seja, **esse benefício é restrito às penalidades de multa e de publicação extraordinária da decisão condenatória.**”

123. Embora haja alguns pontos de intersecção, o microsistema sancionatório-administrativo previsto na Lei nº 12.846, de 2013, não se confunde com o subsistema sancionatório-administrativo previsto para ilícitos alcançados pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ou de outras normas de licitações e contratos da administração pública. A independência da aplicação de penas relativas aos respectivos subsistemas está expressa no art. 30 da Lei nº 12.846, de 2013:

“Art. 30. A aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de:

I - ato de improbidade administrativa nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 ; e

II - atos ilícitos alcançados pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ou outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no tocante ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC instituído pela Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.”

124. As sanções administrativas aplicáveis sob a égide da Lei nº 8.666, de 1993, estão previstas no seu art. 87, relacionadas a execução total ou parcial do contrato, estendendo a possibilidade de aplicação das penas de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, bem como de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar nas situações mencionadas no art. 88 do mesmo diploma legal. Transcreve-se:

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a **Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:**

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - 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.

§ 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente.

§ 2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação. [\(Vide art 109 inciso III\)](#)

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:

I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

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.

125. Em se tratando de aplicação de cláusula editalícia ou contratual de natureza sancionatória, deve-se aplicar o princípio do *tempus regit actum* e da segurança jurídica, portanto à luz do subsistema sancionatório vigente à época da conduta lesiva praticada, não havendo de se falar em aplicação retroativa de norma ulterior mais benéfica ao réu, notadamente em face das regras de vinculação ao instrumento convocatório, da prerrogativa estatal de aplicar unilateralmente sanções em sede de contratos, da aplicação das cláusulas e preceitos de direito público e da incidência supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos e das disposições de direito privado.

126. Esta é razão de ser da conclusão do PARECER n. 00005/2023/CGGP/DECOR/CGU/AGU, aprovado pelo Consultor-Geral da União (NUP 00190.105155/2022-65), que afasta a aplicação retroativa de norma mais benéfica inclusive em face da superveniência da Lei nº 13.303, de 2016, a qual não prevê a sanção de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública no regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista. Transcreve-se a ementa do referido parecer:

DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATOS CELEBRADOS POR EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. SANÇÕES. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR OU CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SUPERVENIÊNCIA DA LEI N. 13.303, DE 2016. IRRETROATIVIDADE. APLICAÇÃO DO REGIME JURÍDICO VIGENTE AO TEMPO DA CELEBRAÇÃO DO CONTRATO. ATO JURÍDICO PERFEITO. SEGURANÇA JURÍDICA. VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO.

D) A superveniência da Lei nº 13.303, de 2016, que não prevê a sanção de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública no regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista, não representa empecilho para aplicação da referenciada penalidade (art. 87, inciso IV, da Lei nº 8.666, de

1993) em sede de contratos celebrados antes da vigência da Lei nº 13.303, de 2016, ou no curso do prazo de até vinte e quatro meses de adaptação a que se refere o *caput* do seu art. 91, independentemente da data da instauração do processo de responsabilização, observada a prescrição.

II) A vinculação ao instrumento convocatório (arts. 3º, 41, 55, XI da Lei nº 8.666, de 1993); a cláusula exorbitante ao direito comum relacionada à prerrogativa estatal de aplicar unilateralmente sanções em sede de contratos (art. 58, inciso IV, da Lei nº 8.666, de 1993); a aplicação das cláusulas e preceitos de direito público e a incidência supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos e das disposições de direito privado (art. 54 da Lei nº 8.666, de 1993); e a supremacia do interesse público em face das aspirações particulares; não autorizam a aplicação da garantia de índole penal, relacionada à aplicação retroativa de norma ulterior mais benéfica ao réu, que negue aplicação de cláusula editalícia ou contratual de natureza sancionatória, regularmente estabelecida conforme legislação vigente ao tempo da celebração do contrato.

III) A interpretação sistemática do § 3º do art. 91 da Lei das Estatais, combinada com exegese da evolução histórica do art. 121 da Lei nº 8.666, de 1993; a segurança jurídica; a proteção ao ato jurídico perfeito; e o brocardo do *tempus regit actum*; determinam que, ante a ausência de previsão legal expressa em sentido diverso, prevaleça o entendimento que resguarda a estabilidade das relações contratuais regularmente constituídas antes da incidência do atual marco legal de regência das licitações e contratações das empresas públicas e sociedades de economia mista, assim, mesmo com a superveniência da Lei nº 13.303, de 2016, admite-se a aplicação da penalidade de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, estabelecida nos contratos celebrados sob império da Lei nº 8.666, de 1993, observadas as prescrições editalícias correspondentes.

127. É cediço que a Lei nº 12.846, de 2013, também influenciou significativamente a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, denominada Lei de Licitações e Contratos Administrativos, ao ponto de trazer para o campo das infrações administrativas cometidas no âmbito de licitações e contratos administrativos o rol de atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013. Nessa linha, assim dispôs o art. 155 da Lei nº 14.133, de 2021:

Art. 155. O licitante ou o contratado será responsabilizado administrativamente pelas seguintes infrações:

I - dar causa à inexecução parcial do contrato;

II - dar causa à inexecução parcial do contrato que cause grave dano à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo;

III - dar causa à inexecução total do contrato;

IV - deixar de entregar a documentação exigida para o certame;

V - não manter a proposta, salvo em decorrência de fato superveniente devidamente justificado;

VI - não celebrar o contrato ou não entregar a documentação exigida para a contratação, quando convocado dentro do prazo de validade de sua proposta;

VII - ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado;

VIII - apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato;

IX - fraudar a licitação ou praticar ato fraudulento na execução do contrato;

X - comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude de qualquer natureza;

XI - praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação

XII - praticar ato lesivo previsto no [art. 5º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013](#).

128. Na mesma toada, mais especificamente no campo do direito administrativo sancionador, o art. 156, *caput*, da Lei nº 14.133, de 2021, colaciona as modalidades de sanções administrativas, ao passo em que seu §1º traz as circunstâncias fático-jurídicas que devem ser consideradas por ocasião da discricionariedade de aplicação, dentro das hipóteses legais estritas possíveis, ou de suas respectivas dosimetrias, quando metrificáveis. Vejamos:

Art. 156. Serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas previstas nesta Lei as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa;

III - impedimento de licitar e contratar;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar.

§ 1º Na aplicação das sanções serão considerados:

I - a natureza e a gravidade da infração cometida;

II - as peculiaridades do caso concreto;

III - as circunstâncias agravantes ou atenuantes;

IV - os danos que dela provierem para a Administração Pública;

V - a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle.

129. Pois bem, a penalidade de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar, prevista no inciso IV, *caput*, do art. 156 da Lei nº 14.133, de 2021, deve ser obrigatoriamente aplicada quando o responsável pela infração administrativa haja incorrido nas condutas do inciso **XI** (“praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação”) do *caput* do art. 155 da mesma Lei. Nestas hipóteses, o responsável pela infração administrativa fica impedido 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.

130. Portanto, nos termos do atual diploma legal, a sanção administrativa de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar, prevista no inciso IV, *caput*, do art. 156 da Lei nº 14.133, de 2021, deve ser obrigatoriamente aplicada quando o responsável pela infração administrativa haja incorrido nas condutas dos incisos VIII a XII do *caput* do art. 155 da mesma Lei, não havendo margem de discricionariedade para a Administração Pública imputar sanção mais branda.

131. Trata-se da exegese do § 5º do art. 156 da Lei nº 14.133, de 2021, de modo que as circunstâncias fático-jurídicas

eventualmente favoráveis à pessoa jurídica, constantes do § 1º do mesmo dispositivo, dentre as quais se inclui a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade, não possui o condão de afastar a aplicação da sanção de declaração de inidoneidade. Nestes casos, a integridade funciona apenas como um dos elementos de parâmetro para a dosimetria da pena de declaração de inidoneidade, que pode variar de de 3 (três) anos a 6 (seis) anos.

132. Trata-se do mesmo raciocínio jurídico exposto na Súmula nº 650, do Superior Tribunal de Justiça, com a devida adaptação, segundo o qual a autoridade administrativa não possui qualquer margem de discricionariedade na aplicação da pena que se encontra informada pelo princípio da legalidade estrita, sendo-lhe vedado aplicar sanção diversa. Transcreve-se o teor da súmula:

A autoridade administrativa não dispõe de discricionariedade para aplicar ao servidor pena diversa de demissão quando caracterizadas as hipóteses previstas no art. 132 da Lei nº 8.112/90.

133. Em síntese, não há que se falar que a legislação atual teria trazido ao ordenamento jurídico situação mais favorável à empresa que frustrou os objetivos da licitação, especificamente no que diz respeito à aplicação da inidoneidade.

134. Situação diversa, entretanto, ocorre na vigência e aplicação de Lei nº. 8.666/93, que prevê, no art. 88, que a sanção de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração e a sanção de inidoneidade podem, as duas, serem aplicadas em situações de prática de atos ilícitos com o objetivo de frustrar os objetivos da licitação ou mesmo para empresas que não possuem idoneidade para contratar com a Administração e virtude de atos ilícitos praticados.

135. No caso dos autos a Comissão Processante e a r. decisão proferida pelo Excelentíssimo Ministro fizeram a opção pela aplicação da penalidade de inidoneidade. O tópico a seguir revisitará os elementos probatórios da conduta, oportunidade em que poderá igualmente ser verificada a adequação da penalidade aplicada.

II.5. Da Força Probatória de Acordos de Leniência ou de Colaboração Premiada

136. O Termo de Indiciação (Sei nº. 1638078) demonstra que a narrativa **inicial** dos atos investigados neste processo decorre, essencialmente, de acordos de leniência firmados no Cade e por colaborações firmadas por prepostos da Construtora Norberto Odebrecht e de executivos da Andrade Gutierrez e Camargo Corrêa junto ao MPF. Neste ponto a empresa afirma que sua condenação não pode se dar essencialmente com base em tais elementos.

137. Cabe, então, neste tópico, revisarmos o valor probatório de tais colaborações para, em seguida, verificarmos se os elementos probatórios constantes nos autos poderiam sustentar eventual condenação.

138. A colaboração premiada é disciplinada entre os artigos 4º e 7º da Lei nº 12.850/13, e consiste na possibilidade de que dispõe o autor do delito de obter o perdão judicial e a redução da pena (ou sua substituição), desde que, de forma eficaz e voluntária, auxilie na obtenção dos resultados previstos em lei. A lei nº. 12.529/2011, a partir do seu art. 86, traz semelhante disposição quanto aos autos abarcados pela norma. Passaremos a nos referir aos dois instrumentos, leniência e colaboração premiada, como espécies da colaboração, que a partir daqui utilizaremos de forma genérica.

139. O que se extrai dos dispositivos legais que tratam da colaboração é que ambos os institutos se revestem de instrumentos pelos quais o agente colaborador, visando à obtenção de benefícios elencados na norma, contribui para a elucidação das infração investigada.

140. A força probante da colaboração, no entanto, é expressamente relativizada quando observado o disposto no §16 do art. 4º, da Lei nº. 12.850/2011, ao prever:

§ 16. Nenhuma das seguintes medidas será decretada ou proferida com fundamento apenas nas declarações do colaborador:

I - medidas cautelares reais ou pessoais;

II - recebimento de denúncia ou queixa-crime;

III - sentença condenatória.

141. A relativização da colaboração, em especial em relação a fatos que imputem responsabilidade a terceiros, parece corroborar com a leitura já feita pelo Superior Tribunal de Justiça a respeito do valor da própria confissão, que igualmente não se reveste de um caráter absoluto. Assim como a colaboração, a confissão deve ser analisada dentro do conjunto probatório em que está inserida, sopesando seu valor frente aos demais elementos probantes.

“Recurso em Habeas Corpus recebido como Habeas Corpus. Princípio do livre convencimento motivado do Juiz. Valoração de provas. Confissão. (...) 3. Vige em nosso sistema o princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, segundo o qual compete ao Juiz da causa valorar com ampla liberdade os elementos de prova constantes dos autos, desde que o faça motivadamente, com o que se permite a aferição dos parâmetros de legalidade e de razoabilidade adotados nessa operação intelectual. Não vigora mais entre nós o sistema das provas tarifadas, segundo o qual o legislador estabelecia previamente o valor, a força probante de cada meio de prova.

4. Tem-se, assim, que a confissão do réu, quando desarmonizada com as demais provas do processo, deve ser valorada com reservas. Inteligência do artigo 197 do Código de Processo Penal.

5. A sentença absolutória de 1º grau apontou motivos robustos para pôr em dúvida a autoria do delito. Malgrado a confissão havida, as demais provas dos autos sustentam, quando menos, a aplicação do princípio do favor rei. 6. Habeas corpus concedido.”

(STF, RECURSO EM HABEAS CORPUS- RHC 91691, Relator Min. MENEZES DIREITO, v.u., 1ª Turma, 19.02.2008)

142. Pierpaolo Cruz Bottini e Luciano Feldens vão além. Para os autores, “*evidente que a delação premiada – por si – não é suficiente para uma acusação formal contra alguém, e que sua instituição não transforma as autoridades policiais em meros espectadores de denúncias alheias. Trazidas as informações, por meio de pessoa identificada, o Estado tem o dever de averiguar sua credibilidade, seus fundamentos, para evitar que rixas e inimizades pessoais ou comerciais se transformem em perseguições sem fundamento, como danos irreparáveis à imagem dos envolvidos. Mas isso não desmerece o instituto, cujo êxito é percebido a cada crime desbaratado pelo arrependimento – real ou estratégico – de um dos integrantes da empreitada criminosa. Enfim, a substituição de uma política simbólica, baseada no aumento de penas, por uma política eficaz, fundada na gestão da informação, dentro dos parâmetros legais e constitucionais que cercam a atividade estatal, parece a resposta mais adequada à criminalidade organizada*”. (<https://www.conjur.com.br/2013-nov-05/direito-defesa-forma-inteligente-controlar-crime-organizado>).

143. Com base nesse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso em *habeas corpus* [RHC 98.062/PR](#), julgado em 15/04/2019, para trancar ação penal ajuizada com lastro exclusivo em colaboração premiada promovida por um dos agentes. O ministro Rogério Schietti Cruz fez as seguintes ponderações:

“sendo a colaboração mero meio de obtenção de prova, forçoso constatar que o termo do acordo de colaboração premiada – ao consignar que ‘o declarante [colaborador] soube desse acordo [pagamento de vantagem indevida pelo peticionante ao fiscal Divaldo de Andrade] porque à época o empresário ficou muito descontente e chegou a comentar para algumas pessoas na Receita que tinha feito esse acordo’ – não tem como atribuir ao peticionário, pessoa física que atua como contador da empresa, responsabilidade penal decorrente, exclusivamente, de testemunho indireto (por ouvir dizer) como prova idônea, de per si, para imputar ao peticionário a prática de corrupção ativa”.

(STJ - RHC: 98062 PR 2018/0108331-7, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Publicação: DJ 18/05/2018)

144. Em verdade, não se trata de um entendimento isolado:

"OPERAÇÃO LAVA-JATO". HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA. DEPOIMENTO DO COLABORADOR. REGISTRO AUDIOVISUAL. LEI N.º 12.850/2013. ART. 4.º, § 13. REDAÇÃO ORIGINAL. NÃO OBRIGATORIEDADE. COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL. MLAT ESTADOS UNIDOS. SUPERVISÃO DAS AUTORIDADES DE ESTADO AMERICANAS. DISPENSA DE GRAVAÇÃO. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. A impetração de habeas corpus destina-se a corrigir eventual ilegalidade praticada no curso do processo, sobretudo quando houver risco ao direito de ir e vir do investigado ou réu. Significa dizer que o seu manejo, a fim de discutir questões processuais, deve ser resguardado para situações excepcionais, quando houver flagrante ilegalidade e que afete sobremaneira a ampla defesa.

2. Enquanto o acordo de colaboração é meio de obtenção de prova, os depoimentos propriamente ditos do colaborador constituem meio de prova, que somente se mostrarão hábeis à formação do convencimento judicial se vierem a ser corroborados por outros meios idôneos de prova. 3. O artigo 4º, § 16, da Lei nº 12.850/13 estabelece que nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.

(...)

(TRF-4 - HC: 50027688720224040000 5002768-87.2022.4.04.0000, Relator: JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, Data de Julgamento: 29/06/2022, OITAVA TURMA)

Ementa: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIMES DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA, CORRUPÇÃO PASSIVA E LAVAGEM DE CAPITAIS (ARTIGOS 288 E 317, § 1º, AMBOS DO CÓDIGO PENAL; E ARTIGO 1º DA LEI 9.613/1998). MEDIDAS DE BUSCA E APREENSÃO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. ORIGEM EM COLABORAÇÃO PREMIADA CONTRÁRIA À LEI. ALEGAÇÃO DE ILICITUDE DA PROVA, POR DERIVAÇÃO. PEDIDO DE DESENTRANHAMENTO DE TODOS OS ELEMENTOS INDICIÁRIOS PRODUZIDOS NA COLABORAÇÃO PREMIADA E DAS DEMAIS PROVAS DERIVADAS, COM O RETORNO DO FEITO AO STATUS QUO ANTE. INOCORRÊNCIA DAS ILICITUDES ALEGADAS. ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA VALIDAMENTE CELEBRADO. INSUBSISTÊNCIA DA TESE ALUSIVA À LIMITAÇÃO DO OBJETO DA DELAÇÃO AOS CRIMES DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA OU PRATICADOS NO SEU CONTEXTO. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA NO DIREITO BRASILEIRO. DO DIREITO PREMIAL À JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL. LICITUDE ATRELADA À VOLUNTARIEDADE DAS PARTES E À COMPETÊNCIA DOS ÓRGÃOS ATUANTES. NARRATIVA DE CRIMES NÃO RELACIONADOS AOS QUE DERAM ORIGEM ÀS TRATATIVAS DA COLABORAÇÃO. ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS. APROVEITAMENTO. PRECEDENTES. VALIDADE DA MEDIDA DE BUSCA E APREENSÃO. INSUFICIÊNCIA DA TESE DEFENSIVA DE PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO. MEDIDAS DE INSTRUÇÃO FUNDADAS EM ELEMENTOS COLIGIDOS, TAMBÉM, EM PROCEDIMENTO DE INVESTIGAÇÃO DIVERSO DA PRÓPRIA COLABORAÇÃO. FONTE AUTÔNOMA. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS DESPROVIDO.

1. O Acordo de Colaboração Premiada revela dupla função: (1) de negócio jurídico processual, entre órgão de persecução penal e colaborador, prevendo direitos e deveres a serem observados pelas partes, excluída a intervenção de terceiros, e (2) de meio de obtenção de prova, fornecendo informações de crimes praticados pelo Delator em concurso de agentes, mediante apresentação de elementos de corroboração dos fatos criminosos narrados, com repercussão na esfera jurídica dos Delatados.

2. (a) A Delação constitui meio de obtenção de prova da prática de crimes em geral, presente em nosso ordenamento “desde o tempo das Ordenações” (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A homologação e a sentença na colaboração premiada na ótica do STF. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coord.). Colaboração premiada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 184). (b) A Delação, diferentemente do Acordo de Colaboração Premiada, independe de qualquer ato formalizador das declarações. Informantes e delatores prestam informações às autoridades de persecução penal e podem fornecer elementos de corroboração, os quais, uma vez coligidos lícitamente, virão a instruir autos de investigação dos fatos criminosos delatados. (c) O Acordo

de Colaboração Premiada é, atualmente, apenas um dos instrumentos através dos quais a Delação de crimes - praticados ou não pelo próprio delator - chega ao conhecimento das autoridades de persecução penal. (d) Inexistindo ilicitude na tomada das declarações do Delator, o Acordo de Colaboração Premiada também será meio válido de obtenção de prova da prática de qualquer crime de ação penal pública. (e) A Delação, independentemente de estar encartada em autos de Acordo de Colaboração Premiada, constitui meio de obtenção de prova válida, desde que fornecidos voluntariamente pelo Delator as informações e os elementos de corroboração da prática de delitos de ação penal pública.

(...)

(h) Deveras, não se pode descartar a possibilidade de o Colaborador fornecer informações acerca de fatos criminosos praticados exclusivamente terceiros, sem sua participação ou coautoria. Nesta hipótese, também será válido o uso das informações e dos elementos de corroboração em futuras investigações, mediante diligências complementares, classificando-se a Colaboração, neste caso, como "comunicação de crime" (notitia criminis), e o Colaborador como testemunha-informante. Doutrina.

(...)

8. (a) A Lei 12.850/2013 proíbe a decretação de medidas cautelares pessoais (prisão processual e outras medidas cautelares alternativas) e de medidas cautelares reais (mandado de busca e apreensão, mandado de arresto e sequestro de bens) com fundamento exclusivamente nas declarações do Colaborador (§ 16. Nenhuma das seguintes medidas será decretada ou proferida com fundamento apenas nas declarações do colaborador: I - medidas cautelares reais ou pessoais). (b) Diversamente das duas hipóteses legais de vedação ao aproveitamento de informações e de elementos de corroboração apresentados pelo Colaborador no curso da Proposta de Acordo de Colaboração Premiada ou no âmbito do próprio Acordo já devidamente formalizado (item 4 supra), cuida-se, neste dispositivo, da ausência de elementos mínimos de prova fornecidos no Acordo de Colaboração, tendentes à corroboração das declarações prestadas.

(STF - RHC: 219193 RJ, Relator: LUIZ FUX, Data de Julgamento: 08/11/2022, Primeira Turma, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO DJe-227 DIVULG 10-11-2022 PUBLIC 11-11-2022)

145. A regra que veda a condenação com base exclusivamente nas declarações do colaborador já era prevista na redação originária da lei 12.850/13, contudo, após a lei 13.964/19, foram incluídas também a vedação de medidas cautelares reais ou pessoais, bem como o recebimento de denúncia ou queixa-crime com fundamento apenas nas declarações do colaborador.

146. Após a publicação da Lei nº 13.964/2019, a Lei 12.850/13, que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal e os meios de obtenção da prova, passou a prever no seu "artigo 3º-A" que o acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos.

147. Por meio de tal dispositivo, é possível concluir que o legislador teve a intenção de evitar que a colaboração premiada, por si só, servisse de *standard* probatório para demonstrar a existência do *fumus commissi delicti*, encampando, desta forma, posicionamento já defendido na doutrina e na jurisprudência.

148. Pelo que foi visto até aqui, as palavras do colaborador devem ser relativizadas, tendo em vista que, isoladamente, não possuem o condão de comprovar que a pessoa delatada de fato tenha praticado algum ilícito penal, sendo necessário outros elementos de prova que corroborem a narrativa feita.

149. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus 127.483/PR, assentou que "*o depoimento prestado pelo delator, diferentemente do acordo de delação, é considerado meio de prova, que, no entanto, somente se mostrará hábil à formação do convencimento judicial se vier a ser corroborado por outros meios idôneos de prova.*" Ou seja, o conteúdo da delação premiada deve ser confirmado por outras provas produzidas no curso do processo.

(...) a colaboração precisa ser confirmada por elementos externos, a partir de um exame que se projeta na identificação de uma prova independente, capaz de demonstrar e comprovar que a manifestação do cúmplice é verdadeira no que se refere a um corrêu.

(VASCONCELLOS, Vinicius. Colaboração Premiada no Processo Penal. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 293.)

(...) a corroboração constitui, deste modo, o complemento integrador da livre apreciação em relação a esta fonte probatória, devendo expressar-se na motivação para que a valoração possa considerar-se correta.

(SEIÇA, Antônio A. M. O conhecimento probatório do co-arguido. Coimbra: Coimbra. Editora, 1999. p. 205.)

150. Conclui-se, portanto, que o legislador, ao estabelecer o caráter da colaboração como meio de obtenção de prova, estabeleceu como regra que a corroboração necessariamente esteja atrelada a outros elementos extrínsecos às declarações do colaborador, sendo certo que, se ausente tais elementos, não é possível a utilização do instituto negocial, sobretudo se levado em consideração o entendimento doutrinário, jurisprudencial e, por fim e não menos importante, a previsão do §16º, do artigo 4º, da Lei 12.850/13.

151. Em razão disso, o Supremo Tribunal Federal decidiu que imputações calcadas apenas em depoimentos de réus colaboradores, sem provas mínimas que corroborem a acusação, levam à rejeição da denúncia por ausência de justa causa. Trata-se do Inquérito 3.994, julgado em dezembro de 2017. Esse entendimento se consolidou ao longo dos anos e está hoje sedimentado com a alteração da Lei nº. 12.850, de 2013.

EMENTA Inquérito. Corrupção passiva e lavagem de dinheiro (art. 317, § 1º, e art. 1º, § 4º, da Lei nº 9.613/98, c/c os arts. 29 e 69 do CP). Denúncia. Parlamentares federais. Suposto envolvimento em esquema de corrupção de agentes públicos relacionado à Diretoria de Abastecimento da Petrobras. Vantagens indevidas. Supostos recebimentos na forma de doações eleitorais oficiais, por intermédio de empresas de fachada e também em espécie. Imputações calcadas em depoimentos de réus colaboradores. Ausência de provas minimamente

consistentes de corroboração. Fumus commissi delicti não demonstrado. Inexistência de justa causa para a ação penal. Denúncia rejeitada (art. 395, III, CPP) com relação aos parlamentares federais, com determinação de baixa dos autos ao primeiro grau quanto ao não detentor de prerrogativa de foro.

(...)

2. Na espécie, encontra-se ausente esse substrato probatório mínimo que autoriza a deflagração da ação penal.

3. Se os depoimentos do réu colaborador, sem outras provas minimamente consistentes de corroboração, não podem conduzir à condenação, também não podem autorizar a instauração da ação penal, por padecerem da presunção relativa de falta de fidedignidade.

4. A colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, tem aptidão para autorizar a deflagração da investigação preliminar, visando adquirir coisas materiais, traços ou declarações dotadas de força probatória. Essa, em verdade, constitui sua verdadeira vocação probatória.

5. Todavia, os depoimentos do colaborador premiado, sem outras provas idôneas de corroboração, não se revestem de densidade suficiente para lastrear um juízo positivo de admissibilidade da acusação, o qual exige a presença do *fumus commissi delicti*.

6. O *fumus commissi delicti*, que se funda em um juízo de probabilidade de condenação, traduz-se, em nosso ordenamento, na prova da existência do crime e na presença de indícios suficientes de autoria.

7. Se “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador” (art. 4º, § 16, da Lei nº 12.850/13), é lícito concluir que essas declarações, por si sós, não autorizam a formulação de um juízo de probabilidade de condenação e, por via de consequência, não permitem um juízo positivo de admissibilidade da acusação.

(...)

(Inq 3994, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 18/12/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-065 DIVULG 05-04-2018 PUBLIC 06-04-2018)

152. Conforme aponta Gustavo Badaró, as colaborações premiadas trazem riscos epistemológicos. Dessa maneira, é preciso que as versões apresentadas pelos delatores sejam corroboradas por elementos de prova externos e aptos a gerar certeza razoável sobre a culpabilidade dos delatados, de forma que seja possível afastar o *in dubio pro reo*. (OLIVEIRA, Sérgio Rodas Borges Gomes de. A prática de injustiça epistêmica por atribuição de excesso de credibilidade a colaboradores premiados. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, vol. 9, n. 1, p. 205-236, jan./abr. 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i1.782>)

153. A necessidade de corroboração por elementos externos também se deve ao interesse do delator na condenação dos delatados. Afinal, tal resultado ajuda sua colaboração a ser considerada eficaz pelo julgador, com a consequente atribuição dos benefícios previstos no acordo. (CORDEIRO, Nefi. Colaboração premiada: atualizada pela lei anticrime. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020, p. 161.)

154. Igualmente relevante para o presente caso é perceber que o Supremo Tribunal Federal vem firmando entendimento de que a corroboração de colaboração por outras colaborações também não poderiam ensejar o suprimento da necessária corroboração por elementos externos. Também não seria possível a corroboração pelo que a doutrina convencionou chamar de “colaboração cruzada”. É o que se extrai do Voto do Ministro Relator, Ministro Dias Toffoli, no julgamento do HC 127.483/PR:

Importante salientar que, para fins de corroboração das “declarações heteroinculpatórias” do agente colaborador, não são suficientes, **por si sós**, as declarações harmônicas e convergentes de outro colaborador.

Nesse ponto, penso não assistir razão a **Vittorio Grevi**, para quem nada obsta que os elementos de prova que confirmem uma delação possam ser representados por declarações de um diverso coimputado (“**Con riguardo al quale nulla vieta che i predetti elementi di prova possano essere rappresentati anche da dichiarazioni di un diverso coimputato, seppure acquisite soltanto mediante contestazione, ovvero mediante lettura, in sede dibattimentale**” - Op. cit. p. 325).

Como anota Gustavo Badaró,

“A lei não define a natureza do meio de prova do qual advirão os elementos de corroboração do conteúdo da delação. Em princípio, portanto, a corroboração pode se dar por intermédio de qualquer meio de prova ou meio de obtenção de prova: documentos, depoimentos, perícias, interceptações telefônicas...”

Mas uma questão interessante é se serão suficientes para justificar uma condenação duas ou mais delações com conteúdos concordes. É o que se denomina *mutual corroboration* ou corroboração cruzada. Ou seja, o conteúdo da delação do corréu A, imputando um fato criminoso ao corréu B, ser corroborado por outra delação, do corréu C, que igualmente atribua o mesmo fato criminoso a B.

Cabe observar que a regra do § 16 do art. 4º da Lei 12.850 não atinge a delação premiada quanto a sua admissibilidade. Ao contrário, é uma prova admissível que, contudo, recebe um descrédito valorativo, por ser proveniente de uma fonte considerada ‘impura’, o que justifica seu ontológico *quid minus* em relação ao testemunho.

Se assim é, e se o próprio legislador atribui à delação premiada em si uma categoria inferior ou insuficiente, como se pode admitir que a sua corroboração se dê com base em elementos que ostentam a mesma debilidade ou inferioridade?

Assim sendo, **não deve ser admitido que o elemento extrínseco de corroboração de uma outra delação premiada seja caracterizado pelo conteúdo de outra delação premiada.**

Sendo uma hipótese de grande chance de erro judiciário, a gestão do risco deve ser orientada em prol da liberdade. Neste, como em outros casos, deve se optar por absolver um delatado culpado, se contra ele só existia uma delação cruzada, a correr o risco de condenar um delatado inocente, embora contra ele existissem delações cruzadas” (O valor probatório da delação premiada: sobre o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13. *Revista Jurídica Consulex*, n. 443, fevereiro 2015, p. 26-29, grifo nosso).

(grifos no original)

155. O voto proferido pelo Ministro Celso de Melo no julgamento do mesmo *habeas corpus* corrobora este entendimento:

Registre-se, de outro lado, *por necessário, tal como assinalou* o eminente Ministro DIAS TOFFOLI, que o Estado **não poderá** utilizar-se da denominada “*corroboração recíproca ou cruzada*”, *ou seja, não poderá impor* condenação ao réu **pelo fato** de *contra este* existir, *unicamente*, depoimento de agente colaborador **que tenha sido confirmado**, por sua vez, *por outros delatores, valendo destacar*, quanto a esse aspecto, **a advertência** do eminente Professor GUSTAVO BADARÓ (“O Valor Probatório da Delação Premiada: sobre o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/2013”):

“A título de conclusão, podem ser formulados os seguintes enunciados:

A regra do § 16 do art. 4º da Lei 12.850/13 aplica-se a todo e qualquer regime jurídico que preveja a delação premiada.

O § 16 do art. 4º da Lei 12.850/13, ao não admitir a condenação baseada exclusivamente nas declarações do delator, implica uma limitação ao livre convencimento, como técnica de prova legal negativa.

É insuficiente para o fim de corroboração exigido pelo § 16 do art. 4º da Lei 12.850/13 que o elemento de confirmação de uma delação premiada seja outra delação premiada, de um diverso delator, ainda que ambas tenham conteúdo concordante.

Caso o juiz fundamente uma condenação apenas com base em declarações do delator, terá sido contrariado o § 16 do art. 4º da Lei 12.850/13 (...).” (grifei)

(grifos no original)

156. Em suma, até aqui podemos assentar duas premissas necessárias à consideração de colaborações, como meios de prova. A primeira, no sentido de que a narrativa formulada pelos colaboradores, como meio de prova, deve estar sustentada em outros elementos probatórios, ainda que indiciários, para levar à condenação da pessoa delatada. A segunda, que a corroboração dos fatos narrados em colaborações não pode se dar exclusivamente por meio de outras colaborações, desprovidas de elementos probatórios, tendo em vista a impossibilidade de imposição de prova negativa ao delatado.

157. Cabe a ressalva de que não se está a confundir os pressupostos para a persecução criminal e para a condenação por infração administrativa. Ocorre que o parâmetros traçados pela doutrina e jurisprudência expostos acima versam sobre a justa valoração da prova, o que atrai a sua aplicação em ambas as esferas, judicial e administrativa, ainda que de forma temperada.

158. Assentadas as bases teóricas, cumpre verificar nos autos se, para além das colaborações que deram origem à investigação administrativa, há outros elementos nos autos que sustentariam a condenação imposta à recorrente.

159. Observa-se da análise do caso que, de fato, existem elementos aptos a sustentar a condenação da empresa. Trata-se de elementos já apontados no decorrer da instrução. Documentos indicam que a recorrente participou ativamente das negociações (conluio) desde a fase de consolidação do cartel – época em que o escritório da empresa em Brasília serviu de local para as reuniões do grupo em 2003 e 2007, englobando a Concorrência nº 08/2004, e também na fase de ampliação do cartel, em 2010, por meio de sua participação no Consórcio Andrade Gutierrez/Barbosa Mello/Serveng.

160. Dentre os elementos, podemos citar:

- o **Mapa do Cartel**, fornecido pelos colaboradores da Camargo Corrêa, o qual revela, entre outros detalhes, que não só a pequena diferença entre as propostas combinadas, mas, sobretudo, a insignificância dos descontos oferecidos pelas propostas "vencedoras", em relação ao orçamento de referência (indicativos da existência e da atuação do cartel), bem como discrimina as propostas não competitivas (apenas para dar cobertura às "vencedoras" e simular a existência de competição);
- o A sede da recorrente em Brasília foi citada nas colaborações como sendo um dos locais onde as empresas do cartel se reuniam para tratar das licitações. **Adicionalmente, o Sr. Alfredo Moreira Filho – representante da Barbosa Mello -, em depoimento prestado perante a CPAR, não negou a existência de reuniões na sede da BARBOSA MELLO e de outras empresas, apenas teria negado o teor das conversas;**
- o Antes de sagrar-se vencedora, por meio do consórcio com a Andrade Gutierrez, a Barbosa Mello foi inabilitada na Concorrência nº 08/2004. A investigada teria recorrido administrativa e judicialmente de sua inabilitação, conseguindo, inclusive, decisão favorável para participar da sessão de abertura das propostas. **A empresa, no entanto, desistiu do pleito “em razão da promessa de participação futura”. Chama a atenção o fato de a recorrente desistir das ações judiciais exatamente no momento em que havia conseguido decisão judicial liminar favorável a sua habilitação para participar da sessão de abertura das propostas.** A cada decisão desfavorável, a VALEC adiava a sessão, a qual só foi realizada após a desistência formal por parte da BARBOSA MELLO. Neste caso a análise do quadro fático corroborou narrativa trazida pela colaboração, que expôs “QUE a CNO [Odebrecht] procurou a BARBOSA MELO que desistiu em razão da promessa de participação futura”.
- o A s **empresas Andrade Gutierrez, Serveng e a recorrente firmaram um “Termo de Compromisso de Constituição de Consórcio”, em 07/07/2010 (SEI nº 1720128, p. 428), para participar de certame cujo aviso de licitação só foi publicado em 16/07/2010.** Em depoimento prestado perante a CPAR, o Sr. Alfredo Moreira afirmou que “a formação de consórcios, normalmente, é realizada após o lançamento do edital”, “após o edital estar na ‘rua’”, e que o aludido termo de compromisso, assinado, só seria exigido na fase de habilitação dos licitantes, sendo mais um indicativo da existência de prévia negociação entre as empresas concorrentes.

161. Dos elementos analisados não há como se afastar a conclusão da comissão processante. Levando-se em conta que nas infrações imputadas à recorrente os indícios ganham um valor ainda maior na valoração das provas, é absolutamente coerente a conclusão de que efetivamente a recorrente, em conluio com empresas concorrentes, frustrou os objetivos das licitações.

162. A conclusão de que efetivamente a conduta foi praticada pela investigada, desta forma, não decorre exclusivamente das narrativas feitas em sede de colaborações. As narrativas veiculadas nas colaborações, detalhadas e coincidentes, foram corroboradas por indícios externos que, conjuntamente considerados, constituem prova suficiente para a condenação.

163. Corroboram com a conclusão as lições do Professor Ivo Gico, para quem alguns elementos específicos apontam

para a existência de conluio entre os concorrentes:

a) reuniões entre concorrentes; b) oportunidades de comunicação; c) existência de um motivo racional para o comportamento coletivo das representadas; d) atitudes contrárias aos próprios interesses das representadas, em função de uma ação coletiva; e) fenômeno de mercado que não pode ser racionalmente explicado a não ser como fruto de ação concertada; f) registros de colusões passadas das representadas em violação ao Direito Concorrencial; g) evidências de encontros entre as empresas ou outras formas de comunicação direta entre os alegados conspiradores; h) utilização de práticas facilitadoras de colusão por parte das representadas i) características estruturais da indústria que complicam ou facilitam o afastamento da concorrência; j) e fatores de desempenho da indústria que sugerem a dedução de colaboração horizontal.
(GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Cartel – Teoria Unificada da Colusão. São Paulo: Lex Editora, 2007, p. 368-369.)

164. Curiosamente, diversos dos fatores citados pelo Professor Ivo Gico Junior estão presentes no caso em tela.

165. É notório que o conluio, como o observado nesses autos, são acordos secretos por natureza, de modo que seus integrantes evitam, ao máximo, deixar rastros. Exigir a prova direta da conduta equivaleria a aceitar a impunidade e, conseqüentemente, incentivar a prática ilícita.

166. Até mesmo uma condenação penal, que reconhecidamente possui parâmetros probatórios mais elevados, pode ocorrer com base na chamada prova indiciária:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. PREVENÇÃO. CRITÉRIO PARA FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA FUNCIONAL (ART. 83 DO CPP). NECESSIDADE DE DECISÃO MERITÓRIA DO ÓRGÃO PREDECESSOR. SÚMULA Nº 706 DO STF. CONDENAÇÃO COM BASE EM PROVA INDICIÁRIA. LEGITIMIDADE. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. INADMISSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR HABEAS CORPUS: CF, ART. 102, I, “D” E “I”. ROL TAXATIVO. (...)

A força instrutória dos indícios é bastante para a elucidação de fatos, podendo, inclusive, por si própria, o que não é apenas o caso dos autos, conduzir à prolação de decreto de indole condenatória, quando não contrariados por contraindícios ou por prova direta. Doutrina: MALATESTA, Nicola Framarino dei. A lógica das provas em matéria criminal. Trad. J. Alves de Sá. Campinas: Servanda Editora, 2009, p. 236; LEONE, Giovanni. Trattato di Diritto Processuale Penale. v. II. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1961. p. 161-162; PEDROSO, Fernando de Almeida. Prova penal: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 90-91. Precedentes: AP 481, Relator: Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2011; HC nº 111.666, Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 08/05/2012; HC 96062, Relator: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 06/10/2009. (HC 97781, Relator Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 26/11/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-051 DIVULG 14-03-2014 PUBLIC 17-03-2014)

167. Com efeito, nos termos do art. 239 do Código de Processo Penal “*considera-se indícios a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias*”:

168. Na mesma linha, é o entendimento de Maria Tereza Rocha de Assis Moura: “*indício é todo rastro, vestígio, sinal e, em geral, todo fato conhecido, devidamente provado e suscetível de conduzir ao conhecimento de fato desconhecido, a ele relacionado, por meio de operação de raciocínio*”.

169. A enumeração dos elementos que levaram à condenação da empresa apontam para indícios múltiplos, concatenados e com elementos positivos de credibilidade que configuram o ato ilícito reprovado pela legislação.

170. Merece também menção as lições da ex-Conselheira do CADE, a Dra. Ana Frazão, formuladas em relação especificamente às infrações à ordem econômica, mas que podem integralmente ser aplicadas ao caso em tela:

“77. Nesse contexto, mostra-se de fundamental relevância o recurso a provas indiciárias e circunstanciais que, ainda que de forma indireta, sejam capazes de constituir **um conjunto suficientemente robusto para gerar um convencimento por parte da autoridade julgadora no sentido da configuração do ilícito**. Sem o recurso a provas dessa natureza, a legislação repressiva acabaria por se tornar de todo inefetiva, deixando passar incólumes práticas altamente lesivas à economia e aos consumidores.

(Voto no processo administrativo nº 08012.004039/2001-68, sessão do dia 22 de maio de 2013)

171. Foi exatamente este o entendimento encampado pela Comissão que conduziu este processo:

6. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 68.006-MG, manifestou o entendimento de que “**Indícios vários e coincidentes são prova**”. Tal entendimento vem sendo utilizado pelo Tribunal em diversas situações, como nos Acórdãos-Plenário nºs 113/95, 220/99 e 331/02. Há que verificar, portanto, no caso concreto, quais são os indícios e se eles são suficientes para constituir prova do que se alega. [...]29. Assim, não se exige que haja prova técnica do conluio, até porque, como exposto na jurisprudência acima, “**prova inequívoca de conluio entre licitantes é algo extremamente difícil de ser obtido**”, visto que os licitantes fraudulentos sempre tentarão simular uma competição verdadeira. **Não se pode, portanto, menosprezar a prova indiciária, quando existe no processo somatório de indícios que apontam na mesma direção.** (Acórdão 57/2003-Plenário, citado no AC 0333-07/15-P, original sem grifos).

3. **A força instrutória dos indícios é bastante para a elucidação de fatos, podendo, inclusive, por si própria, o que não é apenas o caso dos autos, conduzir à prolação de decreto de indole condenatória, quando não**

172. Desta forma, estando a conclusão alcançada pela CPAR aderente às provas dos autos, e sendo a penalidade de inidoneidade adequada à conduta praticada pela recorrente, não há razões para a reforma da decisão.

III. CONCLUSÃO

173. Diante do exposto, manifesto-me, ratificando o teor das manifestações consubstanciadas no Parecer nº. 00273/2022/CONJUR-CGU/CGU/AGU, aprovado pelo Despacho nº. 00454/2022/CONJUR-CGU/CGU/AGU e pelo Despacho nº. 00456/2022/CONJUR-CGU/CGU/AGU; assim como do Parecer nº. 00086/2023/CONJUR-CGU/CGU/AGU, aprovado pelo Despacho nº. 00118/2023/CONJUR-CGU/CGU/AGU e pelo Despacho nº. 00045/2023/CONJUR-CGU/CGU/AGU (doc. 2723091), somando-se, ainda, o quanto contido neste parecer, pelo conhecimento do Pedido de Reconsideração apresentado pela empresa, haja vista sua regularidade formal e tempestividade, mas pelo indeferimento da pretensão formulada pela empresa CONSTRUTORA BARBOSA MELLO S.A., CNPJ 17.185.786/0001-61, para afastar a condenação ou, subsidiariamente, para mitigar as penalidades, por não identificar, em suas razões de fato e de direito, qualquer fundamento, preliminar ou de mérito, que seja capaz de alterar as conclusões da Decisão CGU nº. 175, de 12 de agosto de 2022, publicada no Diário Oficial da União, nº. 154, seção 1, de 15 de agosto de 2022.

174. Ao Apoio Administrativo desta CONJUR, para trâmite via SEI ao Gabinete da Secretária Executiva, acompanhado de minuta de decisão, e, após, ciência à Secretaria de Integridade Privada e publicação.

Brasília, 19 de setembro de 2023.

FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA

Consultor Jurídico/CGU

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00190104186202037 e da chave de acesso b9f8825a



Documento assinado eletronicamente por FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA, 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 1284668600 e chave de acesso b9f8825a no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 09-10-2023 21:20. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.
