



CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

NOTA TÉCNICA Nº 3745/2025/CGIST-ACESSO RESTRITO/DIREP/SIPRI

PROCESSO Nº 00190.104186/2020-37

1. RELATÓRIO

1.1. Tratam os presentes autos de Processo Administrativo de Responsabilização (PAR) instaurado nesta Controladoria-Geral da União (CGU) em face da pessoa jurídica **Construtora Barbosa Mello S.A. (Barbosa Mello)**, inscrita no CNPJ sob o nº 17.185.786/0001-61.

1.2. O presente processo foi encerrado com a publicação da DECISÃO Nº 334, DE 10 DE OUTUBRO DE 2023 (2988613), conforme estabelecido a seguir:

DECISÃO Nº 334, DE 10 DE OUTUBRO DE 2023 Processo nº 00190.104186/2020-37 No exercício das atribuições a mim conferidas pelo artigo 49 da Lei nº. 14.600, de 19 de junho de 2023, pela Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993, pelo Decreto nº. 11.129, de 11 de julho de 2022, pelo art. 1º, III, do Decreto nº. 8.851, de 2016, e pelo art. 91, XV, da Portaria Normativa nº. 38/2022, desta Controladoria-Geral da União, adoto, como fundamento deste ato, o Relatório Final da Comissão de Processo Administrativo de Responsabilização, assim como o Parecer nº. 00273/2022/CONJURCGU/CGU/AGU, aprovado pelo Despacho nº. 00454/2022/CONJURCGU/CGU/AGU e pelo Despacho nº. 00456/2022/CONJURCGU/CGU/AGU; o Parecer nº. 00086/2023/CONJUR-CGU/CGU/AGU, aprovado pelo Despacho nº. 00118/2023/CONJUR-CGU/CGU/AGU e pelo Despacho nº. 00045/2023/CONJURCGU/CGU/AGU (doc. 2723091), somando-se, ainda, o quanto contido no Parecer nº. 00346/2023/CONJUR-CGU/CGU/AGU, para CONHECER e INDEFIRIR o pedido de reconsideração formulado pela empresa CONSTRUTORA BARBOSA MELLO S.A., CNPJ 17.185.786/0001-61, tendo em vista não haver nenhum fato novo ou questão jurídica relevante ou consistente, preliminar ou de mérito, que justifique a reconsideração da Decisão atacada. À Secretaria de Integridade Privada para proceder aos demais encaminhamentos decorrentes desta decisão e para acompanhamento do cumprimento das sanções.

1.3. Em 05/04/2024, foi protocolado o Pedido de Revisão (3170196 e documentação subsequente), com base no art. 65, caput, da Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

1.4. Os presentes autos foram remetidos a esta Coordenação, por meio do Despacho COPAR 3216872, para análise do pedido de revisão e para a produção de subsídios à decisão do Sr. Ministro da CGU.

1.5. É o breve relato.

2. DA TEMPESTIVIDADE

2.1. Verifica-se que, nos termos do art. 65 da Lei nº 9.784/1999, os processos administrativos que resultem em sanções poderão ser revistos, a qualquer tempo, seja a pedido da parte interessada ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes que justifiquem a inadequação da sanção aplicada.

2.2. Dessa forma, passa-se à análise dos argumentos apresentados pela parte requerente.

3. DA ANÁLISE

3.1. Inicialmente, cumpre esclarecer que, conforme disposto no art. 28 da Instrução Normativa nº 13/2019/CGU, uma vez apresentado o pedido de reconsideração, entende-se que os recursos administrativos estão exauridos. Não havendo previsão para interposição de novo recurso, a decisão torna-se definitiva.

3.2. Neste contexto, considerando que, no presente caso, ocorreu o exaurimento da instância

administrativa em sede recursal, a possibilidade de revisão do processo sancionatório em questão é garantida pela legislação federal, conforme previsto no art. 65 da Lei nº 9.784/99.

3.3. A revisão do processo sancionatório, com o intuito de reduzir ou afastar a penalidade administrativa imposta, constitui uma garantia ao administrado de que a sanção aplicada poderá ser reexaminada, caso surjam novos fatos ou circunstâncias relevantes, que, diante da análise da Administração Sancionadora, justifiquem a inadequação ou desproporcionalidade da pena anteriormente imposta.

3.4. No presente caso, o pedido de revisão fundamenta-se na alegação de surgimento de fatos novos e circunstâncias relevantes, os quais, conforme a parte requerente, estariam aptos a justificar a inadequação da sanção previamente imposta. A seguir, são apresentados os argumentos da requerente (3170196):

(...)

16. Primeiramente, o **fato novo** é referente ao advento da decisão do Ministro Dias Toffoli, do Supremo Tribunal Federal, proferida na Reclamação nº 43.007/DF, a qual reconheceu a “imprestabilidade dos elementos de provas decorrentes dos sistemas “Drousys” e “My Web Day B”, provas estas utilizadas na esfera administrativa, inclusive presentes no termo de indicação, para aplicar a sanção de inidoneidade. Correlacionada com a impossibilidade de condenação fundada apenas em relatos de delação premiada, como já determina a jurisprudência do e. Supremo Tribunal Federal (“STF”).

17. Ainda nesse ponto, **outro fato superveniente** irá impactar diretamente a discussão aqui aventada. Dentro dos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 1051, o Ministro André Mendonça, do Supremo Tribunal Federal, proferiu decisão concedendo sessenta dias para as empresas, que firmaram acordos de leniência junto ao Estado durante o período de investigação da Operação Lava Jato, renegociarem junto da CGU os termos e demais tratativas dos referidos acordos. Portanto,

18. Em relação as **circunstâncias relevantes**, podemos dividi-las da seguinte forma: (i) inexistência de prova concreta contra a CBM, apenas “fortes indícios” e não utilização do *in dubio pro reo*, a partir do Relatório Final contrariando o próprio manual do processo administrativo da CGU (doc. 1); (ii) fundamentação da condenação na hipótese de *hearsay testimony*, visto que nos trecho da delação premiada que cita que a CBM foi cooptada pela CNO, o próprio delator afirma que escutou de outra pessoa essa alegação; (iii) a utilização da LAC apenas como meio de punição e não como hipótese para beneficiar a empresa; e (iv) incidência da prescrição da pretensão punitiva da Administração Pública. (grifos nossos)

(...)

3.5. Assim, proceder-se-á à análise das alegações, distinguindo os argumentos referentes aos fatos novos e às circunstâncias relevantes.

FATOS NOVOS

3.6. Antes de proceder à análise dos fatos apresentados, faz-se necessário expor o conceito de 'fato novo', o qual, no âmbito jurídico, se refere àqueles elementos que surgem após o encerramento da instrução processual e que, caso tivessem sido conhecidos anteriormente, poderiam influenciar no desfecho do processo.

3.7. O jurista José dos Santos Carvalho Filho entende que, para que se configure um 'fato novo', deve ser considerado apenas aquele que era absolutamente desconhecido no momento da tramitação do processo sancionatório inicial. Fatos que já existiam, mas não foram oportunamente juntados aos autos durante a fase de instrução, não se qualificam como novos. Neste contexto, leciona o referido autor, in *verbis*:

Fatos novos são aqueles não levados em consideração no processo original de que resultou a sanção por terem ocorrido a posteriori. O sentido de “novo” no texto guarda relação com o tempo de sua ocorrência e, por conseguinte, com sua ausência para análise ao tempo em que se apurava a infração. O fato novo pode alterar profundamente a conclusão antes firmada, protagonizando convicção absolutória no lugar do convencimento sancionatório adotado na ocasião. Surgindo fato dessa natureza, não seria mesmo justo que perdurasse a sanção, decorrente daí que esta deve ser anulada ou modificada conforme a hipótese, mas não mantida da forma como foi imposta. Do exposto, não é difícil notar que, se um fato já existia ao momento em que tramitava o processo original, mas, por qualquer razão, não foi levado em conta na

apreciação global do processo, talvez a culpa (desinteresse ou inércia) do próprio administrado, não se pode considerar o evento como fato novo. O pedido revisional, por isso, deve ser indeferido (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Processo administrativo federal, 3. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007, p. 335).

3.8. Passa-se à análise dos argumentos apresentados.

ANÁLISE

3.9. Argumento da parte requerente: Reclamação 43.007/DF - STF

3.10. Em síntese, alega a requerente que, em decisão recente nos autos da Reclamação nº 43.007, o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou nulas todas as provas obtidas por meio dos sistemas “Drousys” e “My Web Day B”, utilizadas no processo com base no acordo de leniência celebrado pela Odebrecht no contexto da Operação Lava Jato.

3.11. Assim, a requerente sustenta que estamos diante de um claro exemplo da teoria dos frutos da árvore envenenada, uma vez que parte das provas utilizadas no indiciamento foram consideradas nulas, contaminando, por derivação, os demais atos processuais e trazendo consigo a ilicitude de sua origem. Segue argumentos da requerente (3170196):

(...)

37. Na indicação do processo administrativo (doc. 8), foram utilizadas provas decorrentes do acordo de leniência celebrado pela Odebrecht. Ainda nesse aspecto, em decisão recente do Supremo Tribunal Federal nos autos da Reclamação nº 43.007, tornaram-se nulas todas e quaisquer provas obtidas dos sistemas “Drousys” e “My Web Day B” utilizadas a partir do acordo de leniência celebrado pela Odebrecht, no âmbito da Operação Lava Jato. A decisão, no mérito, torna imprestáveis as provas e demais elementos obtidos a partir desse acordo, em qualquer âmbito ou grau de jurisdição. Segue trecho da decisão:

“Diante desse cenário, é preciso reconhecer que as causas que levaram à declaração de imprestabilidade dos referidos elementos de prova são objetivas, não se restringindo ao universo subjetivo do reclamante, razão pela qual o reconhecimento da referida imprestabilidade deve ser estendido a todos os feitos que tenham se utilizado de tais elementos, seja na esfera criminal, seja na esfera eleitoral, seja em processos envolvendo ato de improbidade administrativa, seja, ainda, na esfera cível. (...) Feitos esses necessários registros, anoto, desde logo, que, para além do reconhecimento da imprestabilidade dos elementos de prova decorrentes dos sistemas “Drousys” e “My Web Day B”, diante da gravidade da situação aqui posta, deve-se, urgentemente, apurar a conduta dos agentes públicos envolvidos nesta operação, que ocorreu sem a necessária concorrência do Ministério da Justiça e Segurança Pública (na condição de Autoridade Central brasileira) e da Advocacia Geral da União (na condição de representante da União)”.

38. Dessa forma, o Ministro declarou absolutamente nulas as provas obtidas por meio do referido acordo, provas estas que foram utilizadas pela CGU para condenar a CBM. Portanto, a empresa sofreu da mais severa punição aplicada, tendo em vista acervo probatório que estava eivado de vícios insanáveis.

39. Com as devidas vêrias, estamos enfrentando o melhor exemplo da teoria dos frutos da árvore envenenada, visto que parte das provas utilizadas no indiciamento foram declaradas nulas, contaminando por derivação os demais procedimentos com a ilicitude da origem.

(...)

3.12. Entretanto, é importante ressaltar que a decisão do STF, proferida pelo Exmo. Ministro Dias Toffoli, não anulou os acordos de leniência das empresas envolvidas na Lava Jato, mas limitou-se à nulidade das provas obtidas por meio dos sistemas utilizados pela Odebrecht. A nulidade, conforme explicitado pelo Exmo. Ministro, restringe-se exclusivamente às provas extraídas dos mencionados sistemas. (<https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/stf-suspende-julgamento-de-recursos-contra-nulidade-de-provas-utilizadas-em-acordo-de-leniencia-da-odebrecht/>)

3.13. Além disso, foram analisados elementos provenientes de diversas fontes, entre as quais se destacam: as colaborações premiadas de executivos da Andrade Gutierrez e Camargo Corrêa perante o Ministério Público Federal (MPF); o Acordo de Leniência firmado pela CCCC com o CADE e com a Controladoria-Geral da União (CGU); os Acordos de Leniência celebrados entre a OAS e a CGU, bem como entre a Odebrecht e a CGU; além de laudos periciais técnicos e financeiros, os quais serviram de fundamento, inclusive, para as denúncias formuladas pelo Ministério Público Federal.

3.14. Segue Parecer nº. 00346/2023/CONJUR-CGU/CGU/AGU (2981482) sobre os elementos de prova aptos a sustentar a condenação da empresa:

(...)

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:

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);

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;

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”.

As 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.

(...)

3.15. Pelos motivos expostos, entende-se pela improcedência da tese apresentada pela parte requerente. Não assiste razão às alegações defendidas.

3.16. **Argumento da parte requerente: ADPF 1.051/DF - STF**

3.17. Em resumo, a requerente sustenta que, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 1051, o Exmo. Ministro André Mendonça, do Supremo Tribunal Federal (STF), concedeu prazo de 60 (sessenta) dias para que as empresas que firmaram acordos de leniência no âmbito da Operação Lava Jato promovam a renegociação dos termos de tais acordos com a Controladoria-Geral da União (CGU). Além disso, afirma que a discussão apresentada ao STF tem o potencial de modificar e revisar os acordos de leniência que foram utilizados como base probatória em sua condenação.

3.18. Conforme a requerente, a ação pode ser dividida em quatro principais objeto. Segue:

(...)

50. Nessa seara, a ação pode ser dividida em quatro principais objeto, sendo estes:

“(i) suspender, liminarmente, a eficácia das obrigações pecuniárias (indenizações e multas) impostas em todos os acordos de leniência celebrados entre o Estado e empresas investigadas durante a Operação Lava Jato, antes da celebração do ACT, em 06.08.2020;

“(ii) obter, do Supremo, a fixação de interpretação conforme a Constituição da Lei nº 12.846/2013

e do Decreto nº 11.129/2022, afastando, de uma vez por todas, a hermenêutica punitivista e inconstitucional do lavajatismo, garantindo, nesse particular, a presença, no âmbito federal, da Controladoria-Geral da União (“CGU”) como proponente ou órgão de controle, enquanto centro racionalizador do agir estatal, para a celebração de acordos desse gênero;

(iii) fazer como que se reconheça, em sede de jurisdição constitucional, que os acordos foram pactuados em situação de extrema anormalidade político-jurídico-institucional, mediante situação de coação e, portanto, sob um Estado de Coisas Inconstitucional (“ECI”); e, por fim,

(iv) possibilitar a revisão de tais acordos à luz dos critérios a serem fixados pelo Supremo Tribunal Federal mediante julgamento desta ADPF”

(...)

3.19. Outrossim, a requerente assevera que o acordo de leniência da Odebrecht (atualmente Novonor S.A.) será renegociado com a CGU em um contexto substancialmente distinto do vivido durante a Operação Lava Jato, com vistas à correção de cláusulas que, segundo alega, foram obtidas sob coação ou sem a devida observância dos princípios basilares que regem a celebração de Acordos de Leniência. Nesse contexto, a requerente assevera que é inaplicável a imposição de sanções à referida empresa com base em elementos probatórios que ainda se encontram em fase de apreciação judicial.

3.20. Nessa linha, impõe-se o necessário esclarecimento acerca das premissas que nortearam as tratativas da CGU e da AGU para a repactuação dos acordos de leniência no âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 1051.

3.21. Conforme detalhado nas peças 184 a 186, Petição 48276/2024 (<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpublisher/jsp/consultarprocessoelectronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6605876>), e fundadas nas diretrizes estabelecidas pelo Exmo. Ministro André Mendonça na audiência de conciliação realizada em 26/02/2024 no âmbito do Supremo Tribunal Federal, foram adotados as seguintes premissas:

- a) Existência de previsão normativa para repactuação de acordos de leniência, conforme art. 54 do Decreto nº 11.129/2022;
- b) Reconhecimento por parte das empresas interessadas que os acordos de leniência, em sua origem, foram celebrados sem qualquer tipo de coerção por parte das autoridades da CGU e a AGU;
- c) Impossibilidade de revisão do conteúdo das colaborações apresentadas pelas empresas à época da celebração dos acordos; e
- d) Adimplemento dos requisitos de colaboração e implementação das medidas de aprimoramento de integridade estabelecidas nos acordos de leniência.

3.22. Além disso, com o objetivo de buscar consenso quanto à repactuação dos acordos de leniência, em conformidade com as diretrizes acordadas na audiência de conciliação, foram propostas as seguintes medidas:

- a) Renegociação do perfil de pagamento (parcelamento), precedido de análise técnica da capacidade financeira das empresas interessadas;
- b) A utilização de créditos de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), na apuração do Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ) e da CSLL, nos termos do art. 11, inciso IV, da Lei nº 13.988/2020;
- c) Mudança na metodologia de cálculo da atualização do acordo (Selic capitalizada para Selic acumulada mensalmente); e
- d) Isenção condicional da multa moratória incidente sobre as parcelas vencidas.

3.23. Dessa forma, não há suporte jurídico para a tese apresentada pela requerente, considerando que, no contexto da repactuação dos acordos de leniência, está expresso o reconhecimento pelas empresas de que os acordos foram celebrados sem qualquer tipo de coação por parte das autoridades da CGU e da AGU. Ainda, está expresso a impossibilidade de revisão do conteúdo das colaborações apresentadas pelas empresas à época da celebração dos acordos.

3.24. Ademais, conforme exposto no item 3.13, foram analisados diversos elementos probatórios

oriundos de fontes distintas, destacando-se: as colaborações premiadas de executivos das empresas Andrade Gutierrez e Camargo Corrêa perante o Ministério Público Federal (MPF); o Acordo de Leniência celebrado pela Camargo Corrêa com o CADE e com a CGU; os Acordos de Leniência firmados entre a OAS e a CGU, bem como entre a Odebrecht e a CGU; além de laudos periciais técnicos e financeiros que embasaram, inclusive, as denúncias formuladas pelo Ministério Público Federal.

3.25. Segue, novamente, Parecer nº. 00346/2023/CONJUR-CGU/CGU/AGU (2981482) sobre os elementos de prova aptos a sustentar a condenação da empresa:

(...)

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:*

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);

*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;***

*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”.*

As 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.

(...)

3.26. Pelos motivos expostos, entende-se pela improcedência da tese apresentada pela parte requerente. Não assiste razão às alegações defendidas.

3.27. Diante de todo o exposto, as teses apresentadas pela requerente não encontram respaldo jurídico. Os fatos novos alegados não são suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada, não havendo, portanto, justificativa para a revisão da decisão.

CIRCUNSTÂNCIAS RELEVANTES

3.28. Preliminarmente, cumpre destacar que as circunstâncias relevantes se referem a fatos, eventos ou condições que, embora não tenham sido considerados ou não estivessem disponíveis no momento da decisão anterior, podem, de forma substancial, influenciar a análise ou a conclusão sobre uma determinada questão.

3.29. Nesse contexto, é imperativo que as circunstâncias alegadas sejam, de fato, relevantes e capazes de impactar a decisão anteriormente proferida. Para tanto, é necessário a apresentação de elementos que não foram levados em consideração anteriormente e que possam alterar a compreensão do caso. A mera irresignação da parte com a decisão proferida não gera o direito à alteração do julgado por meio do pedido de revisão.

3.30. O pedido de revisão, portanto, não se presta ao reexame de fatos e provas já debatidos em momento anterior. Trata-se, na verdade, de fatos desconhecidos tanto pelo interessado quanto pela Administração, ou da descoberta de documentos que, embora existentes à época dos fatos, não foram previamente apresentados. A seguir, são expostos os argumentos do próprio pedido de revisão apresentado pela requerente que corroboram com esse entendimento sobre o tema (3170196):

(...)

14. *Nesse sentido, colhe-se da doutrina de Aniello Parziale, com arrimo em José dos Santos Carvalho Filho, que a “circunstância relevante” é requisito autônomo ao requisito do fato novo, uma vez que o requisito da circunstância relevante não leva em consideração o tempo da ocorrência, mas sua importância para a revisão da sanção:*

A apresentação de uma circunstância relevante à Administração sancionadora, como justificativa da inadequação de uma sanção anteriormente aplicada, também autoriza a revisão da pena imposta ao licitante ou contratado.

Como novamente preleciona o jurista José dos Santos Carvalho Filho, circunstâncias relevantes não levam em conta o tempo da ocorrência, mas sim a importância deste fato para autorizar a revisão da sanção imposta pela Administração. Nesse sentido ensina, verbis:

“Se um fato, por exemplo, ocorreu ao tempo em que tramitava o processo original, mas não era conhecido do interessado e da Administração, não pode caracterizar-se como novo, mas se for fundamental para o acolhimento do pedido de revisão deve qualificar-se como circunstância relevante, porque o fundamental, nesse caso, é a importância de que se reveste para a apreciação final do pedido revisional. A descoberta de determinado documento já existente à época do fato, mas desconhecido pelas partes, é circunstância relevante, se necessária para justificar a injustiça da punição” (2007, p.335-336, destaques do autor).

(PARZIALE, Aniello dos Reis. A revisão de sanções impostas a particulares no âmbito das licitações públicas e contratos administrativos. In: Revista do TCU, n. 123, jan./abr. 2012, p. 36)

(...) (grifos nossos)

3.31. Passa-se à análise dos argumentos apresentados.

ANÁLISE

3.32. Na análise das alegações da requerente, constata-se que há uma mera pretensão de rediscutir a matéria, como será demonstrado a seguir:

3.33. **Argumentos I - Inexistência de prova concreta contra a CBM, apenas “fortes indícios” e não utilização do in dubio pro reo, a partir do Relatório Final contrariando o próprio manual do processo administrativo da CGU; e**

3.34. **Argumento II - Fundamentação da condenação na hipótese de hearsay testimony, visto que nos trechos da delação premiada que cita que a CBM foi cooptada pela CNO, o próprio delator afirma que escutou de outra pessoa essa alegação.**

3.35. Parecer nº. 00086/2023/CONJUR-CGU/CGU/AGU (2723091) sobre os temas:

(...)

2 °) ARGUMENTO DA RECORRENTE: Ausência de indícios da participação da CONSTRUTORA BARBOSA MELLO S/A nas irregularidades apuradas

- EXAME DA COREP: ...a jurisprudência dos tribunais superiores é pacífica quanto à possibilidade de condenação com base unicamente em indícios, quando estes são convergentes e a infração, por sua própria natureza, deixa pouca ou nenhuma prova inequívoca de sua ocorrência... os termos de colaboração e os acordos de leniência juntados aos autos são convergentes em apontar o envolvimento da processada no cartel de licitações da VALEC. Nos termos de colaboração celebrados por prepostos da Construtora Norberto Odebrecht (CNO, doc. 1519651, pasta [02], arquivo "Termos Odebrecht", p. 18), o Sr. Pedro Augusto Carneiro Leão Neto afirmou ter participado de reuniões com representantes de diversas empresas, dentre elas a Barbosa Mello, no intuito de acordar que as empresas apresentariam propostas de cobertura nos

lotes que estivessem previamente designados para que elas vencessem. O preposto da CNO citou, inclusive, que a Barbosa Mello fora representada, nessas reuniões, pelo Sr. Alfredo Moreira Filho, também mencionado em outros depoimentos... Por sua vez, no Acordo de Leniência nº 02/2016 (doc. 1519651, doc. [01], p. 79 a 85), celebrado entre o CADE e a Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A. (CCCC), há depoimentos de que a processada se juntou ao cartel e que, inclusive, chegou a sediar reuniões do grupo em sua sede, em Brasília. Ademais, os depoimentos prestados no acordo citam ainda que a Barbosa Mello, dentre outras empresas reconhecidamente sem acervo, dispôs-se a apresentar proposta na Concorrência nº 008/2004, sabendo de sua futura inabilitação, com o objetivo de conferir aparência de competitividade ao certame. Os signatários do acordo também afirmaram que o Sr. Alfredo Moreira Filho era, entre 2003 e 2007 (fase de consolidação do cartel), o representante de alto escalão da processada, que tinha atribuições de realizar contato com as "concorrentes" e participar de reuniões para discutir preços e distribuição dos lotes (doc. 1519651, doc. [01], p. 36)... Constam dos autos, ainda, termos de colaboração prestados por executivos da Andrade Gutierrez e da CCCC que citam a Barbosa Mello como uma das participantes do cartel (doc. 1519651, pasta [02], pasta "Trecho Colaborações CCCC, AG e CNO"). Nesses termos, Rodrigo Ferreira Lopes, da CNO, Emílio Eugênio Auler Neto, da CCCC, e Álvaro Soares Ribeiro Sanches, também da CCCC, prestam declarações convergentes no sentido de que a Barbosa Mello participou do cartel e negociou posições nos lotes das licitações. Inclusive, no Termo de Colaboração nº 9 (doc. 1519651, pasta [02], pasta "Trecho Colaborações CCCC, AG e CNO", arquivo "TERMO DE COLABORAÇÃO Nº 09 - RODRIGOLOPES", p. 4), é explicitado que a processada foi indicada para parceria junto com a Andrade Gutierrez e a Serveng na Concorrência nº 05/2010, o que, de fato, conforme os demais elementos dos autos, consolidou-se como o consórcio de empresas que venceu o lote nº 04 da referida licitação... Também no Acordo de Leniência firmado entre o Grupo Odebrecht, a CGU e a AGU (doc. 1519651, doc. [06], p. 1 e 2), há depoimentos que citam a Barbosa Mello como uma das participantes da reunião de divisão dos lotes... Portanto, juntos, esses termos e acordos constituem indícios vários e coincidentes e podem, com respaldo da jurisprudência, ser considerados prova. Vale ressaltar que as declarações prestadas pelos colaboradores a respeito do assunto atenderam aos requisitos legais, tendo sido possível a identificação dos envolvidos no esquema. Ademais, outros elementos, como o contexto apresentado na denúncia da operação O Recebedor (doc. 1519651, arquivo [7]) e o histórico detalhado pela CPAR (doc. 2208401, §§154 e seguintes) sobre a desistência da Barbosa Mello em suas demandas impugnatórias administrativa e judicial em face da Concorrência nº 008/2004, são elementos externos que corroboram os acordos e também apontam para o entendimento firmado no Relatório Final... Não procede, outrossim, a alegação de que haveria contradições graves nos acordos de leniência. Para tecer esse argumento, a defesa se vale de trechos isolados dos acordos, sem, todavia, contextualizá-los sistematicamente. Por exemplo, não há contradição entre o Acordo de Leniência nº 02/2016 e o termo de colaboração prestado pelo Sr. Rodrigo Lopes, da Andrade Gutierrez, ao MPF, sobre o marco temporal de ingresso da Barbosa Mello no cartel. O que é mencionado no primeiro documento (doc. 1519651, doc. [01], §156 a 158) é que a processada participou como alinhada ao cartel na Concorrência nº 008/2004, ocasião na qual apresentou proposta com vistas a conferir aparência de competitividade entre os concorrentes. Também é dito no acordo de leniência que já havia composição entre o cartel no sentido de que a Barbosa Mello e as demais proponentes, já cientes da futura inabilitação, seriam contempladas com subcontratação ou futura alocação de lotes. Já no termo de colaboração do Sr. Rodrigo Lopes, foi relatado que a Barbosa Mello, ao ser inabilitada na Concorrência nº 008/2004, foi cooptada e negociou posição em razão de promessa de participação futura. Logo, os citados elementos de informação são convergentes no sentido de que a processada, já na fase de consolidação (de 2003 a 2007), teve iniciada sua participação no cartel, ao aceitar a promessa de participação futura, o que veio a se concretizar, conforme indicam os demais elementos juntados aos autos, com a sua participação no consórcio com a Andrade Gutierrez e a Serveng, vencedor do lote 04 da Concorrência nº 005/2010... Outra questão levantada é a de que a Barbosa Mello teria participado das Concorrências nº 008/2004 e 001/2007 sob promessa de futura subcontratação, mas que esta nunca teria se concretizado, o que, segundo a defesa, seria uma contradição nos termos de colaboração e acordos de leniência, apta a invalidá-los como provas. Ocorre que, como já fundamentado acima, os acordos e termos demonstram que as empresas inabilitadas, dentre as quais, a processada, negociaram sua participação no cartel em troca de participações futuras, que poderiam ser por meio de subcontratação ou alocação de novos lotes. O Acordo de Leniência nº 02/2016 (doc. 1519651, doc. [01], p. 85 e 173) revela que, no caso da Barbosa Mello, essa participação futura se deu através do consórcio futuramente contemplado pelo lote 04 da Concorrência nº 005/2010... Em outra linha, a defesa afirma que as declarações do Sr. Rodrigo Lopes e do Sr. Emílio Auler, nos termos de colaboração firmados junto ao MPF, seriam insuficientes à condenação da Barbosa Mello, por serem fundadas em testemunhos de "ouvi dizer". Sobre esse argumento, cumpre-nos ressaltar que a legislação brasileira não faz distinção entre as espécies testemunhais, sendo a figura da testemunha indireta ou de ouvir dizer (hearsay testimony) analisada somente pela

doutrina e pela jurisprudência. O ordenamento jurídico brasileiro estabelece apenas que o depoimento testemunhal será admitido sempre que interessar à decisão e quando for possível verificar a credibilidade do declarante as razões de sua ciência (CASTRO, 2017, p. 256). Adicionalmente, Nucci (2008, p. 449) defende que, muitas vezes, o relato de uma testemunha que ouviu algo relevante e preciso de outra pessoa (identificada) pode ser mais relevante ao processo do que o de uma testemunha que presenciou os fatos, mas estava desatenta... Ocorre que, no caso em tela, conforme já apontou a CPAR, a informação obtida a partir do Sr. Rodrigo Lopes foi originalmente repassada pelo Sr. Pedro Augusto Carneiro Leão Neto, o qual também depôs nos termos de colaboração contidos nos autos (doc. 1519651, pasta [02], arquivo "Termos Odebrecht", p. 18). O Sr. Pedro, testemunha referida, afirmou categoricamente que participou das reuniões do cartel e que nelas também esteve presente o Sr. Alfredo Moreira Filho, representando a Barbosa Mello. Portanto, não se está diante de uma testemunha indireta não referida, mas sim de uma testemunha direta, que presenciou os fatos, corroborada por uma testemunha indireta, o que gera ainda mais peso ao elemento probatório. Ademais, reitera-se que há outros termos de colaboração com o MPF, acordo de leniência como CADE e acordo de leniência com a CGU e com a AGU que também apontam a materialidade dos fatos e a autoria da Barbosa Mello... Por fim, os argumentos de que as diligências de busca e apreensão realizadas na sede da Barbosa Mello e na casa do Sr. Alfredo Moreira Filho não encontraram nada, bem como de que nenhum empregado da Barbosa Mello foi incluído nas denúncias decorrentes das operações O Recebedor e Tabela Periódica, de plano, não merecem prosperar. Isso porque, conforme já exaustivamente ponderado nos autos pela CPAR, pela COREP, pela CONJUR e também nesta nota técnica (remete-se o leitor aos itens 3.18 e 3.19 deste documento), a independência entre as instâncias torna não vinculante, à esfera administrativa, o resultado de diligências realizadas na seara penal e o não oferecimento de denúncia em face de representantes da acusada. No mesmo sentido, é imperioso constatar que os órgãos de persecução penal (polícia judiciária e Ministério Público) seguem normas e razões de política criminal que não se refletem, necessariamente, na órbita administrativa... Pelos motivos acima, opina-se pelo não acatamento dessa tese da defesa... (SAPIENS – Item nº 10 – Volume 1 / páginas 45-48; SEI – Pasta VI / Documento nº 8-2501624).

Diane da ausência de elementos ou de fatos novos na manifestação da recorrente, mantemos o entendimento contido no Parecer nº 00273/2022/CONJUR-CGU/CGU/AGU, de 12 de agosto de 2022 (SAPIENS – Item nº 6; SEI – Pasta V / Documento nº 18-2476238).

Naquela análise, chegamos à mesma conclusão da Comissão de Processo Administrativo de Responsabilização – CPAR.

Vimos que as provas constantes nos autos não deixaram dúvidas de que havia um conluio entre as participantes do consórcio (incluindo a recorrente), visando frustrar o caráter competitivo de licitações promovidas pela VALEC Engenharia, Construções e Ferrovias S/A, motivo pelo qual estamos de acordo com os apontamentos feitos pela Coordenação-Geral de Instrução e Julgamento de Entes Privados – COREP.

Ao contrário do que afirmou a recorrente, as informações e os documentos obtidos por meio das supramencionadas Delações Premiadas e dos referidos Acordos de Leniência são corroboradas pelos demais elementos coletados durante as investigações, não havendo dúvidas a respeito da prática de irregularidades.

Dessa forma, não houve valoração de prova de forma individualizada, tendo sido realizado um exame conjunto e sistemático de todos os elementos probantes disponíveis nos autos (testemunhas, termos, acordos, documentos), o que demonstra que o trabalho apuratório foi realizado de forma cuidadosa, sempre respeitando os princípios do contraditório e da ampla defesa

Como bem destacou a Coordenação-Geral de Instrução e Julgamento de Entes Privados, os Termos de Colaboração e os Acordos de Leniência juntados aos autos “são convergentes em apontar o envolvimento da processada no cartel de licitações” da VALEC Engenharia, Construções e Ferrovias S/A.

Assim, não se pode discutir que a decisão condenatória foi fundamentada em elementos de prova convergentes entre si (não havendo contradição entre eles), diferentemente do que foi afirmado pela recorrente.

Os apontamentos feitos pela Coordenação-Geral de Instrução e Julgamento de Entes Privados revelam que as conclusões estão fundamentadas e respaldadas na Jurisprudência, principalmente no que diz respeito à valoração da prova indiciária, que exige a convergência entre os elementos probantes para que possam fundamentar uma decisão.

Nessa análise (da Coordenação-Geral de Instrução e Julgamento de Entes Privados), ficou demonstrado que não há contradições entre as provas usadas para a formação da convicção a respeito da materialidade dos fatos e do enquadramento da conduta da recorrente.

Por conta disso, entendemos que o argumento da indiciada não merece prosperar.

(...)

(...)

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, revisitarmos o valor probatório de tais colaborações para, em seguida, verificar 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 infrações investigadas.*

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 desarmônica 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 vieram 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. INSUBSTÂNCIA 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 licitamente, 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 corréu. (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 heteroínculpatórias” 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 soltante 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 descredito 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 eminentíssimo 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 eminentíssimo 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 fundamentalmente 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: 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); 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; 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”. As 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, consequentemente, 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 N° 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 ínole condonatória, quando não contrariados por contraíndícios 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 índole condenatória, quando não contrariados por contraindícios ou por prova direta. (HC 97.781-PR - 1ª turma, relator ministro Marco Aurélio, publicação no DJ em 17/03/2014, original sem grifos).

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.

(...)

3.37. Argumento III - A utilização da LAC apenas como meio de punição e não como hipótese para beneficiar a empresa.

3.38. Parecer nº. 00086/2023/CONJUR-CGU/CGU/AGU (2723091) sobre o tema:

(...)

5º) ARGUMENTO DA RECORRENTE: Desproporcionalidade da sanção aplicada e consequente necessidade de nova dosimetria

- EXAME DA COREP: ...a existência de programa de integridade que siga os critérios do Decreto nº 11.129/2022 é uma atenuante aplicável exclusivamente à pena de multa e, reflexamente, à sanção de publicação extraordinária da decisão condenatória. Como os fatos apurados no presente PAR ocorreram entre 2004 e 2011, período anterior à publicação da Lei nº 12.846/2013, não se podem ser aplicadas as penalidades previstas nesta lei, e, por consequência, também não se aplicam os critérios de dosimetria nela previstos... As sanções que poderiam, em tese, ser aplicadas à processada, seriam as dispostas no art. 88 da Lei nº 8.666/1993, quais sejam, declaração de inidoneidade ou suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração. Mesmo na ausência de determinação da Lei nº 8.666/1993, a CPAR realizou dosimetria sucinta, em respeito ao inciso II do art. 50 da Lei nº 9.784/1999 e ao §2º do art. 22 da LINDB, conforme se depreende dos seguintes termos:

197. As peculiaridades do caso concreto evidenciam que a BARBOSA MELLO, ao longo de vários anos, realizou ajustes com empresas concorrentes para concentração de mercado da VALEC, fraudando licitações e contratações públicas bilionárias, o que, por si, demanda reprimenda de nível equivalente, qual seja a declaração de inidoneidade.

A essa motivação filia-se a presente análise, uma vez que, conforme extraído de todos os elementos probatórios, a Barbosa Mello perpetrou conduta de alta reprovabilidade ao participar do cartel, responsável por fraudar diversas licitações públicas da VALEC. Adicionalmente, foi constatado que o cartel dissimulava a negociação dos lotes por meio da simulação de uma aparente concorrência entre as empresas participantes. Isso demonstra a complexidade do esquema e, consequentemente, corrobora a alta reprovabilidade da conduta da processada. Enfatiza-se, ainda, que a existência de programa de integridade não é critério de atenuação previsto para as sanções da Lei nº 8.666/1993, sendo, assim, compatível com a conduta da processada a sanção de declaração de inidoneidade... (SAPIENS – Item nº 10 – Volume 1 / páginas 51-52; SEI – Pasta VI / Documento nº 8- 2501624).

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.

Por outro lado, tendo em vista a gravidade da infração praticada, assim como o grau de reprovabilidade da conduta, consideramos que a penalidade aplicada está adequada, não havendo motivo para sua alteração.

Logo, não se pode discutir que, para a individualização da conduta da recorrente, foram examinados todos os elementos probantes coletados durante a fase de instrução processual (documentos, acordos, depoimentos, termos), não se podendo falar em ofensa ao devido processo legal.

Por fim, como não foram trazidos fatos novos, nem provas em sentido diverso, mantemos as razões e fundamentos constantes no Parecer nº 00273/2022/CONJUR-CGU/CGU/AGU, de 12 de agosto de 2022 (SAPIENS – Item nº 6; SEI – Pasta V / Documento nº 18-2476238).

(...)

3.39. No mesmo sentido, Parecer nº. 00346/2023/CONJUR-CGU/CGU/AGU (2981482):

(...)

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 estimativa; 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. *Umas 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 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.*

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 00190.104186/2020-37), in verbis: “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 microssistema 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. I) 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 ínole 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 dispõe 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 fáticojurídicas 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 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.

(...)

3.40. Argumento IV - Incidência da prescrição da pretensão punitiva da Administração Pública.

3.41. Parecer nº. 00086/2023/CONJUR-CGU/CGU/AGU (2723091) sobre o tema:

(...)

1º) ARGUMENTO DA RECORRENTE: Prescrição da pretensão punitiva estatal

- EXAME DA COREP: ...a aplicação do prazo de prescrição da lei penal prescinde da existência de inquérito policial ou de ação penal, ou seja, a capitulação da infração disciplinar também como crime pela Administração é suficiente para fundamentar a utilização dos prazos prespcionais penais... a capitulação da conduta ilícita como crime para fins de estabelecimento do prazo prescricional está compreendida na função administrativa de apurar ilícitos e aplicar sanções aos agentes sujeitos ao poder disciplinar da Administração Pública, dentre os quais se encontram as pessoas jurídicas que participam de licitações e celebram contratos administrativos, como a Barbosa Mello. Outrossim, na falta de entendimento específico da AGU voltado à interpretação do §2º do art. 1º da Lei nº 9.873/1999, são plenamente aplicáveis os termos do Parecer JL nº 06/2020/AGU, haja vista a semelhança entre os dispositivos, evidenciada na tabela 1 desta nota técnica, bem como porque ambos estão inseridos no sistema de responsabilização disciplinar da Administração Pública Federal... Sob essa mesma perspectiva já se consolidou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), desde 2019, ou seja, antes da instauração do presente PAR, conforme exerto a seguir colacionado:

O prazo prescricional previsto na lei penal se aplica às infrações disciplinares também capituladas como crime independentemente da apuração criminal da conduta do servidor. Para se aplicar a regra do § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112/90 não se exige que o fato esteja sendo apurado na esfera penal (não se exige que tenha havido oferecimento de denúncia ou instauração de inquérito policial). Se a infração disciplinar praticada for, em tese, também crime, deve ser aplicado o prazo prescricional previsto na legislação penal independentemente de qualquer outra exigência. STJ. 1ª Seção. MS 20.857-DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. Acad. Min. Og Fernandes, julgado em 22/05/2019 (Info 651). (original sem grifos)

...não assiste razão à defesa em seu argumento de que a CGU teria incorrido em erro de fato ao aplicar a prescrição penal ao caso. Isso porque, apesar de não constar nos autos denúncia oferecida pelo Ministério Público contra representantes da Barbosa Mello, como bem observou a defesa, o entendimento a ser seguido na esfera disciplinar administrativa, com embasamento no Parecer AM nº 03/2019/AGU, é de que basta a existência de inquérito policial, conforme evidenciado no trecho acima... À vista disso, relembra-se que o Inquérito Policial (IPL) nº 0913/2015-4-DELECOR/SR/PF/GO investigou condutas que também são objeto deste PAR, referentes à Barbosa Mello, conforme aponta a Tabela 2 - Empreiteiras investigadas, do Laudo nº 637/2018-INC/DITEC/PF (doc. 1519651, [03], p. 2). Inclusive, no bojo desse IPL, houve diligência de busca e apreensão realizada na sede da empresa e na casa do Sr. Alfredo, representante da acusada na época dos fatos. Não se trata, portanto, de extensão do objeto da denúncia oferecida pelo Ministério Público, contra representantes de outras empresas, para ampliar o lapso prescricional contra a Barbosa Mello, conforme deduz a defesa, mas sim de considerar que a conduta pela qual a empresa foi condenada, na esfera administrativa, foi também objeto de investigação em inquérito policial, o que basta para a incidência da prescrição penal ao caso em tela... o fato de representantes da Barbosa Mello não terem sido incluídos nas denúncias decorrentes das operações O Recebedor e Tabela Periódica não é o suficiente para afastar a incidência do §2º do art. 1º da Lei nº 9.873/1999, uma vez que, além de ela ter sido alvo das operações mencionadas, o princípio da independência de instâncias de responsabilização implica na possibilidade de a Administração Pública apenar disciplinarmente infração administrativa, ainda que, na instância penal, os mesmos fatos não tenham, ainda, motivado condenação ou mesmo a apresentação de denúncia. Isso se dá porque a punição do Direito Penal afeta principalmente o direito à liberdade, um dos mais caros do ordenamento jurídico, o que torna o citado ramo jurídico a última ratio de todo o sistema... o fato de não se ter oferecido denúncia, até a presente data, contra representantes ou empregados da Barbosa Mello, não pode significar a obrigatoriedade de que a Administração Pública replique a decisão do parquet. Isso porque, além da independência das instâncias, há razões de política criminal que fogem ao escopo

de um PAR, mas que, certamente, são consideradas nas investigações criminais e no ajuizamento das ações penais... Em segundo momento, a defesa pleiteia, subsidiariamente, que a prescrição penal, caso aplicada, seja computada pela metade, por força do art. 115 do Código Penal, uma vez que o Sr. Alfredo possui 76 anos de idade (nascido em 14/02/1946). Sobre esse ponto, o Código Penal estatui a idade avançada do agente, na data da condenação penal, como uma circunstância pessoal que não só reduz o prazo prescricional, mas também atenua a pena a ser aplicada... O art. 30 do Código Penal deixa clara a incomunicabilidade das circunstâncias e condições de caráter pessoal do agente, salvo quando elementares do crime. Nesse contexto, não se sustenta o pedido da defesa, visto que a idade atual do Sr. Alfredo é uma condição pessoal, que não deve repercutir sobre a prescrição da pretensão punitiva da Administração em face da Barbosa Mello, pessoa jurídica que se distingue de seus sócios e representantes... (SAPIENS – Item nº 10 – Volume 1 / páginas 40-45; SEI – Pasta VI / Documento nº 8-2501624).

Por meio do Parecer nº 00273/2022/CONJUR-CGU/CGU/AGU, de 12 de agosto de 2022, fizemos exame dessa matéria (prescrição) e concluímos que a extinção da punibilidade dos fatos pela ocorrência da prescrição ficará caracterizada a partir do dia 8 de junho de 2032 (SAPIENS – Item nº 6; SEI – Pasta V / Documento nº 18-2476238).

Destacamos que os esclarecimentos prestados pela Coordenação-Geral de Instrução e Julgamento de Entes Privados – COREP seguiram as regras legais, a recente Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ, assim como o entendimento da Advocacia-Geral da União – AGU, suficientes para afastar os argumentos da recorrente, não havendo necessidade de comentários adicionais.

(...)

3.42. Também, Parecer nº. 00346/2023/CONJUR-CGU/CGU/AGU (2981482):

(...)

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, temse 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 inidoneidade 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: 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; 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 O 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 a 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 delitiva, 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 capulações 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 irrelevantes 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 Sarmento 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 insindicável nesta via. 4. O agravante não demonstrou a existência de prejuízo efetivo em virtude da ausência de juntada de documentos fornecidos pela Inspetoria da Receita Federal em Porto alegre e pela Administradora Hidroviária Docas Catarinense – ADHOC. 5. Agravo regimental a que se nega provimento." (grifos nossos). (STF. 1ª Turma. Agravo 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, mostrase 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.

(...)

3.43. Dessa forma, os argumentos apresentados pela empresa no que se refere às Circunstâncias Relevantes não devem ser acolhidos, uma vez que não atendem aos pressupostos legais exigidos para a revisão da decisão, conforme estabelecido pela legislação aplicável.

3.44. Como já exposto, as circunstâncias relevantes devem se referir a fatos, eventos ou condições que, embora não tenham sido considerados ou estivessem indisponíveis no momento da decisão anterior, possam de forma substancial influenciar a análise ou a conclusão sobre a questão em pauta. No caso concreto, a empresa não apresentou elementos que, de maneira concreta e robusta, possam alterar a compreensão do caso, limitando-se a reiterações de questões já debatidas e analisadas no processo, conforme Parecer nº. 00086/2023/CONJUR-CGU/CGU/AGU (2723091) e Parecer nº. 00346/2023/CONJUR-CGU/CGU/AGU (2981482).

3.45. **Com efeito, não se vislumbra a existência de fato novo ou circunstância relevante que justifique a revisão da decisão anteriormente proferida.**

3.46. No presente caso, não há fundamentos que justifiquem a revisão da decisão, nos termos do art. 65 da Lei nº 9.784/1999.

3.47. Por fim, a análise do pedido de efeito suspensivo fica prejudicada em face da apreciação do mérito.

4. CONCLUSÃO

4.1. Por todo o acima exposto, propõe-se pelo conhecimento do Pedido de Revisão formulado pela pessoa jurídica **Construtora Barbosa Mello S.A.** (CNPJ nº 17.185.786/0001-61) e, no mérito, por negar-lhe provimento.

4.2. À consideração superior.



Documento assinado eletronicamente por **FELIPE NAZARETH FERREIRA, Auditor Federal de Finanças e Controle**, em 07/10/2025, às 17:01, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020.

A autenticidade deste documento pode ser conferida no site <https://super.cgu.gov.br/conferir> informando o código verificador 3816523 e o código CRC B5AA20DF

Referência: Processo nº 00190.104186/2020-37

SEI nº 3816523