



CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

NOTA TÉCNICA Nº 97/2022/COREP - ACESSO RESTRITO/COREP/CRG

PROCESSO Nº 00190.102835/2021-46

INTERESSADO: COORDENAÇÃO-GERAL DE RESPONSABILIZAÇÃO DE ENTES PRIVADOS

ASSUNTO

Apuração, por meio de Processo Administrativo de Responsabilização (PAR), de supostas irregularidades imputadas à pessoa jurídica **S.M.21 Engenharia e Construções S.A., CNPJ 02.566.106/0001-82**.

REFERÊNCIAS

Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 (Lei Anticorrupção. LAC).

Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015.

Instrução Normativa CGU nº 13, de 8 de agosto de 2019.

Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002.

SUMÁRIO EXECUTIVO

Processo Administrativo de Responsabilização. Art. 23 da IN CGU nº 13/2019. Análise da regularidade processual. Parecer correcional de apoio ao julgamento.

1. RELATÓRIO

1.1. Trata-se de Processo Administrativo de Responsabilização (PAR) instaurado no âmbito desta Controladoria-Geral da União (CGU), em face da pessoa jurídica **S.M.21 Engenharia e Construções S.A., CNPJ 02.566.106/0001-82**, sociedade anônima fechada, com sede na cidade de Botafogo/RJ e capital social de R\$ 27.504.424,00, cuja principal atividade é, segundo Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral emitido pela Receita Federal do Brasil, "Instalação e manutenção elétrica".

1.2. Concluídos os trabalhos da Comissão de Processo Administrativo de Responsabilização (CPAR), vieram os autos a esta Coordenação-Geral de Responsabilização de Entes Privados (COREP) para emissão de manifestação técnica, nos termos do art. 55, II, do Regimento Interno da CGU (aprovado pela Portaria nº 3.553, de 12/11/2019), bem como do art. 23 da IN CGU nº 13/2019.

1.3. Em síntese, a apuração teve início em razão de expediente encaminhado pela Corregedoria-Geral do Ministério da Cidadania, de 06 de maio de 2019, contendo em anexo representação de parlamentar federal apresentada ao Secretário Especial de Cultura daquele Ministério em 29 de abril do mesmo ano, cujo objeto dizia respeito a supostas irregularidades em contratos de prestação de serviços no âmbito da Fundação Nacional de Artes (Funarte).

1.4. Posteriormente, em 31/05/2019, chegou à CRG, via e-mail, representação de servidora da Funarte contendo o mesmo teor da representação parlamentar aludida, porém, acompanhada de informações adicionais e de documentos relacionados, especificamente, às supostas irregularidades referentes aos contratos de manutenção predial e de brigada de incêndio, ambos celebrados com a empresa SM21 Engenharia.

1.5. Também foram juntadas aos autos novas denúncias apresentadas à CGU por meio do Banco

de Denúncias, narrando as mesmas irregularidades já noticiadas; e e-mail encaminhado pela Procuradoria Jurídica da Funarte contendo cópia de um acordo extrajudicial firmado entre a Fundação e a empresa SM21 Engenharia tendo por objeto as irregularidades no contrato de prestação de serviço de brigada de incêndio.

- 1.6. Registre-se que foi instaurado PAR na Funarte, mas foi encerrado sem apuração a contento.
- 1.7. A documentação foi objeto de análise em investigação preliminar sumária, resultando na Nota Técnica nº 3032/2020/COREP (SEI 1902099), que sugeriu a instauração de PAR pela CGU.
- 1.8. Dessa forma, por meio da Portaria nº 1078, de 05/05/2021, publicada no D.O.U. de 11/05/2021 (SEI 1943232), foi instaurado o PAR sob apreciação.
- 1.9. A CPAR lavrou o termo de indicição em 10/08/2021 (SEI 2057984 – vol. XVI), por entender que a SM21 teria, supostamente, cometido as seguintes condutas:
 - se apropriado indevidamente de recursos da Funarte referentes a prestação de serviços de brigada de incêndio por meio de recebimento de pagamentos mensais por “postos fantasmas” de supervisores desses serviços, totalizando prejuízo ao Erário de mais de 2 milhões de reais;
 - se apropriado indevidamente de recursos da Funarte ao longo da execução do contrato de prestação de serviços de manutenção predial (CT nº 1.094/2013), por meio do recebimento da diferença dos valores dos salários referentes à suposta contratação de profissional com nível técnico superior, e dos salários recebidos por profissional de nível técnico inferior, que era quem efetivamente prestava o serviço, bem como o recebimento de valores indevidos relativos à cobrança de salários mensais referentes a dois engenheiros e um encarregado fictícios, durante parte da execução contratual; e o recebimento de valores indevidos relativos à cobrança por postos de trabalho de profissionais de nível médio em desacordo com os quantitativos de postos de trabalho estabelecidos no contrato de prestação dos serviços, ao longo da execução contratual, gerando prejuízo ao erário de cerca de um milhão de reais;
 - fraudado as propostas de cotações de preços de mercado e, mediante ajuste, o caráter competitivo de procedimento licitatório público.
- 1.10. Em 19/08/2021 a empresa foi intimada acerca da instauração do PAR, sendo cientificada do termo de indicição e do prazo de 30 dias para apresentação de defesa e especificação de eventual prova a produzir.
- 1.11. A defesa apresentou pedido de dilação de prazo para 15/10/2021, o qual foi deferido pela CPAR (SEI 2103587).
- 1.12. Tempestivamente, foi apresentada defesa escrita (SEI 2142356 e anexos SEI 2142357, 2142358, 2142359, 2142360, 2142361, 2142362, 2142363, 2142364 e 2143766), a qual foi devidamente analisada pela Comissão.
- 1.13. O Relatório Final foi concluído em 11/11/2021 (SEI 2166637), sendo mantida a convicção preliminar quanto à responsabilidade da SM21, e, em razão disso, foi sugerida a aplicação das penas de **multa** e de **publicação extraordinária** da decisão administrativa sancionadora, nos termos do inciso I e II do artigo 6º da LAC; bem como a de **impedimento para licitar ou contratar com a União**, nos termos do artigo 7º da Lei nº 10.520/2002 e do artigo 28 do Decreto nº 5.450/2005 (vigente até 27.10.2019).
- 1.14. A autoridade instauradora, por meio de despacho datado de 12/11/2021, tomou ciência do Relatório Final e determinou a intimação da pessoa jurídica processada para, querendo, apresentar manifestação aos termos do Relatório Final (SEI 2174508).
- 1.15. Devidamente intimada pela DIREP, conforme e-mail datado de 19/11/2021, para manifestação no prazo de 10 dias, nos termos do artigo 22 da Instrução Normativa nº 13/2019, a empresa SM21 apresentou a petição SEI 2195419, juntamente com os anexos SEI 2195422 e 2195738 em 29/11/2021.
- 1.16. É o breve relatório.

2. ANÁLISE

REGULARIDADE FORMAL DO PAR

- 2.1. Inicialmente, cumpre destacar que o objetivo do exame ora realizado é verificar a regularidade dos aspectos formais e procedimentais do PAR, incluindo a manifestação aos termos do Relatório Final, apresentada pela empresa.
- 2.2. Da análise dos autos verifica-se que os trabalhos conduzidos pela CPAR observaram o rito previsto na IN CGU nº 13/2019, bem como os princípios do contraditório e da ampla defesa, previstos no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal (CF/88).
- 2.3. A portaria de instauração foi publicada de acordo com o art. 13 da multicitada IN, contendo o nome, o cargo e a matrícula dos membros integrantes da CPAR, a indicação de seu presidente, o número do processo, o prazo de conclusão dos trabalhos, o nome empresarial da pessoa jurídica processada e seu respectivo número de registro no CNPJ/ME. Quanto à competência, o PAR foi instaurado pelo Corregedor-Geral da União, conforme delegação prevista no art. 30, inciso I, da IN CGU nº 13/2019.
- 2.4. A portaria seguinte, de prorrogação, também da lavra do Corregedor-Geral da União, seguiu os mesmos normativos vigentes. Verifica-se, pois, a regularidade do processo sob este ponto de vista, uma vez que todas as portarias foram emitidas por autoridade competente.
- 2.5. Em se tratando da observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, foi oportunizado à empresa amplo e irrestrito acesso aos autos, mediante concessão de acesso externo ao SEI para visualização integral do processo e peticionamento eletrônico, concessão de dilação de prazo, sem qualquer violação ou restrição aos direitos.
- 2.6. Teve a oportunidade, ainda, de apresentar defesa e demais manifestações, juntar documentos, bem como apresentar alegações finais, garantido o exercício da ampla defesa, essencial à condução do PAR.
- 2.7. O termo de indicição foi elaborado em conformidade com os requisitos previstos no artigo 17 da IN CGU nº 13/2019 (descrição clara e objetiva do ato lesivo imputado, apontamento das provas e o enquadramento legal), e a empresa foi devidamente notificada, de acordo com o seu art. 18, assegurando a ampla ciência e possibilidade de manifestação.
- 2.8. O Relatório Final, por sua vez, mencionou as provas em que se baseou para a formação de sua convicção e enfrentou bem todas as alegações apresentadas pela defesa, concluindo, ao final, pela responsabilização da acusada, indicando os dispositivos legais infringidos e as respectivas penalidades.
- 2.9. Considerando a regularidade procedimental da análise da Comissão, passamos à análise da manifestação final apresentada pela empresa.

ANÁLISE DA MANIFESTAÇÃO AO RELATÓRIO FINAL

- 2.10. De acordo com as provas juntadas aos autos, a empresa foi indiciada por ter se apropriado indevidamente de recursos da Fundação Nacional de Artes (Funarte) na prestação de serviços de brigada de incêndio, por meio de recebimento de pagamentos mensais por “postos fantasmas” de supervisores desses serviços, e na execução do contrato de prestação de serviços de manutenção predial, por meio do recebimento da diferença dos valores dos salários referentes à suposta contratação de profissional com nível técnico superior e dos salários recebidos por profissional de nível técnico inferior, que era quem efetivamente prestava o serviço; ter recebido valores indevidos relativos à cobrança de salários mensais referentes a dois engenheiros e um encarregado fictícios, durante parte da execução contratual; ter fraudado, mediante ajuste, o caráter competitivo de procedimento licitatório público e propostas de cotações de preços de mercado.
- 2.11. Assim, a Comissão entendeu pela responsabilização da empresa, pela incidência nos artigos 5º da Lei nº 12.843/13, inciso IV, alíneas ‘a’, ‘d’ e ‘g’ e 7º da Lei nº 10.520/2002 e 28 do Decreto nº 5.450/2005 (vigente até 27.10.2019).
- 2.12. Na petição de manifestação ao relatório final, a defesa da SM21, em resumo aponta:

Argumento 1 – Violação ao contraditório e ampla defesa ao imputar no momento do Relatório Final a Lei nº 10.520/2002

"14. O Relatório Final representou, então, a primeira vez, em todo o procedimento, que se mencionou a Lei n. 10.520/02, as condutas que essa lei trata como ilícitas e as penalidades que a elas relaciona.

15. Tal fato evidencia contundente violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da vedação a decisões surpresa, positivados no art. 2º da Lei n. 9.784/99.

(...)

18. Se o procedimento administrativo se iniciou e se desenvolveu em razão da suposta prática de ilícitos tipificados na Lei de Licitações e na Lei Anticorrupção, e se à SM21 foi concedido o direito de apresentar defesa referente a esses fatos e a essas específicas tipificações, a r. Comissão, com todas as vênias, não poderia, apenas após ultrapassada a fase instrutória, alterar o objeto do PAR e agora defender que se praticaram atos enquadrados na Lei do Pregão.

19. Vale ter em conta que essa não foi uma alteração qualquer. A Comissão, no fim das contas, mudou a tipificação. Se muda a fonte da sanção, muda, naturalmente, também o tipo aplicado à parte investigada. E, sejam os tipos similares ou não, têm eles suas individualidades, que precisam ser respeitadas, especialmente em procedimento sancionatório."

2.13. Em que pese a Comissão tenha mencionado inicialmente a Lei nº 8.666/93, que trata de licitações e contratos, e inclusive é aplicada subsidiariamente para a modalidade pregão, não se pode olvidar que a Lei nº 10.520/2002, que trata especificamente do pregão, não é omissa quanto às infrações e respectivas penalidades, de forma que a Comissão, quando da elaboração do Relatório Final, apenas fez uma retificação do normativo aplicável.

2.14. Inclusive, conforme asseverado pela CPAR, a pena de impedimento para licitar ou contratar com a União é mais branda que aquela aplicável às imputações da Lei de Licitações, qual seja, a de declaração de inidoneidade.

2.15. Ao contrário do que se alega, a referida alteração não trouxe qualquer prejuízo à defesa, uma vez que o investigado se defende dos fatos, e não da definição jurídica a ele atribuída, e aqueles continuaram os mesmos.

2.16. Por fim, vale destacar que ainda que a Comissão não tivesse feito a correção do dispositivo aplicável, eventual alteração do enquadramento legal poderia ser realizada pela autoridade julgadora, inclusive com possibilidade de agravamento da penalidade, desde que de forma motivada e por fatos que constaram da indicição.

2.17. Diante do exposto, considerando que a empresa se defende de fatos, e o escopo da apuração não foi modificado, não se vislumbra qualquer prejuízo ao contraditório ou à ampla defesa, sendo incabível a declaração de nulidade do PAR sem que seja provado o prejuízo causado, em consonância com o princípio *pas de nullité sans grief*.

Argumento 2 - Incompetência da Controladoria Geral da União para a aplicação da pena de impedimento para licitar ou contratar com a União

"22. Bem-vistas as coisas, a menção à Lei do Pregão apenas no momento final do procedimento administrativo aponta para a incompetência da Controladoria Geral da União para a aplicação da pena de impedimento para licitar ou contratar com a União.

23. Como se sabe, a competência da CGU para instaurar e julgar Procedimentos Administrativos de Responsabilização se fundamenta na aplicação da Lei Anticorrupção, conforme determina o art. 2º do Decreto n. 8.420/15.

24. É verdade que também se faculta à Controladoria analisar atos previstos como "infrações administrativas à Lei n. 8.666/93 ou a outras normas de licitações e contratos da administração pública que também sejam tipificados como atos lesivos na Lei n. 12.846 de 2013" (art. 12 do Decreto n. 8.420/15).

25. Todavia, não se pode perder de vista que o presente procedimento administrativo não foi instaurado para analisar violações à Lei do Pregão. A r. Comissão sempre mencionou artigos da Lei n. 8.666/93, indicou a prática de atos tipificados como ilícito por essa legislação e abordou todas as supostas condutas ilícitas da acusada sob a ótica da Lei Anticorrupção e da Lei de Licitações. A alegada violação a essas leis justificou a sua competência e a instauração do PAR. Se tais leis não servem de fonte de sanção, e se a conduta se amoldaria a sanção constante apenas de norma diversa, mas não da LAC, então a própria competência da CGU é posta em xeque.

26. Também é preciso destacar a circunstância de a Lei Anticorrupção expressamente restringir, na esfera administrativa, as penas aplicáveis aos acusados à multa e à publicação extraordinária da decisão condenatória, relegando as demais sanções a um eventual procedimento judicial futuro: (...)

27. A aplicação de penalidades previstas em outras legislações (como por exemplo aquelas positivadas na Lei do Pregão) é muito excepcional, admissível apenas na hipótese prevista pelo art. 16 do Decreto n. 8.420/15: se o procedimento sancionador tiver sido instaurado, nos termos do art. 12 do mesmo diploma normativo, para apurar infrações àquela legislação específica.

28. Não é essa a hipótese dos autos. Como demonstra a análise do Termo de Indiciação e dos demais relatórios que instruíram este processo (itens 10 a 12 acima), fatos tipificados por outros diplomas, como a Lei do Pregão, encontravam-se fora dos limites do escopo deste procedimento, o que impede, no caso concreto, a aplicação da pena de proibição de contratar com o poder público."

2.18. De forma preliminar, necessário destacar as áreas de competência conferidas pela Lei nº 13.844/19 à Controladoria-Geral da União:

Art. 51. Constituem áreas de competência da Controladoria-Geral da União:

I - providências necessárias à defesa do patrimônio público, ao controle interno, à auditoria pública, à correição, à prevenção e ao combate à corrupção, às atividades de ouvidoria e ao incremento da transparência da gestão no âmbito da administração pública federal;

III - instauração de procedimentos e processos administrativos a seu cargo, com a constituição de comissões, e requisição de instauração daqueles injustificadamente retardados pela autoridade responsável;

§ 1º À Controladoria-Geral da União, no exercício de suas competências, cumpre dar andamento às representações ou às denúncias fundamentadas que receber, relativas a lesão ou ameaça de lesão ao patrimônio público, e velar por seu integral deslinde.

(...)

§ 5º Os procedimentos e os processos administrativos de instauração e avocação facultados à Controladoria-Geral da União incluem aqueles de que tratam o Título V da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, o Capítulo V da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, o Capítulo IV da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, e outros a serem desenvolvidos ou já em curso em órgão ou entidade da administração pública federal, desde que relacionados a lesão ou a ameaça de lesão ao patrimônio público.

2.19. O Decreto nº 8.420/2015, por sua vez, dispõe em seu art. 12 que os atos previstos como infrações administrativas à Lei nº 8.666/93, ou a outras normas de licitações e contratos da administração pública que também sejam tipificados como atos lesivos na Lei nº 12.846/2013, serão apurados e julgados conjuntamente, nos mesmos autos, aplicando-se o rito procedimental previsto neste Capítulo.

2.20. Na mesma linha, a IN nº 13/2019 também prevê a possibilidade de que a apuração siga o mesmo rito da apuração de responsabilidade administrativa de pessoas jurídicas de que trata a Lei nº 12.846/2013:

Art. 3º Na ausência de regras procedimentais próprias previstas em legislação específica, as disposições desta Instrução Normativa também poderão ser utilizadas para apurar:

I - infrações administrativas à Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ou a outras normas de licitações e contratos da administração pública, ainda que os fatos a serem apurados sejam anteriores à vigência da Lei nº 12.846, de 2013; e

II - infrações administrativas que ensejem a responsabilização de pessoas jurídicas por comportamento inidôneo ou pela prática de fraude ou simulação junto à Administração Pública.

2.21. Para arrematar, o art. 38 do supracitado Decreto dispõe que **“A Controladoria-Geral da União poderá conduzir e julgar os processos administrativos que apurem infrações administrativas previstas na Lei nº 12.846, de 2013, na Lei nº 8.666, de 1993, e em outras normas de licitações e contratos, cujos fatos tenham sido noticiados por meio do acordo de leniência.”**

2.22. A leitura sistemática de todos os dispositivos acima citados, portanto, não leva a outra conclusão senão a de que consta, dentre as atribuições da CGU, a de instaurar processo para apurar responsabilidades de entes privados, seja pelo ato lesivo previsto da Lei nº 12.846/13, seja pelas infrações previstas na Lei nº 8.666/93, e ainda outras normas de licitações e contratos da administração pública, como, no caso, a Lei 10.250/2002, em toda administração pública federal, de maneira concorrente aos órgãos e entidades lesados.

2.23. Por fim, a alegação da defesa de que o processo não foi instaurado para analisar violações à Lei do Pregão, e que a Comissão sempre mencionou artigos da Lei n. 8.666/93, não prospera, pelos mesmos fundamentos expostos na análise do argumento 1 acima.

Argumento 3 – Responsabilidade após transformação do tipo societário

38. *A SM21 atual e a SM21 da época dos fatos objeto deste PAR são companhias inteiramente distintas. Na nova administração, os gestores anteriores já não encontram lugar. (...)*

39. *Conforme se argumentou, esses fatos desautorizavam a aplicação das penalidades de inidoneidade e de impedimento de licitar, como indica o art. 4º, §1º, da Lei Anticorrupção:*

“Art. 4º Subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária”. “§ 1º Nas hipóteses de fusão e incorporação, a responsabilidade da sucessora será restrita à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido, não lhe sendo aplicáveis as demais sanções previstas nesta Lei decorrentes de atos e fatos ocorridos antes da data da fusão ou 10 de 41 incorporação, exceto no caso de simulação ou evidente intuito de fraude, devidamente comprovados”

40. *Tais considerações foram descartadas no Relatório Final, sob o único argumento de que a SM21 não teria passado por qualquer fusão ou incorporação propriamente ditas, únicos atos expressamente mencionados pelo parágrafo primeiro do art. 4º: (...)*

41. *Com todas as vênias, não se pode concordar com a r. Comissão. O art. 4º da Lei 12.846/13 é, antes de tudo, um indicativo da lógica que justificou a edição da Lei Anticorrupção e a delimitação de penas aplicáveis às as empresas que cometiam ilicitudes.*

(...)

43. *É por isso que ambos os diplomas normativos se preocuparam em esclarecer que, se a sociedade empresária que praticou os supostos atos ilícitos já não for mais a mesma empresa que se submete ao procedimento de responsabilização – seja porque a empresa passou por incorporação ou fusão, seja porque seu controle e sua administração foram alterados – devem ser limitadas as penas aplicáveis a essas companhias.*

(...)

48. *Se a nova SM21 Onet conserva com a acusada apenas parcela do nome empresarial, a eventual prática de algum ilícito pelos administradores e controladores antigos não representa qualquer indício de que tais atos voltarão a se repetir. Muito pelo contrário.*

49. *Permita-se o paralelo, aliás: é possível que numa fusão ou incorporação, o quadro gestor da sociedade fundida ou incorporada não se altere. Os gestores podem permanecer os mesmos. Não parece adequado supor que essa sociedade, cuja gestão continua igual, mereceria mais a limitação de responsabilidade que uma sociedade que, embora não tenha enfrentado essas específicas transformações societárias, enfrentou outras mudanças, ainda mais profundas e sensíveis, com troca integral de controle e gestão.*

50. *Como se diz em abalizada doutrina sobre a interpretação das leis, a norma sempre representa para o intérprete um modelo a ser seguido, não um comando específico dado pela autoridade para um específico destinatário.⁸ Consequentemente, exige-se do aplicador do Direito que, sabendo seguir o modelo, não traia o espírito normativo e não funcione como intérprete imitador e servil da própria norma.⁹ É muito mais relevante atentar na ratio legis que se prender à redação, como se o texto valesse mais que a razão.*

(...)

51. *No caso concreto, então, as alterações no controle e na administração da acusada demonstram que à SM21 poderia ser imposta, quando muito, a obrigação ressarcir eventuais prejuízos causados ao erário. Por serem mais do que uma simples “transformação do tipo societário”, essas mudanças sensíveis por que a acusada passou demonstram não estarem preenchidos os fundamentos justificadores da aplicação da pena de impedimento para licitar ou contratar com o Poder Público.*

2.24. O referido tema já foi enfrentado pela Comissão. Em que pese tenha havido a mudança dos gestores, há de se concordar com a CPAR de que a mencionada alteração não consiste em hipótese legal de exclusão ou redução da responsabilidade da pessoa jurídica.

2.25. O art. 4º, §1º, da Lei Anticorrupção traz expressamente as hipóteses de fusão e incorporação como aquelas em que a responsabilidade da sucessora será restrita à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado, e não hipóteses em que o controle e a administração da empresa

foram alterados, como quer fazer crer a defesa.

2.26. No caso da SM21 não houve sucessora, mas apenas uma alteração societária (passou de sociedade limitada para sociedade anônima de capital fechado), tendo havido em dezembro de 2016 a venda do controle acionário da SM21 ao grupo francês Onet.

2.27. Sobre o tema, o Manual de Responsabilização de Entes Privados da CGU dispõe que:

"A transformação é operação que redefine o tipo societário, independentemente de dissolução ou liquidação da pessoa jurídica. Por exemplo, trata-se da faculdade de converter uma sociedade limitada em sociedade anônima, nos termos do art. 1.113 do Código Civil.

A transformação não extingue a sociedade original. O ato visa, especialmente, à modificação da disciplina do relacionamento entre os sócios e da sociedade com terceiros. Nada obstante, a personalidade jurídica permanece incólume.

A transformação 'não incide sobre a identidade da sociedade, a qual permanece, mesmo depois da transformação, a mesma sociedade de antes e conserva os direitos e as obrigações anteriores à transformação'.

Nesse diapasão, para fins de responsabilização da Lei nº 12.846, de 2013, a transformação não difere das simples alterações do contrato social ou estatuto, porquanto se cingem a elementos que não interrompem a continuidade do sujeito de direito, conforme se depreende dos arts. 997 e 999 do Código Civil.

(...)

A propósito da transformação, o art. 1.115 do Código Civil é categórico no que diz respeito à proteção de terceiros: "A transformação não modificará nem prejudicará, em qualquer caso, os direitos dos credores.". A sintonia do art. 4º, caput, da LAC com tal regra é manifesta. Se, após a prática do ato lesivo, instauração ou conclusão do PAR, sobrevier a transformação societária, bem como ocorrerem modificações contratuais ou estatutárias, nada impedirá a aplicação das medidas do art. 6º da Lei Anticorrupção.

A transformação não afeta a personalidade jurídica da PJ infratora. Não cria hipótese de outra pessoa jurídica responsável. Por isso, não foi tratada no § 1º do art. 4º [da Lei nº 12.846/2013]."

2.28. Diante do exposto, refuta-se o pleito da empresa.

Argumento 4 – Transação com a Funarte

"52. (...) a acusada e a FUNARTE transacionaram sobre as aventadas irregularidades no Contrato de Brigada, mediante o pagamento voluntário de R\$ 2.685.872,38 pela SM21 à FUNARTE (ID 1902074).

(...)

56. (...) o valor envolvido na transação abarca o valor apresentado no Termo de Indiciação como representativo do suposto dano causado ao erário em virtude de 41 das inconsistências aferidas na fiscalização do Contrato de Brigada e, ainda, uma multa, de 10% do valor das diferenças, aplicada em desfavor da SM21.

57. Vale ressaltar: após as tratativas com o poder público, a SM21 não só efetuou a recomposição integral do dano estimado pela FUNARTE, como ainda honrou o pagamento de uma sanção pelos deslizes que lhes eram atribuídos na execução do Contrato.

58. Terceiro: o acordo estabeleceu a obrigação de a FUNARTE se abster de aplicar qualquer sanção prevista na Lei 8.666/93 valendo-se das mesmas inconsistências que eram transacionadas. A FUNARTE não outorgou apenas uma quitação genérica na cláusula 5ª; negociou, com todas as letras, a aplicação de quaisquer sanções, conforme se extrai das cláusulas quarta e quinta da transação: (...)

65. Em igual medida, o Manual de Responsabilização de Entes Privados, editado pela CGU, bem explica que a "Lei nº 12.846/2013 confere à CGU a competência concorrente de processar e punir os entes privados que perpetrem os atos lesivos do art. 5º da LAC no âmbito do Poder Executivo Federal. Por isso, é possível o desencadeamento de ações correccionais tanto por órgão ou entidade que sofreu a lesão quanto pela CGU" (página 118, item 16.5).

66. Além de aludir à competência da entidade que sofre a lesão, o Manual também destaca que, "em se tratando de infrações às normas das leis de contratação (Lei nº 8.666/93, Lei nº 10.520/2002, Lei nº 12.462/2011 e Lei nº 13.303/2016), concerne ao órgão ou à entidade contratante o poder-dever de responsabilizar os entes privados" (idem).

67. As normas de regência confirmam, pois, que, no tocante à responsabilização do ente privado

(e não se cuida nesta defesa de eventuais responsabilidades funcionais de agentes públicos), a FUNARTE dispõe de competência para celebrar a transação que celebrou e para outorgar a quitação que outorgou, resolvendo-se em definitivo questões atreladas à celebração e à execução do Contrato de Brigada.

(...)

69. (...) A SM21, de mais a mais, efetuou a recomposição integral dos possíveis danos que teriam sido causados ao erário, somados ainda, como dito, a uma penalidade de 10%, à conta do que se pode conferir nos cálculos de fl. 4 (SEI 1902074).

70. (...) A competência é concorrente, o acordo alcançado entre FUNARTE e SM21 vale, para a SM21, tanto quanto valeria um acordo celebrado entre a SM21 e a CGU em si.

71. Aliás, pela perspectiva da SM21, a FUNARTE é órgão integrante da Administração Pública Federal assim como o é a CGU. São entidades vinculadas a uma mesma pessoa jurídica de direito público. Nesse diapasão, as obrigações estabelecidas entre a SM21 e a FUNARTE merecem e precisam ser observadas pela CGU também, pelo que todas as inconsistências relacionadas à celebração do Contrato de Brigada e à execução do Contrato de Brigada estão alcançadas por negócio jurídico cuja eficácia só se poderia pôr em dúvida se fosse atacada a validade da transação, e não é essa a hipótese.

72. Do contrário, no que diz respeito à perspectiva individual da SM21, violam-se, especificamente, as disposições sobre a competência concorrente da CGU (art. 8º da Lei Anticorrupção e art. 13 do Decreto Federal nº 8.420/2015), e, ainda mais amplamente, a segurança jurídica que deve nortear qualquer relação público-privada.

73. O reconhecimento do acordo acarreta consequências importantes, em especial a vedação a que, na decisão final deste procedimento, a CGU penalize a SM21 por qualquer razão relacionada ao Contrato de Brigada."

2.29. A defesa reitera os argumentos já apresentados no momento da defesa.

2.30. Conforme mencionado já na Nota Técnica nº 3032/2020/COREP, o que restou acordado entre a SM21 e a Funarte foi a reposição de valores ao erário, em sede de gestão administrativa contratual.

2.31. A multa da Lei Anticorrupção, por sua vez, tem caráter punitivo. Inclusive, o § 3º do art. 6º dispõe que aplicação das sanções não exclui o dever de reparar o dano causado integralmente, o que reforça o entendimento de que a responsabilização trazida pela LAC não possui caráter reparador do dano.

2.32. O acordo firmado com a Funarte, portanto, não pode inibir a atuação da esfera administrativa sancionadora, bem como não impede a aplicação de outras penalidades, seja a de inidoneidade ou de impedimento de licitar (de acordo com o normativo aplicável), decorrente da apuração correcional.

2.33. Assim sendo, corroboramos o posicionamento adotado pela Comissão, de que o acordo extrajudicial celebrado entre a Funarte e a SM21, no valor de R\$ 2.685.872,38, não configura renúncia da União ao seu poder administrativo sancionador.

2.34. Sobre a competência concorrente deste órgão, conforme discorreu a defesa, ao citar o Manual de Responsabilização de Entes Privados, vale destacar que o referido Manual primeiro menciona que concerne ao órgão ou à entidade contratante o poder-dever de responsabilizar os entes privados em se tratando de infrações às normas das leis de contratação (Lei nº 8.666/93, Lei nº 10.520/2002, Lei nº 12.462/2011 e Lei nº 13.303/2016), pra depois afirmar sobre a competência concorrente da CGU, de forma que *"é possível o desencadeamento de ações correcionais tanto por órgão ou entidade que sofreu a lesão quanto pela CGU (em sede originária ou por avocação). Para regulamentar a atuação concorrente da CGU, o art. 13, § 1º, do Decreto nº 8.420/2015 fixa as circunstâncias que recomendam a intervenção da pasta no litígio 114."*

2.35. E assim continua (p. 118/119):

"Eventualmente, o ato lesivo pode enquadrar-se no art. 5º da Lei nº 12.846/2013 e num dispositivo doutra lei de regência sobre responsabilização administrativa (Lei nº 8.666/93, Lei nº 10.520/2002, Lei nº 12.462/2011 ou Lei nº 13.303/2016). Nessa situação, com arrimo no art. 12 do Decreto nº 8.420/2015, ocorrerá a apuração conjunta dos fatos nos mesmos autos.

(...)

No seio da apuração conjunta, não há óbice à aplicação de penalidades oriundas de fontes normativas diversas. Noutras palavras, é viável irrogar as sanções da Lei nº 8.666/93, ou de

qualquer lei de contratação pública, simultaneamente com as penas da Lei nº 12.846/2013 por força do art. 12, caput, do Decreto nº 8.420/2015. A competência para irrogar penalidades costuma variar de acordo com a espécie de sanção, razão por que se estipulou a possibilidade de cisão do julgamento na forma do art. 12, § 1º, do Decreto nº 8.420/2015.

Cabe anotar que a CGU, ainda que no exercício da competência concorrente, é autorizada a cominar as sanções da Lei nº 12.846/2013 cumuladas com a de qualquer diploma extravagante em matéria de responsabilização de entes privados."

2.36. E é justamente o que ocorreu no caso dos autos: o exercício pela CGU de sua competência concorrente, realizando a presente apuração conjunta, de acordo com art. 12 do Decreto nº 8.420/2015.

2.37. Após análise da denúncia, e do fato de a direção da Funarte, à época, estar resistindo à apuração e, supostamente, perseguindo os denunciantes, evidenciou-se a inexistência de condições objetivas para apuração naquele âmbito, enquadrando-se na previsão contida na alínea "a" do inciso VIII do art. 4º do Decreto nº 5.480/2005.

2.38. Assim, após análise dos documentos iniciais do Processo Licitatório nº 01530.000690/2013-02, identificou-se possível ocorrência de fraudes no processo licitatório, e considerando que o PAR nº 01530.000029/2019-84, instaurado na Funarte foi encerrado, sem apuração realizada a contento, entendeu-se pela necessidade de atuação direta da CGU também nesse caso, pelos mesmos motivos que ensejaram a atuação direta em relação aos agentes públicos.

Argumento 5 - Prescrição

2.39. A Comissão considerou um termo inicial da prescrição para os ilícitos referentes à assinatura dos Contratos de Manutenção e de Brigada de Incêndio, e outro referente às alegadas fraudes na execução desses instrumentos.

- fraude nos âmbitos dos pregões eletrônicos – prescrição da Lei nº 9.783/99
- fraude no âmbito da execução dos contratos - Lei nº 12.846/2013.

2.40. A defesa refuta os argumentos apresentados pela Comissão no Relatório Final, conforme trechos abaixo:

Fraude no âmbito da execução dos contratos

76. Em primeiro lugar, a respeito das supostas fraudes na execução do Contrato de Brigada, não é possível considerar como o marco inicial da prescrição o dia em que foi realizada a última visita técnica pela equipe da FUNARTE.

77. Perceba-se que a infração imputada à SM21 foi a de “supostamente ter se apropriado indevidamente de recursos da Fundação Nacional das Artes (FUNARTE) na prestação de serviços de brigada de incêndio, por meio de recebimento de pagamentos mensais por “postos fantasmas” (ID 2057984).

78. A apropriação indevida teria ocorrido em abril de 2014, junho de 2015 e janeiro de 2016 (SEI 1893082).

79. Os fatos imputados à SM21 são cognoscíveis no exato momento em que praticados. A Administração Pública é a destinatária imediata dos serviços de brigada de incêndio, “tem o dever de fiscalizar a execução dos contratos por ela firmados” 10 e indica, em todos os instrumentos que assina, um servidor para acompanhar a execução dos serviços (art. 67 da Lei Federal nº 8.666/93).

80. Então, a Administração sabia – ou tinha como saber – quantos e quais funcionários atuavam nos equipamentos culturais da FUNARTE. A circunstância de ter decidido realizar uma última visita técnica para instruir eventual acusação em face da SM21 não muda o fato de que os supostos ilícitos eram conhecidos desde muito antes 11 .

81. Não se pode confundir o marco inicial da prescrição – o momento em que a Administração Pública toma ciência da conduta dos particulares que com ela contratam – com a data que decide investigar e endereçar as supostas infrações praticadas.

(...)

84. Raciocínio semelhante se aplica ao Contrato de Manutenção Predial.

85. Nesse caso, segundo o Termo de Indiciação, a suposta fraude teria se efetivado por meio do recebimento i) “da diferença dos valores dos salários referentes à suposta contratação de profissional com nível técnico superior e dos salários recebidos por profissional de nível técnico

inferior”, ii) de “valores indevidos relativos à cobrança de salários mensais referentes a dois engenheiros e um encarregado fictícios”, e iii) de “valores indevidos relativos à cobrança por postos de trabalho de profissionais de nível médio em desacordo com os quantitativos de postos de trabalho estabelecidos no contrato”.

86. Também aqui, as infrações eram cognoscíveis pelo Poder Público no exato momento em que supostamente se as praticavam, uma vez que a FUNARTE realizava os pagamentos, recebia os serviços, e acompanhava a execução do contrato nos termos do art. 67 da Lei Federal nº 8.666/93. E não se alegue que a infração seria continuada, como consta do Relatório Final. A r. Comissão imputa infrações de naturezas diversas, praticadas em momentos isolados e perfeitamente identificáveis no tempo.

(...)

89. A prescrição de fato macula a pretensão punitiva estatal. Como a SM21 somente tomou conhecimento do conteúdo deste procedimento administrativo em 26.8.2021, no que se refere às alegações de irregularidades na execução dos contratos, estão prescritos todos os fatos ocorridos previamente a 26.8.2016.

90. Não colhe a alegação da Comissão de que só na realização da última vistoria é que a contagem estaria prescrita. Toda a pretensão punitiva, no final dos cálculos, está prescrita.

2.41. Quanto à fraude na execução dos contratos, se aplica a Lei nº 12.846/2013 a partir de 29/01/2014.

2.42. Nos termos do art. 25 da LAC, a prescrição ocorrerá em 5 (cinco) anos, contados da data da ciência da infração, ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado. E, na esfera administrativa ou judicial, a prescrição será interrompida com a instauração de processo que tenha por objeto a apuração da infração.

2.43. Tratando-se de ilícitos que ocorreram de forma continuada, a contagem se dá no momento em que tiver cessado.

2.44. Como visto acima, a defesa aduz que a apropriação indevida teria ocorrido em abril de 2014, junho de 2015 e janeiro de 2016, e que a Administração sabia – ou tinha como saber – quantos e quais funcionários atuavam nos equipamentos culturais da FUNARTE. A circunstância de ter decidido realizar uma última visita técnica para instruir eventual acusação em face da SM21 não muda o fato de que os supostos ilícitos eram conhecidos desde muito antes.

2.45. No entanto, vale destacar que, por meio da referida visita técnica, identificou-se, no caso do Contrato 1.119/2013 (brigada de incêndio), que as irregularidades continuavam ocorrendo:

2. Houve duas visitas técnicas realizadas nos Teatros: Glauce Rocha, no dia 27/07/2018, e; no Teatro Cacilda Becker, dia 10/08/2018. Nessas visitas, foi relatado pelos servidores responsáveis de ambas as casas que uma vez por semana, ou a cada 15 dias, o supervisor Raul costumava aparecer no local. Entretanto, segundo as cláusulas contratuais deveria haver dois postos de supervisor 12x36 no Teatro Glauce Rocha e, posto 12x36 no Teatro Cacilda Becker, totalizando a contratação de 6 funcionários. Também, Não há nenhum termo aditivo posterior que indique tal supressão contratual. (...).

2.46. Dessa forma, no mínimo até a data da visita técnica (10/08/2018) verificou-se a ocorrência das irregularidades no contrato, que teve sucessivas prorrogações até o 8º termo aditivo (01/08/2018 a 27/01/2019).

2.47. Assim, a Comissão considerou como termo inicial da prescrição, no caso do Contrato 1.119/2013 (brigada de incêndio), a data da última visita técnica da equipe da Funarte que identificou irregularidades, em 10.08.2018 (Nota Técnica 3032/2020/COREP – item 2.7 e 2.8). Nesse caso, o termo final, que se daria em 11.08.2023, que, acrescido dos 120 dias previstos na Medida Provisória nº 928/2020, passa a ser **09/12/2023**.

2.48. No caso do Contrato 1.094/2013 (manutenção predial), uma vez que a irregularidade nos pagamentos ocorreu durante toda a sua execução, a Comissão considerou a data do fim da vigência do contrato (30.06.2018). Nesse caso, o termo final seria 01.07.2023, mas acrescidos os 120 dias previstos na Medida Provisória nº 928/2020, passa a ser **29/10/2023**.

2.49. A defesa aduz ainda que:

"Também merece ser afastada a alegação formulada no item 62 do Relatório Final, no sentido de que a prescrição somente começaria a correr no momento em que os fatos ilícitos passaram a ser

conhecidos pela própria CGU, supostamente a “autoridade competente para a instauração do processo administrativo”. Em primeiro lugar, vale destacar que a alegação está baseada em precedente inaplicável ao caso concreto, pois proferido a partir da interpretação do art. 142, §1º da lei 8.112/90, diploma que “dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União” e, portanto, inaplicável à responsabilização de entes privados que contratam com o poder público, regida pela Lei n. 9.873/99. O argumento representa, data venia, um equívoco ainda porque a FUNARTE tem competência concorrente com a CGU para responsabilizar a SM21 (itens 64 a 73, acima), de forma que o seu conhecimento sobre os supostos atos ilícitos é suficiente para caracterizar o marco inicial da prescrição, nos termos do art.1º da Lei 9.873/99.”

2.50. A referida alegação procede, em parte.

2.51. Quanto à inaplicabilidade da interpretação do art. 142, §1º da lei 8.112/90, esclareça-se que tal entendimento foi trazido para exemplificar situação semelhante e que pode ser aplicado de forma análoga ao PAR, acerca do termo inicial da apuração no que diz respeito ao conhecimento do fato pela autoridade competente para a instauração da apuração de infrações administrativas, seja por meio do PAD (que apura responsabilidade de servidores públicos), seja por meio do PAR (que apura responsabilidade de pessoas jurídicas), no sentido de que não se considera a mera ciência da irregularidade por qualquer servidor público, mas sim pelo conhecimento inequívoco da infração pela autoridade competente.

2.52. Concordamos com a defesa, de que a autoridade competente não seria somente a CGU, mas também da Funarte. Dessa forma, nesse caso, contar-se-ia o prazo conforme mencionado na Nota Técnica 3032/2020/COREP: *a prescrição das fraudes contratuais ocorrerá a partir da data de ciência dos fatos pela autoridade instauradora do PAR nº 01530.000029/2019-84. Segundo Despacho da Coordenação de Administração da Direção Executiva (fl. 111), tal marco é o dia 09/01/2019, a partir do qual corre o citado prazo de 5 anos.*

2.53. O PAR nº 01530.000029/2019-84 no âmbito da Funarte foi instaurado por meio da Portaria nº 006, de 10/01/2019, momento em que houve a interrupção da contagem prescricional.

2.54. Verifica-se, portanto, que em qualquer das hipóteses, não houve a ocorrência da prescrição.

2.55. Quanto à fraude no âmbito dos pregões eletrônicos, a defesa aduz que:

“91. No que se refere às alegações de fraude às licitações, a prescrição salta aos olhos. Afinal, os contratos foram celebrados ainda em 2013. Ali, portanto, os ilícitos teriam sido praticados. É um momento estático, bem definido temporalmente, que evidencia a prescrição da pretensão punitiva exercida pela CGU mais de 8 anos após praticados os supostos atos ilícitos.

92. Para contornar a prescrição, a r. Comissão defendeu a aplicação do §2º do art. 1º da Lei n. 9.873/99: (...)

93. Segundo o Relatório Final, como o art. 90 da Lei de Licitações estabeleceu o crime de “frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório”, e como a pena máxima cominada a esse delito seria de 4 anos, o prazo prescricional para esse primeiro grupo de supostas infrações deveria ser arbitrado em 8 anos, nos termos do art. 109 do Código Penal. 94. O contra-argumento é singelo. A exceção prevista em referido parágrafo não se aplica ao caso da SM21, pois se está tratando aqui de procedimento sancionatório de pessoa jurídica, que não pode sofrer, naturalmente, qualquer sanção penal¹².

95. A SM21, na qualidade de empresa privada, não pratica crime e, portanto, não pode sofrer a influência dos dispositivos do Código Penal ou do Código de Processo Penal, de forma que também não se lhe podem aplicar os prazos prescricionais estabelecidos nessas leis. O prazo não é, assim, o da lei penal, mas, precisamente, o estabelecido nas leis de direito administrativo, à vista da natureza das alegadas infrações e da qualidade subjetiva da acusada, que é pessoa jurídica, não física.”

2.56. As condutas foram enquadradas na Lei nº 10.520/2002, que não estabelece um prazo prescricional, de forma que tal omissão é suprida pela Lei nº 9.873, de 1999, nos termos do artigo 1º, que assim dispõe:

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.

(...)

§ 2º Quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a

2.57. A aplicabilidade da Lei nº 9.873/99 nos casos de infrações cometidas por entes privados em procedimentos relacionados à licitações e contratos foi objeto de análise pela Coordenação-Geral de Uniformização de Entendimentos – CGUNE desta CGU (NOTA TÉCNICA Nº 2170/2019/CGUNE/CRG, disponível em <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/63598>), incluindo a aferição acerca da possibilidade de utilização do prazo prescricional penal na forma do § 2º, do art. 1º, da Lei nº 9.873/99, nos casos de infrações cometidas por entes privados em licitações e contratos efetivados com a Administração Pública Federal.

2.58. A referida análise concluiu pela validade da aplicação supletiva da disposição constante no § 2º, do artigo 1º, da Lei nº 9.873/99 nos casos de infrações resultantes de ação de pessoa jurídica em licitações e contratos, que também sejam caracterizadas como crime, destacando, inclusive, o alinhamento da motivação utilizada pelo legislador à época da feitura da Lei nº 9.873/99 à regra disposta no artigo §2º, do artigo 142, da Lei nº 8.112/1990 (Estatuto dos Servidores Públicos Federais), cuja equivalência e efeitos similares serviram de padrão e referência para produção e redação do novo dispositivo, apesar deste tratar de infrações disciplinares relacionadas aos servidores públicos federais: *Art. 142, §2º - Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime.*

2.59. Com fundamento no posicionamento adotado no Parecer nº 00294/2017/CONJUR-CGU/CGU/AGU (disponível em <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/45976>), a CGUNE salientou que a alteração de regência do prazo prescricional não mantém conexão direta com o sujeito ou mesmo com a ação desse sujeito – seja ela pessoa física ou jurídica –, mas sim, com o **fato constituído a partir desta ação.**

2.60. O Despacho nº 00535/2017/CONJUR-CGU/CGU/AGU, que aprovou o citado PARECER n. 00294/2017/CONJUR-CGU/CGU/AGU, assim dispôs:

"Quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição reger-se-á pelo prazo previsto na lei penal, trata-se de uma norma genérica, dirigida a um fato e não ao seu autor. Consequentemente, é aplicável tanto a pessoas físicas quanto pessoas jurídicas que venham a praticar irregularidade de tamanho grau de reprovabilidade."

2.61. Portanto, a Administração pode entender que a irregularidade configurada na esfera administrativa também se configure um ilícito penal, e assim seja utilizada a prescrição penal.

2.62. Assim, para os casos de não incidência da Lei Anticorrupção, é aplicada a Lei nº 9.873/1999, que prevê como marco inicial da contagem a data de prática do ato (ou de sua cessação, no caso de infrações permanentes ou continuadas), admitindo a interrupção da contagem, dentre outros motivos, por ato inequívoco de apuração dos fatos, assentando, ainda, que, quando o fato também constituir crime, será considerado o prazo da lei penal (cf. art. 1º, *caput* e §2º e art. 2º, II e III).

2.63. Nessa linha, a CPAR entendeu que a adequação típica, no caso, se dá pelo art. 90 da Lei de Licitações, no tipo de “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”, com pena de detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

2.64. O art. 109, IV, do Código Penal, por sua vez, determina que a prescrição regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, **verificando-se em em oito anos**, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro.

2.65. A CPAR trouxe ainda jurisprudência do STJ, segundo a qual o termo inicial da prescrição para o crime previsto no art. 90 da Lei de Licitações é a data de assinatura do contrato.

2.66. Dessa forma, considerando as datas de assinatura do Contrato 094/2013 (Manutenção Predial) em 01.07.2013 e do Contrato 119/2013 (Brigada de Incêndio) em 01.08.2013, aplica-se o prazo de 8 anos, acrescido de 120 dias estabelecidos na Medida Provisória nº 928/2020, que determinou a suspensão dos prazos prescricionais para aplicação de sanções administrativas decorrentes de processos de responsabilização (art. 6º-C e parágrafo único), passando a ser 30.10.2021 e 30.11.2021, respectivamente.

2.67. Como o prazo prescricional é interrompido pela notificação ou citação do indiciado ou por qualquer ato inequívoco que importe apuração do fato (art. 2º), a Comissão consignou que com a emissão da Nota Técnica nº 3032/2020/COREP, de 29.03.2021, houve a interrupção da contagem do prazo, levando o termo prescricional para 30.03.2029.

2.68. Diante do exposto, vislumbra-se que a apuração está sendo realizada dentro do prazo prescricional.

Argumento 6 – Constatações genéricas, prova indiciária e simples descumprimento contratual

107. Para conferir concretude ao que se afirma, perceba-se, conforme analisado no item 99 acima, que o Termo de Indiciação afirmava: “os valores referentes aos postos de supervisor teriam sido utilizados para cobrir os salários concernentes aos engenheiros e ao encarregado”, ou “os autos do processo administrativo denotam que os engenheiros supostamente disponibilizados pela contratada podem ter sido prepostos do contrato”. Não havia qualquer especificação i) dos meses em que isso teria acontecido, ii) da fonte de tal constatação, ou iii) da documentação que conferiria lastro à alegação. O Termo de Indiciação nem sequer mencionava as folhas do processo administrativo em que constariam as faturas incorretamente emitidas, ou em que se revelariam os ilícitos supostamente praticados.

108. Foi com base nesse cenário que a SM21 demonstrou, em sua defesa, que a generalidade das imputações formuladas pela r. Comissão violava o dever da motivação dos atos administrativos (art. 2º, caput e par. único, VII, da Lei Federal nº 9.784/99), que “impõe que o administrador exteriorize as suas razões de agir” 13 . Infringia, ainda, a presunção de inocência, pois “cabe ao Estado comprovar os fatos constitutivos dos tipos sancionadores dos ilícitos administrativos e penais” 14 , providência que, absolutamente, não foi cumprida.

109. Para refutar esses argumentos, não bastava que o Relatório Final simplesmente afirmasse que “os autos trazem farto conjunto probatório”, ou que “verifica-se o detalhamento das condutas” da análise do processo administrativo.

110. Era necessário apontar qual trecho dos depoimentos colhidos indica que “os valores referentes aos postos de supervisor teriam sido utilizados para cobrir os salários” de engenheiros e encarregados, ou qual vistoria apurou que “os engenheiros supostamente disponibilizados pela contratada podem ter sido prepostos do contrato”.

(...)

112. A vagueza da acusação e a ausência de indicação precisa das provas que embasam a acusação prejudicam, assim, o exercício do direito ao contraditório. Afinal, a indicição “é o momento processual que especifica os fatos imputados” ao administrado ou servidor público, “contra os quais este apresenta defesa” 15 . A doutrina bem adverte, no mesmo sentido, que o fato probando precisa ser determinado, “isto é, identificado no tempo e no espaço”, pois não se pode exigir do acusado a comprovação de uma negativa absoluta. “Nesses casos”, arremata-se, “o ônus probatório é de quem alegou o fato positivo” 16 .

(...)

114. O Relatório Final buscou afastar a tese de defesa da SM21 argumentando que os instrumentos assinados entre a acusada e a FUNARTE de fato obrigariam a SM21 à “disponibilização da mão de obra especificada” de acordo com “quantidade, a carga-horária e a qualificação dos profissionais” escolhidos pela FUNARTE e mencionados no Termo de Referência ao contrato, o que teria sido descumprido.

115. Entretanto, ao contrário do que afirma o Relatório Final, segundo o próprio instrumento assinado entre as partes, o objeto do Contrato de Manutenção era a prestação de “serviços gerais de manutenção predial civil, elétrica, hidráulica, hidrossanitária e sistema fixo de combate a incêndio” em determinados aparelhos culturais administrados pela FUNARTE (cláusula 1.2.1). O instrumento ainda determinava que a SM21 elaborasse “Plano de Manutenção Predial”, estabelecendo um “plano de rotinas de manutenção (...) prevendo, no mínimo, as rotinas de manutenção constantes do Anexo I” (cláusula 1.2.7).

116. O Poder Público contratou a prestação de serviços de manutenção – cumpridos pela elaboração dos planos anuais e pela disponibilização de funcionários que exercessem determinadas funções. O salário recebido pelos contratados da SM21 ou sua formação profissional exprimiam temas que estavam fora da influência da FUNARTE.

117. Nesse mesmo sentido, a listagem constante do “Termo de Referência”, mencionada no Relatório Final, refletia uma estimativa feita pela SM21 durante os estudos conduzidos para apurar o valor que poderia ser cobrado pelos serviços objeto de contratação pela FUNARTE. O termo não consistia em objeto da contratação e não estabelecia uma obrigação para a contratada, como demonstram as cláusulas 1.2.1 e 1.2.7 acima mencionadas.

118. Perceba-se, ainda, que em apenas um trecho o Contrato de Manutenção determinava a necessidade de contratação de certos funcionários. Na cláusula 1.3.5, estimava que, para o

cumprimento do objeto da contratação, seria necessária a disponibilização de: i) um supervisor de manutenção predial; ii) 11 eletricitistas de manutenção; iii) 11 bombeiros hidráulicos; e iv) um pedreiro. Entretanto, a cláusula 1.3.5 – que, segundo a acusação, foi cumprida – não exigia requisitos de formação específica para cada um deles, deixando à escolha da contratada a qualificação dos profissionais que ocupariam esses cargos."

2.69. Como visto, nesse ponto, a defesa traz questionamentos acerca do contrato de manutenção predial.

2.70. Quanto ao referido processo, de nº 01530.000136/2013-17, vale rememorar os documentos enviados pela denunciante: Anexo 1 (SEI 1893033 – histórico manutenção predial), Anexo 2 (SEI 1893034 – manutenção predial relatório) e Anexo 3 (SEI 1893035 – análise das planilhas de custo manutenção predial) trazendo relatos das supostas irregularidades, tais como: remuneração pelo salário de nível superior, quando o código CBO da vaga era de nível médio; contratação de um perfil diferente do solicitado no Termo de Referência; remuneração dos profissionais com salários inferiores aos previstos no Termo de Referência; dentre outros.

2.71. No Anexo 2 traz, ao final, a indicação das folhas do processo 01530.000136/2013-17 que comprovariam tais alegações.

2.72. Cumpre destacar o Ofício nº 253/2017, de 24/10/2017, encaminhado à SM21 (fls. 2172 - vol.12-05), questionando a empresa acerca das divergências detectadas na planilha de custos da empresa, referente a capacidade técnica exigida no Termo de Referência do contrato nº 1094/2013 para a função de supervisor técnico e a efetivamente contratada e alocada no contrato e a divergência entre os custos do supervisor técnico e os custos efetivamente pagos pela empresa na função de encarregado de turma. O referido documento é semelhante ao encaminhado no Anexo 3 (SEI 1893035).

2.73. Além disso, à fl. 2485 (vol. 13-17) consta documento datado de 24/09/2018, relativo à análise após os pedidos de repactuação postulados pela empresa, apontando incongruências encontradas nos processos de pagamento relativos ao contrato nº 1094/2013 e questionamentos relativos aos índices de reajuste apontados nas planilhas de custos atualizadas encaminhadas pela empresa, sendo oportuno destacar o seguinte trecho:

- 1 Foram observadas as planilhas de medição mensais e as folhas de pagamento no período compreendido entre julho/2013 e maio/2018. Em todos os meses observados há discrepância entre o valor orçado, e pago, nas planilhas de medição e o valor demonstrado nas folhas de pagamento.
- 2 Em todos os meses observados há incongruências relativas aos postos contratados e aqueles efetivamente disponibilizados à administração, em alguns momentos no que se refere a quantidade de postos, noutros no que se refere ao tipo de posto/função.
- 3 Especialmente quanto ao posto "Supervisor Técnico" aponte-se que não foi ocupado em nenhum momento, nem se demonstra haver profissional vinculado ao CBO 9501 apontado no Termo de Referência (TR) do contrato para exercício dessa função, ou mesmo quem fosse remunerado conforme o previsto para o posto
- 4 Nota-se evidente substituição desse profissional "Supervisor Técnico" CBO 9501 por outro, "Encarregado" CBO 313414 (Rio de Janeiro) ou "Encarregado" CBO 710205 (Brasília), de remuneração inferior e qualificação/capacitação diversa da prevista no TR para o posto "Supervisor Técnico".
- 5 Em função do exposto nos itens acima demonstra-se necessário averiguar as motivações da inobservância do previsto no contrato, assim como a destinação dos montantes relativos aos postos previstos e pagos, mas não disponibilizados à administração.
- 6 Nas planilhas contidas às folhas 2425 a 2484 demonstram-se os valores referentes às questões apontadas anteriormente. Vale ressaltar que para a demonstração das planilhas consideram-se todos os gastos apontados pela contratada como devidos, mesmo que posteriormente se aponte ser o contrário, de forma que, após análise contábil ou apuração, os valores possam ser alterados.
- 7 Aponte-se que os valores supostamente recebidos aquém do devido totalizam, antes de análise contábil ou atualização, os montantes a seguir:

2013 – 60.995,12
2014 – 211.941,39
2015 – 49.318,44
2016 – 157.256,03
2017 – 280.832,86
2018 – 106.241,64

TOTAL – 866.585,48

2.74. À fl. 2495 consta ofício de 26/10/2018 (vol 14-01) solicitando novos esclarecimentos

acerca das divergências encontradas (contudo, o referido ofício mencionou apenas outras divergências, e não às relativas aos postos contratados, conforme mencionados no parágrafo anterior). Não consta dos autos resposta a esse ofício.

2.75. Por fim, conforme observado no documento SEI 1893034, *"o ajuste promovido unilateralmente pela Contratada valeu-lhe um sobrepreço formidável em parcela significativa da vigência contratual, visto que todos os custos cobrados da Administração foram baseados na remuneração inicial de engenheiros, atualmente dimensionados em quase R\$ 18.000,00 mensais ao passo de que o desembolso da contratada era de apenas pouco mais de R\$ 7.000,00 mensais; 11- Tem-se notório que o elemento formador do preço é a massa salarial, sobre as quais incidem percentualmente quase todos os itens subsequentes da Planilha de Custos."*

Argumento 7 – Regularidade da licitação

2.76. A defesa aduz que há elementos que comprovam a regularidade das licitações questionadas pela Comissão, trazendo os mesmos argumentos já apresentados perante a Comissão.

2.77. Ainda que esses argumentos já tenham sido rebatidos, cumpre apresentar alguns esclarecimentos adicionais que corroboram o entendimento firmado anteriormente.

2.78. Após a transcrição de trechos já apresentados no momento da defesa, com os principais elementos que entende afastar as alegações da Comissão, aduz que *"o alegado conluio supostamente levado a efeito pela SM21 – inexistente! – nem sequer seria suficiente para afetar o resultado da licitação. De fato, a análise do histórico dos lances apresentados não aponta qualquer tentativa de simular a concorrência, uma vez que as principais propostas apresentadas durante o pregão foram encaminhadas pela SM21 (CNPJ 02.566.106/0001-82), pela TEKNO Sistemas de Engenharia (CNPJ 01.017.610/0001-60) e pela O.S. Engenharia Ltda. (CNPJ 07.242.256/0001-54 – que terminou inabilitada), sobre as quais o Termo de Indiciação não lança qualquer questionamento."*

2.79. E concluiu que: *"Ainda que fossem verdadeiros os imaginados conluios entre a SM21 e duas outras empresas que participaram dessas concorrências, todas as provas reunidas pela acusada demonstram que essa colusão não teria absolutamente nenhuma repercussão sobre a licitação."*

2.80. Nesse ponto, vale destacar que o conluio se trata de irregularidade formal, não dependendo de resultado para sua configuração. Assim, ainda que, no entendimento da defesa, pareça inócuo, insuficiente para afetar a licitação, foram relacionadas condutas que apontam nesse sentido, o que, por si só, é suficiente, sem ser necessário questionar o motivo ou o benefício.

2.81. Conforme asseverado pela Comissão, a Nota Técnica nº 3032/2020/COREP (SEI [1902099](#)), em seu Item 2.10 a 2.16, relaciona diversos indícios convergentes, tais como, empregado da SM21 assinando proposta para a Fire Rio, empregados da SM21 figurando como sócios da GRAAL, similaridade de layout e formatação idênticos nos orçamentos apresentados por empresas diferentes, identidade de valores propostos com sobrepreço.

2.82. Dessa forma, considerando a existência de vários indícios convergentes, corroboramos o entendimento da Comissão.

Argumento 8 - Dosimetria da pena

"141. A imposição dessa proibição abrangente não parece nem um pouco adequada aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, nem à necessária adequação entre meios e fins exigida pelo art. 2º, par. único, VI, da Lei 9.784/99 e pelo art. 5º do Decreto-Lei n. 4.657/42.

142. Insista-se que a SM21 que apresenta esta manifestação não é a mesma SM21 que teria praticado os atos descritos pela r. Comissão. A empresa foi vendida a novos controladores e hoje faz parte de um conglomerado econômico internacional que alterou profundamente a forma de fazer negócios da SM21. Foi instituído código de ética, foram dispensados os administradores e os gestores que trabalhavam na empresa antes da aquisição, adaptando-a aos padrões internacionais que regem a atuação do Grupo ONET.

(...)

144. A proposta de encaminhamento constante do Relatório Final representaria impedir o exercício de atividade empresarial pela SM21 Onet, condenando-a à quebra. E, por outro lado,

permitir que a SM21 nos moldes atuais continue participando de licitações não representa qualquer risco para a moralidade administrativa.

145. Essa foi, inclusive, a conclusão a que acabou de chegar uma comissão formada por integrantes do Ministério da Fazenda que, analisando acusações formuladas contra a SM21 por outros atos praticados antes de sua integração ao Grupo ONET, decidiu por sugerir o afastamento da declaração de inidoneidade “tendo em vista as peculiaridades do caso em tela”, em especial o fato de que “o ato lesivo foi praticado pela administração anterior; ou seja, administração atual da empresa não cometeu irregularidade nocente” (doc. 1).

146. Além desse aspecto fundamental, também merece ser questionada a sugestão de publicação extraordinária de eventual decisão sancionadora. O Relatório Final tratou essa penalidade como uma consequência automática da constatação de eventual ilícito administrativo e deixou de apresentar qualquer justificativa para a sua aplicação no caso concreto.

147. No que se refere à publicação extraordinária, é importante considerar a orientação constante do Manual Prático de Cálculo de Sanções da Lei Anticorrupção, elaborado pela própria CGU. A Controladoria constata, na página 32 do documento, que a Lei Anticorrupção atribuiu “maior grau de discricionariedade” ao Administrador para a aplicação dessa sanção, o que pode causar “certo nível indesejado de insegurança jurídica e falta de uniformidade por parte da Administração Pública”, razão pela qual se exigiria da r. Comissão ao menos a indicação das particularidades do caso concreto que justificam essa forma de apenamento.

148. O Relatório Final não preenche esse requisito de motivação.

149. Além disso, no caso da SM21, diversas razões que militariam em favor do afastamento da sanção.

150. Novamente voltam-se as atenções para a alteração dos acionistas, da administração e das políticas da SM21 após a aquisição pelo Grupo ONET (capítulo III). Essas mudanças profundas fazem com que também a aplicação da penalidade de publicação extraordinária não se justifique. É inócuo se preocupar em comunicar ao público a prática de atos ilícitos pela acusada justamente porque a SM21 preserva apenas o nome da empresa que teria praticado essas irregularidades, mas não se sujeita mais aos desígnios dos mesmos indivíduos que a conduziam na época dos acontecimentos narrados pela Comissão.

151. Foi também por esse motivo que, no já mencionado procedimento de responsabilização instaurado pelo Ministério da Fazenda, recomendou-se também o afastamento dessa penalidade (doc. 1).

2.83. A empresa reitera a questão da mudança de gestão, contudo, conforme já exposto na análise do argumento 3, eventual transformação societária, bem como modificações contratuais ou estatutárias não impedem a aplicação das medidas do art. 6º da Lei Anticorrupção.

2.84. A defesa afirma que a aplicação da pena de publicação extraordinária exige motivação idônea, além da observância da proporcionalidade e razoabilidade, como instrumentos legitimadores da aplicação da sanção. Aponta que a comissão não se desincumbiu de demonstrar a necessidade de aplicação da medida.

2.85. Nessa linha, informou que a Comissão de PAR instaurado no Ministério da Fazenda, analisando acusações formuladas contra a SM21 por outros atos praticados antes de sua integração ao Grupo ONET, decidiu por sugerir o afastamento **da declaração de inidoneidade** “tendo em vista as peculiaridades do caso em tela”, em especial o fato de que “o ato lesivo foi praticado pela administração anterior; ou seja, administração atual da empresa não cometeu irregularidade nocente”, bem como recomendou o afastamento da penalidade de publicação extraordinária da decisão sancionadora.

2.86. Nesse ponto, vale destacar que não há qualquer menção a pena de declaração de inidoneidade naquele processo, mas somente às penas de multa e de declaração de publicação extraordinária da decisão sancionadora relativas à LAC. O que a Comissão de PAR do Ministério da Fazenda recomendou não aplicar foi esta última.

2.87. Ocorre que a Comissão atua de forma independente dentro da estrita legalidade, na busca da verdade material e não visa impor penalidades como mecanismo preventivo. Assim, os elementos evidenciados no presente processo foram suficientes para a avaliação por parte da CPAR, que tirou suas próprias conclusões, seguindo o rito estabelecido no PAR.

2.88. Inclusive, quanto à motivação da decisão de publicação extraordinária, questionada pela defesa, a Comissão recomendou a sua aplicação em 45 dias tendo em vista a alíquota final aplicável à SM21, e considerando, ainda, a consumação da infração, a situação econômica do infrator e o valor dos

contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão lesado, conforme parágrafo 103 do Relatório Final.

2.89. Quanto à suposta desproporcionalidade da pena de impedimento de licitar e contratar com a Administração, vale destacar que, assim como Lei nº 8.666/93, o art. 7º da Lei nº 10.520/2002, ao incluir dentro de sua abrangência o comportamento inidôneo, tem por objetivo proteger não só o patrimônio público econômico, mas a própria moralidade administrativa, caso em que é irrelevante para a consumação da infração administrativa a demonstração de prejuízos suportados pelo erário ou eventuais vantagens auferidas pelo agente privado, aspectos esses que devem ser entendidos como mero exaurimento da conduta ilícita. Na hipótese, a ilicitude decorre diretamente da própria conduta, independentemente dos resultados materiais dela advindos, uma vez que em manifesta violação aos princípios constitucionais que regem a relação jurídica firmada entre administrado e Administração Pública. Neste sentido, registre a importante decisão do Supremo Tribunal Federal acerca do tema:

A lesividade decorre da ilegalidade. Esta é in re ipsa. O agente administrativo apenas pode decidir em face das finalidades encampadas no ordenamento jurídico. A ele é dada a competência apenas para que atinja boa prestação dos serviços públicos. O fim gizado na norma constitucional ou legal é o objetivo único do agente. Sua competência destina-se a alcançar os fins traçados no sistema normativo. A ilegalidade do comportamento, por si só, causa o dano. (RE 160.381-SP, rei. Min. Marco Aurélio, j. em 29.03.94, DJ. 20-03-1994)

2.90. Na seara do Direito Administrativo Sancionador, sub-ramo do Direito Administrativo, a razão pela qual a lei qualifica certos comportamentos como infrações administrativas, e prevê sanções para quem nelas incorra, é desestimular a prática daquelas condutas censuradas ou constranger ao cumprimento das obrigatórias, de modo que se permite considerar o dano efetuado quando em risco o arcabouço principiológico que sustenta à atuação da Administração Pública. Observe-se que no Direito Administrativo, orientado à defesa e promoção do interesse público primário, a presunção do dano é técnica recorrente. Assim, por exemplo, o art. 4º da Lei de Ação Popular encerra inúmeras hipóteses de dano presumido ao erário, cujas presunções foram preestabelecidas por expressa disposição legal.

2.91. A defesa questionou ainda, no tocante às agravantes e atenuantes da multa, os seguintes aspectos:

- colaboração da pessoa jurídica:

"(...) a r. Comissão não aplicou nenhuma atenuante “pelo grau de colaboração da pessoa jurídica”, supostamente porque a “SM21 não apresentou à comissão elementos que pudessem auxiliar no deslinde dos atos lesivos ou na quantificação do dano”. Evidentemente, a acusada não pôde apresentar provas que contribuíssem para a persecução de outros ilícitos praticados por terceiros relacionados ao objeto do presente PAR, uma vez que a acusação narrou fatos que teriam sido praticados pelos antigos gestores da SM21 e que a ela seriam exclusivamente imputáveis.

154. O fato de não se ter apresentado elementos que pudessem contribuir para a apuração de responsabilidade de outras empresas – por impossibilidade fática, uma vez que não existiam outras empresas envolvidas nos atos narrados pela r. Comissão – não afasta a constatação de que a SM21 colaborou sim com a Administração Pública, assinando transação com a FUNARTE que implicou no ressarcimento integral dos prejuízos que a União teria sofrido em razão dos supostos ilícitos cometidos no Contrato de Brigada."

2.92. Quanto a esse ponto, entende-se que a aplicação deste critério ocorrerá geralmente em sede de acordo de leniência, uma vez que a lei trouxe esse instrumento específico para o caso das empresas que admitam sua participação no ato lesivo e cooperem com as apurações.

2.93. No âmbito do PAR, a depender do objeto de apuração, a comissão pode considerar que o ente privado processado colaborou na medida em que, espontaneamente ou quando solicitado, entregou, total ou parcialmente, informações e documentos relevantes para o deslinde da apuração, tal como a entrega de documentos que comprovem a prática do ato lesivo ou ainda que auxiliem a Administração a quantificar o eventual dano causado.

2.94. Dessa forma, não sendo o caso dos autos, adequada a atribuição feita pela Comissão.

- tolerância ou ciência do corpo diretivo ou gerencial da pessoa jurídica

(...) o Relatório Final sugeriu o acréscimo de um percentual agravante em razão da “tolerância ou ciência do corpo diretivo ou gerencial da pessoa jurídica”. A sugestão parece fora de propósito

também em razão da alienação da Companhia. Os administradores e proprietários que praticaram os supostos atos ilícitos analisados pela r. Comissão não são os atuais controladores ou administradores da SM21

156. Pessoas que não tiveram “tolerância ou ciência” dos atos que são imputados à acusada terminariam arcando injustamente com uma substancial penalidade.

2.95. Em que pese a alegada mudança dos administradores, a presente responsabilização refere-se à pessoa jurídica e que eventuais trocas societárias não trazem repercussão para o PAR, como bem observado pela Comissão.

2.96. Assim, tendo o corpo diretivo, à época, conhecimentos dos fatos, incide a referida agravante.

2.97. Nesse sentido, a CPAR citou que:

"Conforme registro dos responsáveis constantes no parágrafo 11 deste Relatório, verificou-se que seus sócios-diretores tinham ciência dos fatos, uma vez que: o sócio-Diretor Marcio Rosa da Costa (1998-2020) é quem assina todos os contratos e aditivos, quem assina propostas de preços (SEI 1896339), quem apresentou recursos no pregão eletrônico 11/2013 (SEI 1896310), quem foi indicado como responsável legal e técnico da SM21 (SEI 1897107 – fl. 1466), quem é o destinatário de documentos da Funarte (SEI 1896490, 1896881, 1896332, 1897089); em outras ocasiões atuou, também, o sócio-Diretor Silvério Falciano (1998-2019) como destinatário de encaminhamentos da Funarte (SEI 1897094, 1897098), assinou declarações (SEI 2106924), também foi indicado como engenheiro e responsável técnico no âmbito do pregão 11/2013 (SEI 1896276 – fl. 628)."

2.98. Dessa forma, entendemos cabível a aplicação do referido percentual.

- da vantagem auferida pela SM21

158. A r. Comissão, então, considerou que a vantagem auferida pela SM21 em razão dos atos analisados neste PAR seria de R\$ 4.002.870,93 (R\$ 2.380.574,87 referentes ao Contrato de Brigada e R\$ 1.622.296,06 referentes ao Contrato de Manutenção).

159. Parece um claro equívoco afirmar, para o fim de estabelecer o limite mínimo da multa (art. 17 do Decreto n. 8.420/15), que a SM21 teria auferido como vantagem indevida R\$ 2.380.574,87 com as supostas irregularidades referentes ao Contrato de Brigada. Esse montante foi integralmente devolvido à FUNARTE por meio da transação assinada com o Fundação, ainda acrescido de uma multa (capítulo IV), o que também demonstra a impossibilidade de que a fixação de uma nova penalidade pecuniária, neste momento, leve em consideração os supostos ilícitos referentes ao Contrato de Brigada.

160. A majoração de R\$ 3.112.440,00 para R\$ 4.002.870,93, a fim de equalizar a multa ao proveito, perde todo seu sentido diante dessa recordação quanto à devolução de R\$ 2.380.574,87 aos cofres públicos. A multa não poderia ter experimentado esse referido acréscimo na dosimetria.

161. Há ainda um último ponto a se considerar sobre o Relatório Final. A r. Comissão consignou, ao identificar o dano causado à Administração em R\$ 4.002.870,93, que R\$ 2.380.574,87 teriam sido ressarcidos pela SM21 em razão do acordo assinado com a FUNARTE. Cabe apenas destacar que esse montante merece ser majorado, para se consignar na decisão final sobre o PAR ao menos que a SM21 já restituiu à administração pública o valor de R\$ 2.685.872,38, montante efetivamente pago em cumprimento à transação (ID 1902074).

2.99. De fato, o valor a ser restituído à administração pública foi de R\$ 2.685.872,38. Não obstante, tal ressarcimento, referente ao contrato de brigada de incêndio deve ser considerado, assim como foi pela Comissão, apenas para fins de concessão da atenuante do art. 18, II, do Decreto nº 8.420/2015 (comprovação de ressarcimento pela pessoa jurídica dos danos a que tenha dado causa). O máximo é de 1,5%, e a Comissão atribuiu 1% de atenuante, haja vista que não houve ressarcimento relativo ao contrato de manutenção predial.

DAS PENALIDADES SUGERIDAS

2.100. A CPAR concluiu pela aplicação das seguintes penalidades à empresa SM21:

a- multa, no valor de **R\$ 4.002.870,93**, nos termos do inciso I do artigo 6º da LAC, conforme memória do cálculo constante do item V.1 do Relatório Final;

b- **publicação extraordinária** da decisão administrativa sancionadora, nos termos do inciso II do artigo 6º da LAC, conforme item V.2 do Relatório Final;

i. em meio de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional;

ii. em edital afixado no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, em localidade que permita a visibilidade pelo público, pelo prazo de 45 dias; e

iii. em seu sítio eletrônico, em destaque na página principal do referido sítio, pelo prazo de 30 dias.

c- **impedimento para licitar ou contratar com a União pelo período de 4 anos** nos termos do artigo 7º da Lei nº 10.520/2002 e do artigo 28 do Decreto nº 5.450/2005 (vigente até 27.10.2019).

2.101. No tocante ao cálculo da multa, a defesa apresentou alegações quanto alguns pontos, os quais foram analisados no tópico da dosimetria da pena (parágrafos 2.83 a 2.99).

2.102. Após análise do relatório e da manifestação final da empresa, tem-se o seguinte quadro resumo da dosimetria sugerida:

	Dispositivo do Dec. 8.420/2015	Percentual aplicado
Art. 17 Agravantes	I - um por cento a dois e meio por cento havendo continuidade dos atos lesivos no tempo;	+ 1,5%
	II - um por cento a dois e meio por cento para tolerância ou ciência de pessoas do corpo diretivo ou gerencial da pessoa jurídica;	+ 2,5%
	III - um por cento a quatro por cento no caso de interrupção no fornecimento de serviço público ou na execução de obra contratada;	0%
	IV - um por cento para a situação econômica do infrator com base na apresentação de índice de Solvência Geral - SG e de Liquidez Geral - LG superiores a um e de lucro líquido no último exercício anterior ao da ocorrência do ato lesivo;	0%
	V - cinco por cento no caso de reincidência;	0%
	VI - no caso de os contratos mantidos ou pretendidos com o órgão ou entidade lesado;	1%
Art. 18 Atenuantes	I - um por cento no caso de não consumação da infração;	0%
	II - um e meio por cento no caso de comprovação de ressarcimento pela pessoa jurídica dos danos a que tenha dado causa;	- 1%
	III - um por cento a um e meio por cento para o grau de colaboração da pessoa jurídica com a investigação ou a apuração do ato lesivo, independentemente do acordo de leniência;	0%
	IV - dois por cento no caso de comunicação espontânea pela pessoa jurídica antes da instauração do PAR acerca da ocorrência do ato lesivo; e	0%
	V - um por cento a quatro por cento para comprovação de a pessoa jurídica possuir e aplicar um programa de integridade, conforme os parâmetros estabelecidos no Capítulo IV.	0%
Alíquota aplicada		4%
Base de cálculo		R\$ 77.811.000,00
Multa preliminar		R\$ 3.112.440,00
Limite mínimo		R\$ 4.002.870,93 (vantagem auferida)

Limite máximo	R\$ 12.008.612,79 (triplo da vantagem apropriada)
Valor final da multa da LAC	R\$ 4.002.870,93

2.103. Quanto às imputações do artigo 88, incisos II e III, da Lei nº 8.666/1993, a Comissão entendeu por revisá-las, uma vez que as condutas ocorreram no âmbito de pregões eletrônicos, imputando à empresa o comportamento inidôneo, nos termos do artigo 7º da Lei 10.520/2002 – para o qual cabe a pena de impedimento para licitar ou contratar, no âmbito da União, mais branda que aquela aplicável às imputações da Lei de Licitações, qual seja, a de declaração de inidoneidade.

2.104. Quanto ao prazo de referida penalidade, a Lei nº 10.520/2002 deixou margem de discricionariedade, na medida em que não delimitou um prazo mínimo, mas apenas o prazo máximo de 5 anos da sanção para cada espécie de falta cometida que possa ter o potencial de frustrar os objetivos da licitação ou falhar na execução contratual. Assim, cabe à Administração, respeitados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, avaliar as especificidades de cada caso e a gravidade das condutas apuradas, e delimitar de forma motivada a extensão temporal da sanção.

2.105. No presente caso, a Comissão pontuou como agravante o fato de que os atos tiveram, além da ciência do corpo gerencial da pessoa jurídica, a participação direta dos seus sócios, bem como que os atos não se limitaram à fase interna da licitação, tendo avançado para a fase externa e a assinatura de contratos de alto valor, a saber: manutenção predial e brigada de incêndio, nos valores iniciais de R\$ 1.836.999,55 e R\$ 2.139.933,48, respectivamente, que ao final alcançaram os valores de R\$ R\$ 10.431.472,96 e R\$ 16.222.960,65.

2.106. Em acréscimo, a Comissão destacou que as irregularidades nos contratos ocorreram de forma reiterada mensalmente durante vários anos (2013-2019), o que reforça a gravidade das condutas apuradas.

2.107. Como atenuante, pontuou que houve o ressarcimento ao erário pela pessoa jurídica.

2.108. Diante do exposto, considerando o prazo máximo de 5 (cinco) anos de impedimento estabelecida pela Lei do Pregão, entende-se que o prazo de 4 (quatro) anos, sugerido pela Comissão, se mostra adequado e proporcional à conduta apurada no âmbito deste PAR.

3. CONCLUSÃO

3.1. Em vista dos argumentos aqui expostos, opina-se pela regularidade do PAR.

3.2. Entende-se que o processo foi conduzido em consonância com o rito procedimental previsto em lei e normativos infralegais, e com efetiva observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, enquanto consectários do devido processo legal, não se verificando qualquer incidente processual apto a ensejar a nulidade de atos processuais.

3.3. Ademais, não se observa a existência de fato novo apto a modificar a conclusão a que chegou a CPAR.

3.4. Dessa forma, sugere-se acatar as recomendações feitas pela CPAR em seu Relatório Final e tendo em vista as presentes considerações, sugere-se o encaminhamento dos autos às instâncias superiores desta Corregedoria-Geral da União e, estando de acordo, à Consultoria Jurídica para a análise de sua competência, nos termos do §4º do art. 9º do Decreto nº 8.420, de 2015, e do art. 24 da IN CGU nº 13, de 2019.

3.5. Por fim, nos termos do art. 55, inciso II, *in fine*, da Portaria nº 3553/2019, encaminha-se a Minuta de Decisão SEI 2388466 subsequente.

3.6. É o que se submete à consideração superior.



Documento assinado eletronicamente por **JONIA BUMLAI SOUSA STIEGEMEIER, Auditor Federal de Finanças e Controle**, em 03/08/2022, às 09:34, 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 2247913 e o código CRC F62C3CB0

Referência: Processo nº 00190.102835/2021-46

SEI nº 2247913



CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

DESPACHO COREP - ACESSO RESTRITO

1. Estou de acordo com a Nota Técnica nº 97/2022/COREP (SEI 2247913), que, em síntese, concluiu pela regularidade do presente Processo Administrativo de Responsabilização, com o registro de que os argumentos invocados pela defesa não foram suficientes para afastar as respectivas responsabilidades indicadas pela Comissão processante.
2. Submeto, assim, à apreciação do Sr. Diretor de Responsabilização de Entes Privados, a proposta de encaminhamento dos autos à consideração do Sr. Corregedor-Geral da União e subseqüente envio à CONJUR.



Documento assinado eletronicamente por **CYRO RODRIGUES DE OLIVEIRA DORNELAS**, Coordenador-Geral de Instrução e Julgamento de Entes Privados, em 03/08/2022, às 12:01, 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 2388478 e o código CRC 7C6B5DB3

Referência: Processo nº 00190.102835/2021-46

SEI nº 2388478



CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

DESPACHO DIREP

1. No uso das atribuições constantes do art. 54, IV do Regimento Interno da CGU (Port. 3.553/2019), acolho os fundamentos constantes do Despacho COREP precedente para me manifestar pela regularidade do presente Processo Administrativo de Responsabilização.
2. Com efeito, os argumentos de fato e de direito externados pelas peças técnicas anteriores constantes dos autos (Relatório Final da CPAR e Nota Técnica COREP, que analisou as alegações finais da pessoa jurídica) demonstram as justificativas para a imposição das sanções administrativas sugeridas.
3. Portanto, o processo está apto para avaliação da autoridade julgadora competente (Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União), após a necessária manifestação da Consultoria Jurídica deste órgão.
4. Ante o exposto, submeto os autos à consideração do Sr. Corregedor-Geral da União com proposta de que o feito seja submetido à CONJUR/CGU.



Documento assinado eletronicamente por **MARCELO PONTES VIANNA, Diretor de Responsabilização de Entes Privados**, em 04/08/2022, às 18:45, 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 2464867 e o código CRC 27175B8B



CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

DESPACHO CRG

1. De acordo com a manifestação da DIREP.
2. Conforme art. 24 da IN CGU nº 13/2019, encaminhem-se os autos à CONJUR/CGU para manifestação jurídica prévia ao julgamento do Sr. Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União.



Documento assinado eletronicamente por **GILBERTO WALLER JUNIOR, Corregedor-Geral da União**, em 05/08/2022, às 09:01, 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 2465637 e o código CRC 79D4BE55

Referência: Processo nº 00190.102835/2021-46

SEI nº 2465637