



CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

NOTA TÉCNICA Nº 3392/2023/CGIST-ACESSO RESTRITO/DIREP/SIPRI

PROCESSO Nº 00190.102835/2021-46

INTERESSADO: DIRETORIA DE RESPONSABILIZAÇÃO DE ENTES PRIVADOS (DIREP)

1. RELATÓRIO

1.1. Tratam os presentes autos de Processo Administrativo de Responsabilização (PAR) instaurado nesta CGU em face da pessoa jurídica **S.M.21 ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES S.A.**, inscrita no CNPJ sob o número 02.566.106/0001-82.

1.2. Os trabalhos da Comissão Processante se encerraram em 11/11/2021, com a emissão de Relatório Final (SEI 2166637) e registro em Ata de Deliberação (SEI 2166869).

1.3. Na instrução processual, seguiu-se o protocolo de manifestação da interessada ao Relatório Final (SEI 2195419).

1.4. Assim, procedeu-se a nova análise da CRG por meio da Nota Técnica Nº 97/2022/COREP/CRG (SEI 2247913), de 3/8/2022, a qual concluiu pela regularidade processual, conforme trecho abaixo acostado:

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

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.

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

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.

Por fim, nos termos do art. 55, inciso II, in fine, da Portaria nº 3553/2019, encaminha-se a Minuta de Decisão SEI2388466 subsequente.

É o que se submete à consideração superior.”

1.5. Com tais conclusões concordou a CONJUR/CGU, a qual, por meio do Parecer nº 00151/2023/CONJUR-CGU/CGU/AGU, aprovado pelo Despacho nº 00116/2023/CONJUR-CGU/CGU/AGU (SEI 2795432), fundamentou a Decisão nº 139/2023, do Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União, publicada no DOU em 10/5/2023 (SEI 2795433).

1.6. Em 19/5/2023, foi protocolado Pedido de Reconsideração (SEI 2814966), dotado de efeito suspensivo, por força do art. 15, *caput*, do Decreto nº 11.129/2022.

1.7. Por conseguinte, os presentes autos retornaram a esta Coordenação, por meio do Despacho COPAR SEI nº 2815163, para análise do pedido e produção de subsídios à decisão do Sr. Ministro da CGU.

1.8. É o breve relato.

2. DA TEMPESTIVIDADE

2.1. Preliminarmente, verifica-se a tempestividade do referido Pedido de Reconsideração, protocolado dentro do prazo de 10 dias previsto pelo art. 15 do Decreto nº 11.129/2022, conforme Petição (SEI 2814966).

2.2. Assim, passa-se aos argumentos apresentados por último pela defesa e respectiva análise.

3. DA ANÁLISE

3.1. No pedido de reconsideração, a Defesa alega, de forma sumariada:

I - Violação ao contraditório e à ampla defesa;

II - Incompetência da CGU;

III - Prescrição da pretensão sancionadora;

IV - Não ocorrência de mera “transformação do tipo societário”;

V - A transação celebrada com a FUNARTE para reparação dos danos impede a penalização da SM21 por questões relacionadas ao Contrato de Brigada;

VI - Inexistência de inconsistências na execução dos contratos;

VII - Regularidade do procedimento licitatório; e

VIII - Inadequada dosimetria da pena.

3.2. As teses mencionadas, assim como as respectivas fundamentações, serão analisadas em tópicos específicos, a seguir.

Tese I: Violação ao contraditório e à ampla defesa

3.3. A Defesa alega, no que tange à violação ao contraditório e ampla defesa, que a CPAR inovou ao, no relatório final, sugerir a

pena de impedimento para licitar e contratar com o Poder Público com base na Lei 10.520/2002. embora, de acordo com a Defesa, somente foram apurados fatos relacionados à Lei nº 8.666/1993 e 12.846/2013. Aduz ainda que a alegada inovação configura decisão surpresa.

3.4. A questão se trata de reiteração de argumento já lançado na manifestação ao Relatório Final da CPAR (SEI 2195419) e examinado na Análise de Regularidade (SEI 2247913) e no Parecer da CONJUR (SEI 2795432).

3.5. A esse respeito, a Análise de Regularidade, consubstanciada na Nota Técnica nº 97/2023 (SEI 2247913, p. 4) registrou:

“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.

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.

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.

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.

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.” (Grifos nossos)

3.6. Por sua vez, foi consignado no Parecer da CONJUR (SEI 2795432, p. 15):

“87. Em relação à aplicabilidade da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, esclarecemos que esse diploma legal trata da modalidade de licitação denominada “Pregão” (presencial ou eletrônico).

88. Considerando que algumas das irregularidades ocorreram em procedimentos licitatórios realizados nessa modalidade, não restam dúvidas de que foi aplicada a legislação correta.

89. **Por outro lado, não se pode falar em ilegalidade na alteração do enquadramento da conduta, uma vez que as irregularidades constantes no Termo de Indicição foram as mesmas que fundamentaram as conclusões da Comissão Processante, ou seja, não houve alteração dos fatos.**

90. **Como a defesa foi feita com base no indiciamento (nos fatos ali descritos), não se pode falar em prejuízo.**

91. **Ademais, vale destacar que a pena de “impedimento para licitar ou contratar com a União é mais branda” do que a prevista na Lei de Licitações (declaração de inidoneidade), o que confirma a ausência de prejuízo à defesa.**

92. Portanto, foram respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa, não havendo óbice à aplicação do disposto na Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002.” (Grifos nossos)

3.7. Assim, observa-se que não ocorreu inovação em relação aos fatos, tão somente em relação à capitulação jurídica desses e isso, destaque-se, em benefício da **S.M.21**.

3.8. Além disso, a respeito da “decisão surpresa”, trata-se de princípio previsto no Código de Processo Civil (artigos 9º e 10) e que, embora possa contribuir, de maneira geral, com a concretização do contraditório, a imposição de sua aplicação ao processo administrativo é questionável. No entanto, ainda que se tratasse de princípio plenamente aplicável ao processo administrativo, a capitulação do ilícito pela CPAR não configuraria uma violação, tendo em vista que o Relatório Final da CPAR não configura decisão e a Defesa pode se manifestar a respeito da capitulação antes da Decisão nº 139/2023 (SEI 2795433).

3.9. Dessa forma, o Pedido de Reconsideração não merece prosperar no presente ponto.

Tese II: Incompetência da CGU

3.10. Em amparo à tese de incompetência da CGU, a DEFESA afirma que a CGU não poderia aplicar a pena de impedimento, tendo em vista que o PAR não foi instaurado com a finalidade de avaliar eventuais violações à Lei 10.520/2002 e sim à Lei nº 8.666/1993 e Lei nº 12.846/2013.

3.11. O ponto em epígrafe já foi considerado anteriormente na Análise de Regularidade (SEI 2247913) e no Parecer da CONJUR (SEI 2795432).

3.12. Na Análise de Regularidade foi registrado o seguinte (SEI 2247913, p. 5):

“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.” (Grifos nossos)

3.13. No mesmo sentido, consta do Parecer da CONJUR (SEI 2795432, p. 15):

“93. Em relação à alegação de “incompetência da Controladoria-Geral da União para a aplicação da pena de impedimento para licitar ou contratar com a União, já fizemos o exame do assunto em tópico próprio, oportunidade na qual verificamos que tanto o Corregedor-Geral da União como o Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União – CGU/PR têm competência para instaurar e avocar Processos Administrativos de Responsabilização – PAR.

94. Consequentemente, o argumento da indiciada é improcedente.”

3.14. As congruentes conclusões lançadas na Análise de Regularidade e no Parecer da CONJUR prescindem de qualquer ajuste, devendo-se apenas registrar que a Nota Técnica nº 3032/2020 (SEI 1902099), aprovada pelo Despacho Sei nº 1902110 apenas consignou tipificação preliminar, não sendo vinculante para a CPAR ou ao Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União.

Tese III: Prescrição da pretensão sancionadora

3.15. No que tange a prescrição, a CPAR considerou dois marcos iniciais, um para as sanções previstas na Lei nº 12.846/2013, decorrentes da fraude na execução dos contratos, e outro para a sanção de impedimento, prevista na Lei nº 10.520/2002, decorrente da fraude no âmbito dos pregões eletrônicos.

3.16. Para sustentar a tese, em relação à fraude na execução do contrato, a Defesa argui (SEI 2814966, p. 19):

“73. 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.

74. 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).

75. A apropriação indevida teria ocorrido em abril de 2014, junho de 2015 e janeiro de 2016 (SEI1893082).

76. 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” 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).

77. 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.

78. 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.

79. A instauração do processo administrativo ou a realização do último ato para a instrução da acusação não podem ser reputadas o marco inicial da prescrição, pois, nessa hipótese, independentemente da data em que foi praticado o suposto ilícito, o Poder Público poderia buscar a responsabilização do particular a qualquer tempo, sob a justificativa de que tomou ciência dos acontecimentos apenas ao decidir iniciar o procedimento sancionador ou as diligências de apuração.

80. A jurisprudência é firme em separar o momento em que a autoridade pública conhece os fatos praticados e o momento em que instaura o processo administrativo:

[...]

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

82. 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”.

83. 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.

84. É verdade que o Contrato de Manutenção foi assinado em 1.7.2013 e renovado sucessivamente até 2018. Todavia, a falta de indicação, no Termo de Indiciação e no Relatório Final, das datas exatas em que as irregularidades teriam tomado lugar (ônus que se atribui à acusação), não justifica presumir que somente ao término do contrato a Administração teria condições de reivindicar contra a SM21.

85. Tendo em vista as considerações tecidas nos itens acima, merecem ser aplicadas ao caso da SM21 as normas constantes do art. 1º da Lei 9.873/99 e do art. 25 da Lei Anticorrupção:

“Art. 1º da Lei 9.873/99. 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”.

“Art. 25 da Lei Anticorrupção. Prescrevem em 5 (cinco) anos as infrações previstas nesta Lei, contados da data da ciência da infração ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado”.

86. 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.

87. 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.”

3.17. A respeito das fraudes relacionadas aos pregões eletrônicos, a Defesa aduz (SEI 2814966, p. 22):

“90. 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.

91. Quanto a esse aspecto, o Parecer não diverge da defesa, concedendo que o marco inicial da contagem se deu com a assinatura dos contratos em 2013:

“No Processo no 01530.000136/2013-17 (Manutenção Predial) foi realizado o Pregão Eletrônico n. 03/2013, que deu origem ao Contrato n. 1.094/2013, assinado no dia 1º de julho de 2013 (data de início da contagem do prazo prescricional). (...) Já em relação ao Processo no 01530.000690/2013-02 (Brigada de Incêndio) foi realizado o Pregão Eletrônico no 11/2013, que deu origem ao Contrato no 1.119/2013, assinado no dia 1º de agosto de 2013 (data de início da contagem do prazo prescricional)” (itens 38 e 43 do Parecer).

92. No entanto, para contornar a prescrição, a tanto o Relatório quanto o Parecer defenderam a aplicação do §2º do art. 1º da Lei n. 9.873/99:

“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 prescrição rege-se pelo prazo previsto na lei penal”.

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. Ocorre que a SM21, na qualidade de pessoa jurídica, 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.

95. 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.

96. O Parecer, por sua vez, deixou de enfrentar esse argumento, que a SM21 já havia tecido quando da sua manifestação em resposta ao Relatório Final, e não trouxe qualquer elemento adicional capaz de desconstituir-lo.

97. Assim, também quanto às alegações de fraude no procedimento para contratar, a prescrição foi consumada.“

3.18. As questões levantadas foram analisadas no Relatório Final da CPAR (SEI 2166637), Parecer da CONJUR (SEI 2795432) e Análise de Regularidade (SEI 2247913).

3.19. No que diz respeito ao marco inicial do prazo prescricional para aplicação das sanções previstas na LAC, a CPAR considerou como marco inicial a data de conhecimento do fato pela autoridade competente para instauração do processo administrativo (SEI 2166637, p. 8):

“Caso fossem consideradas como termo inicial para contagem do lapso prescricional o dia da cessação da infração, ter-se-ia:

60. a) Para as infrações referentes ao contrato de brigada de incêndio, a data da última visita técnica da equipe da Funarte que identificou irregularidades e ocorreu em 10.08.2018 (Nota Técnica 3032/2020/COREP – item 2.7 e 2.8). Nesse caso, ao termo que se daria em 11.08.2023 devem ser acrescidos os 120 dias previstos na Medida Provisória nº 928/2020, passando o termo final a ser em 09/12/2023;

61. b) Para as infrações referentes ao contrato de manutenção predial, uma vez que a irregularidade nos pagamentos ocorreu durante toda a sua execução (Nota Técnica 3032/2020/COREP – item 2.23), a data seria o fim da vigência do contrato (30.06.2018). Nesse caso, o termo seria 01.07.2023. Nesse caso, ao termo que se daria em 01.07.2023 devem ser acrescidos os 120 dias previstos na Medida Provisória nº 928/2020, passando o termo final a ser em 29/10/2023.

62. Ainda que não tenha se escoado o referido prazo, consigna-se que, é entendimento deste órgão de controle, que essa pretensão punitiva da Administração Pública se inicia na data do conhecimento do fato pela autoridade competente para a instauração do processo administrativo, nesse sentido:

“Consoante o art. 142, § 1º, da Lei 8.112/1990, o termo inicial do prazo prescricional da pretensão punitiva disciplinar do Estado inicia-se na data do conhecimento do fato pela autoridade competente para a instauração do PAD. Em outras palavras, o prazo prescricional não começa com a mera ciência da irregularidade por qualquer servidor público, mas sim pelo conhecimento inequívoco da infração pela autoridade competente para a instauração do PAD.” STJ – MS 25401/DF, j. 27/05/2020, DJe 28/08/2020.

63. Logo, com a emissão da Nota Técnica nº 3032/2020/COREP (SEI 1902099) de 29.03.2021, aprovada pela COREP (SEI 1902104), DIREP (SEI 1902105) e CRG (SEI 1902110), com recomendação de instauração de Processo Administrativo de Responsabilização (PAR) face à SM21 (item 6.1), houve a interrupção da contagem do prazo, levando o termo prescricional em relação à fraude ao processo licitatório (Lei nº 9.873/1999) para 30.03.2029 e em relação aos contratos administrativos (Lei nº 12.846/2013) para 30.03.2026.“ (Grifos nossos)

3.20. Acrescente-se à conclusão da CPAR o ponderado na Análise de Regularidade (SEI 2247913, p. 10):

“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.” (Grifos nossos)

3.21. Com efeito, não se observa o advento da prescrição para aplicação das sanções previstas na LAC.

3.22. Por sua vez, a respeito do termo inicial do prazo prescricional para aplicação da sanção de impedimento, prevista na Lei nº 10.520/2002, o argumento da Defesa, em suma, é que não poderia ser utilizado o prazo prescricional previsto na legislação penal, tendo em vista que a SM21 se trata de pessoa jurídica, não podendo ser considerada sujeito ativo do tipo penal previsto no art. 90 da Lei nº 8.666/1993.

3.23. Mais uma vez, se faz necessário a referência ao inscrito na Análise de Regularidade que, de maneira exaustiva, tratou da matéria (SEI 2247913 p. 12):

“2.57. A aplicabilidade da Lei nº 9.873/99 nos casos de infrações cometidas por entes privados em procedimentos relacionados a 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/CONJURCGU/ 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. Conseqüentemente, 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 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.” (Grifos nossos)

3.24. Assim, tendo em vista que os atos atribuídos aos representantes das pessoas jurídicas subsomem-se a tipos penais e considerando a previsão do §2º do art. 1º da Lei nº 9.873/1999, se mostra correta a conclusão da CPAR, inclusive quanto ao marco

interruptivo, não merecendo qualquer reparo.

3.25. Dessa forma, o entendimento da CPAR não carece de ajustes ou de complementação, tendo esgotado o tema relativo à questão da prescrição, com explicação que demonstra que houve evidente interrupção da prescrição, com notificação do indiciado a partir da emissão da Nota Técnica nº 3032/2020/COREP, de 29/3/2021.

Tese IV: Não ocorrência de mera “transformação do tipo societário”

3.26. Ao abordar a questão, a Defesa atacou a fundamentação da CPAR, quando a Comissão concluiu como adequada a aplicação do art. 4º da Lei 12.846/2013 ao caso, devendo-se destacar os trechos da Defesa (SEI 2814966, p. 8):

“29. Ocorre que tal fundamentação deixou de considerar a clara ratio subjacente à norma legal. A finalidade da norma é justamente de excepcionar a aplicação de penalidades a uma pessoa jurídica que já não mais equivale àquela que efetivamente cometeu os supostos ilícitos.

30. Conforme se demonstrou na defesa administrativa apresentada pela SM21 (ID2142357), demonstrou-se que após os supostos eventos mencionados na acusação e antes da instauração do PAR, a SM21 foi vendida, integralmente, para o Grupo Onet, fazendo-se com que as pessoas que controlam e trabalham na SM21 atualmente não sejam as mesmas da época dos supostos atos ilícitos (cf. comprovam os documentos juntados nos Ids 2143766 e 2142358).

31. Houve uma mudança total, tratando-se de caso manifestamente análogo às hipóteses prevista na norma legal.

32. É o que se passa a aprofundar.

33. A atual SM21, por mais que tenha mantido seu nome empresarial, não guarda qualquer relação com a composição que existia à época dos fatos.

34. Antes personificada na figura de seus dois sócios, Silvério e Márcio, cujas iniciais explicavam a própria razão social, agora a SM21 é pertencente a um conglomerado multinacional, e os antigos sócios não têm mais absolutamente nenhum vínculo com a empresa acusada.

35. Rememore-se que o Grupo Onet é um conglomerado francês multinacional fundado em 1860, com presença também na Espanha, em Portugal, nos Estados Unidos e na Suíça, que decidiu ampliar suas operações no Brasil também por meio da aquisição de outras sociedades já constituídas aqui, como a SM21.

36. O Grupo se alinha a padrões globais de ética e de sustentabilidade, que o permite, inclusive, contratar com os governos dos demais países em que atua. Apenas a título de exemplo, permita-se mencionar que o Grupo Onet opera uma plataforma global de alerta (o “dispositif d’alerte professionnelle”³), que estimula qualquer funcionário, de qualquer nível hierárquico, a denunciar anonimamente eventual indicio de malfeito do qual tome conhecimento na empresa.

37. Assim, 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 indicio de que tais atos voltarão a se repetir.

38. Muito pelo contrário: a mudança no quadro acionário da SM21 implicou, além de uma concreta alteração societária, também a adequação da SM21 a essas práticas de compliance e ética. A acusada, que antes era uma sociedade limitada, sem maiores controles e sujeita aos caprichos de seus antigos donos, é atualmente sociedade anônima, em que vigora política de compliance, prestação de contas diretamente à controladora em França e nova gestão, integral e completamente diferente daquela que ditava os rumos da empresa ao tempo das supostas práticas de atos ilícitos.

39. O controle interno e a sujeição às normas de governança responsável inibem a ocorrência de situações como as que agora se quer imputar à SM21. São novos gestores, que prestam contas diretamente ao grupo francês, contam com comitê de compliance global, entre outros instrumentos que não apenas deixam evidente se tratar, na prática, de nova empresa, mas também ilustram que essa nova companhia opera seguindo normas de compliance internacionalmente reconhecidas. 40. 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. A mudança está estampada no próprio site da Companhia:

[...]

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 incorporação, exceto no caso de simulação ou evidente intuito de fraude, devidamente comprovados”.

42. Vê-se que a finalidade do dispositivo em destaque é de 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.

43. Nessa perspectiva, submeter a SM21 Onet a sanções relativas a atos e fatos que teriam ocorrido anos antes da mudança de gestão, quando ainda era apenas SM21 representaria providência que, além de afrontar o princípio da intranscendência da pena⁵, subverteria também a lógica que justificou o estabelecimento das penalidades de proibição de contratar com o poder público na Lei de Licitações e na Lei do Pregão.

44. Sabe-se que a aplicação da lei não pode ser dissociada dos “fins sociais a que ela se dirige” (art. 5º do Decreto-Lei n. 4.657/42) e, especificamente na esfera administrativa, a aplicação de sanções aos particulares deve obedecer ao princípio da “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público” (art. 2º, VI, da lei n. 9.784/99).

45. 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.“

3.27. Em que pese a irrisignação da Defesa, a CPAR, quando da elaboração do Relatório Final, fez as adequadas ponderações que justificaram a decisão de manter a responsabilidade da SM21 (SEI 2166637, p. 8):

“64. A defesa aponta como fundamentação legal para restringir eventual condenação ao pagamento de multa e reparação do dano o art. 4º, §1º, da LAC, que trata da fusão e incorporação de empresas, não deixando claro a qual dos dois instituto se refere.

65. De qualquer forma, nesse ponto, cabem algumas considerações.

66. Em uma fusão empresas com personalidades jurídicas distintas, originam uma nova pessoa jurídica, extinguindo as anteriores, conforme art. 1.119 do Código Civil.

67. Em uma incorporação uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações. Ao se

aprovar os atos da incorporação, a incorporadora extinguirá a incorporada e averbará tal fato em registro próprio, conforme arts. 1.116 a 1.118 do Código Civil.

68. Logo, o que houve com a SM21 não foi qualquer dos dois casos. O que ocorreu foi tão somente a transformação de seu tipo societário (art. 1.113 do Código Civil), subsistindo sua total responsabilidade, nos termos do art. 4º (caput) da LAC.

69. Quanto às alegações referentes ao seu novo quadro societário, trata-se de debate desnecessário, haja vista que se está a responsabilizar a pessoa jurídica e que eventuais trocas societárias não trazem qualquer repercussão para o presente PAR, não sendo essa alteração hipótese legal de exclusão ou redução da responsabilidade da pessoa jurídica.

70. Registre-se que para caracterização os atos lesivos dispostos no art. 5º, da Lei nº 12.846/2013, basta a comprovação do nexo de causalidade entre o ato lesivo e a atividade empresarial, prescindindo-se do elemento subjetivo (dolo ou culpa).“

3.28. As conclusões apresentadas na Análise de Regularidade e no Parecer da CONJUR estão em harmonia com a conclusão da CPAR. A esse respeito, destaque-se o trecho do Parecer da CONJUR (SEI 2795432, p. 9):

“66. O mencionado dispositivo da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, estabelece o seguinte:

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 incorporação, exceto no caso de simulação ou evidente intuito de fraude, devidamente comprovados.

§ 2º As sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, as consorciadas serão solidariamente responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei, restringindo-se tal responsabilidade à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado. (GRIFEI)

67. Pela leitura desses dispositivos, verifica-se que, em regra, a responsabilidade subsistirá, salvo nos casos de fusão e incorporação, o que não foi o caso dos autos, não se aplicando as restrições previstas no transcrito dispositivo e pleiteadas pela defesa.

68. Em razão disso, estamos de acordo com os esclarecimentos prestados pela Comissão Processantes.“

3.29. A Análise de Regularidade, aprofundando-se na questão, registrou (SEI 2247913, p. 7):

“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 depende 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.“

3.30. Com efeito, no caso não se observa a hipótese prevista na norma, não sendo a situação concreta apta a ensejar a limitação da responsabilidade da SM21 ao pagamento da multa e reparação integral do dano.

3.31. De todas as análises feitas tanto em face da CPAR, quanto da análise de Regularidade de Parecer da CONJUR, denota-se a evidenciação de que as alterações na pessoa jurídica se trataram, fática e juridicamente, de transformação de seu tipo societário (art. 1.113 do Código Civil), o que não enseja mudança na pessoa jurídica da PJ processada, de forma que não se elide sua responsabilidade administrativa.

Tese V: A transação celebrada com a FUNARTE para reparação dos danos impede a penalização da SM21 por questões relacionadas ao Contrato de Brigada

3.32. A respeito da Tese V, é sustentado que a SM21 e a FUNARTE celebraram transação em que foi ajustado o pagamento da quantia de R\$ 2.685.872,38, devendo haver a mitigação das sanções em razão da prévia reparação do dano e acrescenta (SEI 2814966, p. 16):

“64. A questão, portanto, é a seguinte: a FUNARTE exerceu em essência, a mesma competência que a Comissão avoca para si agora, embora não esteja presente nenhuma das hipóteses que poderiam justificar a desconsideração da transação já entabulada entre público e privado e a aplicação de novas sanções. Se 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.

65. 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.“

3.33. A respeito da questão, a CPAR registrou no Relatório Final (SEI 2166637) que o ressarcimento do dano não impede a aplicação das demais penalidades, devendo ser considerado como fator atenuante (o que foi efetivamente feito). A CONJUR, por sua vez, chegou à mesma conclusão (SEI 2795432, p. 10).

3.34. Em cuidadoso exame da questão, foi consignado na Análise de Regularidade o seguinte (SEI 2247913, p. 8):

“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 litígio114."

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 denunciadores, 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.“ (Grifos nossos)

3.35. Dessa forma, o ressarcimento do dano relacionado ao Contrato de Brigada foi adequadamente considerado quando da avaliação das atenuantes, não merecendo prosperar a Tese V.

Tese VI: Inexistência de inconsistências na execução dos contratos

3.36. A Defesa alega que não existiram irregularidades nos contratos de Brigada e de Manutenção Predial.

3.37. A respeito do Contrato de Brigada, afirma que as supostas irregularidades “encontram-se abarcadas pela transação assinada entre a SM21 e a FUNARTE“ (SEI 2814966, p. 24).

3.38. Por sua vez, a respeito do Contrato de Manutenção Predial, registra (SEI 2814966, p. 24):

“100. Cabe recordar, então, que as imputações sugeridas no Termo de Acusação relacionadas ao Contrato de Manutenção foram as seguintes:

i) “A SM21 teria cobrado da Funarte valores correspondentes à contratação de engenheiro, mas, de fato, teria colocado à disposição profissional de nível médio, ou seja, de habilitação tecnicamente inferior e que, na prática, seria remunerado com um salário menor do que aquele cobrado da Fundação, o que pode representar fraude à execução do contrato e obtenção de vantagem ou benefício indevido”.

ii) “empresa também teria se apropriado indevidamente de recursos da Fundação ao longo da execução do contrato de prestação de serviços de manutenção predial, mediante: (i) recebimento de valores relativos à cobrança indevida de salários mensais referentes a 2 engenheiros e 1 encarregado, durante parte da execução contratual; (ii) recebimento de valores relativos à cobrança indevida por postos de trabalho de profissionais de nível médio em desacordo com os quantitativos de postos de trabalho estabelecidos no contrato de prestação do serviços”.

101. Em sua defesa, a acusada pôde apresentar duas considerações que, a seu juízo, maculavam as alegações da r. Comissão.

102. Destacou que o Termo de Acusação se baseava apenas em indícios, mas, mesmo assim, formulava imputações tão genéricas como abrangentes, que, salvo melhor juízo, não podiam ser extraídas do conjunto probatório apresentado. Talvez o exemplo mais enfático dessa falha seja o fato de a r. Comissão ter afirmado que, em todos os mais de 80 meses de execução do Contrato de Brigada, a SM21 teria contratado de 1 a 3 supervisores (e não 6, como lhe seria exigido), mas com base em apurações realizadas por amostragem em apenas três meses específicos.

103. Além disso, também demonstrou que o Contrato de Manutenção e o Contrato de Brigada obrigavam a SM21 à prestação de

serviços em favor da FUNARTE, os quais comprovadamente foram entregues sem falhas (capítulo VII). Nesse cenário, não seria possível ao Poder Público reclamar a disponibilização de funcionários específicos, pois, nos termos da Instrumento Normativa n. 5/2017 do Tribunal de Contas, a Administração Pública não pode firmar contratos cujo objeto seja o “fornecimento de mão de obra” (art. 3º).“ (Grifos nossos)

3.39. Em complemento, acrescenta que as provas indicadas são meramente indiciárias e que não foram indicados quais fatos elas especificamente suportam. Com relação à prestação dos serviços de manutenção, aduz (SEI 2814966, p. 30):

“119. 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.

120. 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.

121. 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.

122. A corroborar que se contratou a prestação de um serviço, e não a obrigação de disponibilizar este ou aquele profissional específico, percebe-se que o preço acordado não variava em razão do pessoal empregado na execução dos serviços. Ele era composto de um montante fixo, previamente calculado com base nas estimativas da FUNARTE no momento da licitação, acrescido de valor variável apenas em função “do valor mensal dos materiais efetivamente utilizados” (cláusula 6.4):

[...]

123. Nem poderia ter sido diferente. Interpretar o Contrato de Manutenção como uma especificação da “quantidade, da carga-horária e da qualificação dos profissionais” vertidos pela SM21 em favor da FUNARTE, como sugere o Relatório Final, representaria infringir regulamentação objetiva do Tribunal de Contas da União (Instrução Normativa n. 5/2017), segundo a qual a Administração Pública somente pode contratar a “prestação de serviços”, nunca o “fornecimento de mão de obra”:

“Art. 3º O objeto da licitação será definido como prestação de serviços, sendo vedada a caracterização exclusiva do objeto como fornecimento de mão de obra”.

“Art. 5º É vedado à Administração ou aos seus servidores praticar atos de ingerência na administração da contratada, a exemplo de:

I - possibilitar ou dar causa a atos de subordinação, vinculação hierárquica, prestação de contas, aplicação de sanção e supervisão direta sobre os empregados da contratada;

VI - definir o valor da remuneração dos trabalhadores da empresa contratada para prestar os serviços, salvo nos casos específicos em que se necessitam de profissionais com habilitação/experiência superior a daqueles que, no mercado, são remunerados pelo piso salarial da categoria, desde que justificadamente;”

124. Não se pode concordar, então, com a acusação de que a SM21 teria cobrado “em desacordo com os quantitativos de postos de trabalho estabelecidos no contrato de prestação dos serviços”.

125. Pelo que se colhe de todo o material analisado, a SM21 sempre colocou à disposição da FUNARTE funcionários capacitados para cada uma das funções descritas na cláusula 1.3.5 e cobrou da Administração Pública valores referentes ao serviço de Manutenção Predial, que efetivamente prestava, não configurando um ilícito a alegação de, em alguns meses, não terem sido direcionados à execução dos serviços o exato quantitativo de empregados descrito no Termo de Referência ao Contrato de Manutenção.”

3.40. O ponto foi analisado no Relatório Final da CPAR, no Parecer da CONJUR e na Análise de Regularidade e, em todos os casos, as conclusões se mostram coesas.

3.41. No Relatório Final da CPAR foi registrado o seguinte (SEI 2166637, p. 10):

“81. A defesa alega que não tinha obrigação de disponibilização da mão de obra especificada, escolhida e controlada pela Funarte no âmbito do contrato de brigada de incêndio.

82. Não assiste razão à defesa semelhante alegação, uma vez que tanto o Contrato, quanto o Termo de Referência (TR) que, frise-se, passa a fazer parte do contrato quando de sua assinatura, determinam a quantidade, a carga-horária e a qualificação dos profissionais que deveriam ser disponibilizados. O Processo nº 01530.000690/2013-02, fls. 194-195, traz exatamente esse detalhamento:

Imagem - Fls. 194-195 do processo de contratação de brigada de incêndio.

funarte
MINISTÉRIO DA CULTURA

DIVISÃO DE SERVIÇOS GERAIS

11 Postos noturnos : posto de bombeiro civil, guarnecido por 12 (doze) horas, com escala 12 x 36 horas, em horário compreendido entre 19h e 7h, de segunda a domingo;

02 Postos diurnos : posto de supervisor, guarnecido por 12 (doze) horas, com escala 12 x 36 horas, em horário compreendido entre 7h e 19h, de segunda a domingo;

01 Posto noturno : posto de supervisor, guarnecido por 12 (doze) horas, com escala 12 x 36 horas, em horário compreendido entre 19h e 7h, de segunda a domingo;

3. 2. As bases para serviço de BC e o quantitativo de profissionais a ser alocado em cada uma deverá obedecer ao disposto abaixo:

QUANTITATIVO BOMBEIRO CIVIL				
ITE M	UNIDADE	ENDEREÇO	POSTO DIURNO 7 ÀS 19 HS	POSTO NOTURNO 19 ÀS 7 HS
1	TEATRO GLAUCE ROCHA	AV. RIO BRANCO Nº 179 - CENTRO	2	2
2	TEATRO DULCINA	RUA ALCINO GUANABARA Nº 17- CENTRO	2	2
3	TEATRO CACILDA BECKER	RUA DO CATETE Nº 338 - LARGO MACHADO	1	1
4	TEATRO DUSE	RUA HERMENEGILDO DE BARROS Nº 161	1	1
5	PRÉDIO SÃO JOSÉ	RUA SÃO JOSÉ Nº 50- CENTRO	2	2
6	ESCOLA NACIONAL DE CIRCO	PRAÇA DA BANDEIRA Nº 04 - PÇ. BANDEIRA	2	2
7	ALMOXARIFADO	AV. BRASIL Nº 2064 - CAUJ	1	1
TOTAL DE POSTO ININTERRUPTO ESCALA 12 X 36 H			11	11

funarte
MINISTÉRIO DA CULTURA

DIVISÃO DE SERVIÇOS GERAIS

QUANTITATIVO SUPERVISOR				
1	TEATRO GLAUCE ROCHA	AV. RIO BRANCO Nº 179 - CENTRO	1	1
2	TEATRO CACILDA BECKER	RUA DO CATETE Nº 338 - LARGO MACHADO	1	0
TOTAL DE POSTO ININTERRUPTO ESCALA 12 X 36 H			2	1

3.3 Os Supervisores baseados nos locais acima referenciados farão diligências as demais unidades da FUNARTE, a fim de inspecionar o local, verificar o andamento dos serviços e as condições dos equipamentos e sistemas de combate a incêndio, existentes.

3.4 Características das Unidades da FUNARTE :

- ◆ Teatro Glauce Rocha – Edificação com 08 pavimentos e 2.200 m² de área
- ◆ Teatro Dulcina – Edificação com 05 pavimentos e 4.800 m² de área
- ◆ Teatro Cacilda Becker – Edificação com 02 pavimentos e 1.400 m² de área
- ◆ Teatro Duse – Edificação com 01 pavimento e 106 m² de área
- ◆ Escola Nacional de Circo – Edificação com 02 pavimentos e 4.400 m² de área
- ◆ Prédio São José – Edificação com 13 pavimentos e 4.000 m² de área
- ◆ Almoarifado – Edificação com 04 pavimentos e 1.900 m² de área

Fonte: Processo nº 01530.000690/2013-02 (SEI 1895912).

3.42. Endossando o Relatório Final da CPAR, também merece destaque a Análise de Regularidade (SEI 2247913, p. 14):

“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:

[...]

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.” (Grifos nossos)

3.43. Conforme se observa, houve uma profusão de irregularidades, não merecendo ser acolhido o argumento da Defesa. Outrossim, a respeito das provas indiciárias, deve-se ressaltar que, considerados isoladamente, os indícios não são suficientes para amparar uma decisão condenatória, no entanto, a profusão desses pode sim servir como suporte fático para a aplicação de sanção, inclusive, penal.

3.44. É relevante consignar que o entendimento da CPAR se filia à pacífica jurisprudência dos tribunais superiores 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. A título ilustrativo, seguem precedentes nesse sentido:

“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, Grifos nossos).

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

3.45. A propósito, observe-se a doutrina de Nicola Framarino dei Malatesta:

“Vários indícios verossímeis no seu concurso podem constituir uma prova cumulativa provável e vários indícios prováveis em concurso podem reforçar sua probabilidade cumulativa, elevando-se até o máximo grau. Por vezes, ultrapassando este grau máximo, podem chegar a fazer com que não repute dignos de serem tomados em conta os motivos para não crer, gerando, assim, a certeza subjetiva.

[...]

O extraordinário, justamente como é, é raro. **Ora, à medida que cresce o número dos indícios concordantes, para não se crer neles, é necessário, fazendo uma violência cada vez maior à nossa consciência experimental, admitir um maior número de casos extraordinários verificados. Eis porque, com o aumento do número de indícios, cresce a improbabilidade de que sejam enganadores, aumenta, por outros termos, a sua força probatória; este aumento de força probatória é proporcional não só ao número, mas também à importância das provas que se acumulam: eis o argumento probatório que denominamos de convergência das provas.**” (MALATESTA, Nicola Framarino dei. A lógica das provas em matéria criminal. Campinas: Servanda, 2009, p. 257-258. Sem grifos no original.)

3.46. Isso posto, a conclusão da CPAR se mostra congruente com os elementos de informação disponíveis, não merecendo ser acolhida a Tese VI.

Tese VII: Regularidade do procedimento licitatório

3.47. No que diz respeito à Tese VII, a Defesa reitera argumentos já lançados na manifestação ao Relatório Final da CPAR (SEI 2195419).

3.48. A respeito do procedimento licitatório que resultou no Contrato de Manutenção, é sustentado que a regularidade é amparada pelo seguinte (SEI 2814966, p. 34):

“i) Antes de abrir a licitação e definir as balizas do edital, a FUNARTE (sob administração diferente daquela que terminou acusada de malfeitos no ofício de instauração deste procedimento) conduziu autonomamente uma pesquisa de preços no mercado. Consultou outras empresas, analisou convenções coletivas de trabalho para extrair a estimativa dos salários que seriam gastos pela contratada e orçou os principais equipamentos que se empregariam na execução dos serviços.

ii) O preço global estimado a partir desse estudo independente foi de R\$ 1.983.234,24. A proposta vencedora da SM21, por sua vez, foi inferior, de R\$ 1.836.999,55, demonstrando-se, já ai, a ausência de prejuízo ao erário com a contratação.

iii) Após o anúncio em jornais de grande circulação, diversas empresas se interessaram pelo certame, atuando de forma ativa durante a licitação (cf. demonstraram as impugnações ao primeiro edital – acolhidas pela FUNARTE – e a ata do pregão. Ao final, seis concorrentes se habilitaram e participaram do pregão, no qual a SM21 sagrou-se vencedora.”

3.49. No que toca ao Contrato de Brigada, os argumentos da Defesa que corroborariam com a tese de regularidade do respectivo procedimento licitatório são (SEI 2814966, p. 35):

“i) Também para elaborar o edital e abrir a licitação, a FUNARTE realizou estudos prévios com o objetivo de orçar o valor que seria dispendido com a contratação dos serviços de brigada de incêndio. Escolheu por conta própria algumas empresas do setor e solicitou cotações prévias, além de realizar pesquisas independentes no mercado para apurar o valor do material que seria utilizado nos serviços, e estimar os custos com mão de obra.

ii) O resultado foi um preço estimado em R\$ 2.846.061,68 por ano. A proposta da SM21, por sua vez, de R\$ 2.139.933,48, foi setecentos mil reais mais barata aos cofres públicos que a estimativa levantada pela FUNARTE.

iii) Na licitação que culminou na assinatura do Contrato de Brigada, a participação foi ainda maior. Onze empresas participaram do pregão, formulando lances independentes e economicamente próximos.

iv) Por fim, cabe ainda dizer que esse procedimento licitatório ainda contou com revisão judicial, em Mandado de Segurança impetrado pela Sprink Segurança Contra Incêndio Ltda. O Juízo da MM. 27ª Vara Federal do Rio de Janeiro foi muito categórico ao denegar a segurança: “o ato impugnado encontra-se de acordo com o instrumento convocatório e com os princípios que regem a licitação na modalidade pregão” (ID 2142359).”

3.50. Em que pese esses argumentos tenham sido, em termos gerais, abordados no Relatório Final da CPAR e no Parecer da CONJUR, merece especial destaque as ponderações registradas na Análise de Regularidade (SEI 2247913, p. 15):

“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 inócua, 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.” (Grifos nossos)

3.51. É importante também transcrever as considerações feitas na Nota Técnica nº 3032/2020 (SEI 1902099) a que remete o Relatório Final da CPAR no ponto que fundamenta a conclusão de que ocorreram irregularidades nos procedimentos licitatórios em questão:

“2.10 A Nota Técnica nº 2187/2019/COAC/DICOR/CRG (SEI 1295784), de 04/11/2019, analisando os documentos iniciais do processo 01530.000690/2013-02 (Brigada de Incêndio), fez as seguintes observações:

3.34. Nos documentos juntados aos autos do processo licitatório, identificou-se que a cotação da empresa Fire Rio, apesar de constar o nome da sócia-administradora no fim da proposta, estava assinada por Raul Mello. O documento chamou atenção pelo fato da semelhança do nome com o funcionário da empresa SM21 que atuava no contrato nº 1.119/2013 como preposto, e não como supervisor, sendo justamente sobre esse aspecto as inconsistências identificadas, que demonstraram a inexecução parcial do contrato junto a Funarte.

3.35. Em consulta ao sistema Macros verificou-se que Raul Mello de Souza, CPF ***.786.887-**, é empregado da empresa SM21 Engenharia e Construções, desde 01/08/2013, data em que a empresa assinou o contrato com a Funarte. Há registros de que Raul já foi empregado tanto da empresa Fire Rio, no período de 04/12/2006 a 03/09/2012, e Fire Service, no período de 11/03/2013 a 24/06/2013. A incoerência que se apresenta é que a proposta da Fire Rio assinada por Raul data de 08/04/2013 (Documento SEI 1257327 - 0690-2013 I (06) – págs. 01/02), porém nessa época o vínculo empregatício de Raul era com a empresa Fire Service. Nota-se também certa semelhança entre a grafia das assinaturas das propostas da Fire Rio e da Fire Service, uma com assinatura de Raul Mello e outra de Wesley Pinheiro.

3.36. Ademais, identificou-se que a empresa SM21, vencedora do certame, possuía dentro de seu quadro de funcionários à época, os sócios de outras empresas que participaram da licitação, conforme Ata do Pregão nº 11/2013 (Documento SEI 1257327 - 0690-2013 V(01) - págs. 02/20 e 0690-2013 V(02) - págs. 01/08), quais sejam:

* Gilson Pereira de Oliveira Filho, CPF ***.536.807-** - sócio da empresa Graal Engenharia & Suporte Empresarial Eireli (CNPJ 12.564.541/0001-21);

* Deivison Luis de Abreu Paz, CPF ***.668.010-** - sócio da empresa Graal Engenharia & Suporte Empresarial Ltda (CNPJ 12.564.541/0001-21); e

* Marco Sá da Silva, CPF ***.936.377-** - sócio da empresa Benevento & Salermo Suporte Empresarial (CNPJ 06.355.016/0001-01).

3.37. Conforme consulta ao sistema Macros, a empresa Graal Engenharia & Suporte Empresarial Eireli tem como segundo maior concorrente nas licitações registradas no sistema DW SIASG (Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais) a empresa SM21 Engenharia e Construções, com participação em 376 itens, sendo ganhadora somente uma única vez, e a empresa SM21 ganhou em oitenta casos em que concorreu com a Graal. Já a empresa Benevento & Salermo Suporte Empresarial tem como suas duas maiores concorrentes as empresas SM21 e Graal Engenharia, sendo que participou de licitações com essas empresas 222 e 144 vezes, respectivamente, porém nunca ganhou nenhum item sequer em todas as licitações que participou. Ressalta-se que a empresa Benevento & Salermo foi aberta em 29/06/2004 e baixada em 13/12/2017.

3.38. Diante disso, há suspeitas de ocorrência de fraudes no processo licitatório envolvendo as empresas SM21 Engenharia e Construções S/A; Graal Engenharia & Suporte Empresarial Ltda; e Benevento & Salermo Suporte Empresarial. Registra-se que há o contrato de manutenção predial com a mesma empresa vencedora deste certame, no qual também há indícios de simulação de competição, conforme disposto no item 21 e 22 da Nota Técnica nº 1965/2019/CISEP/DIRAP/CRG 1267404, de 30/09/2019. Quanto as empresas Fire-Rio Proteção contra Incêndio Ltda e Fire Service do Brasil Ltda, também carece de investigação se de fato essas empresas forneceram as respectivas cotações.

2.11. Já a Nota Técnica nº 1965/2019/CISEP/DIRAP/CRG (SEI 1267404), de 30/09/2019, assim manifestou:

19. A fim de checar os fatos relatados em tais documentos apócrifos, o que se constata é que as folhas indicadas no Anexo 2 (SEI 1153004) existem, de fato, no processo 01530.0006930/2013-02 e se referem aos documentos/informações mencionados na denúncia. Por exemplo, a pessoa denunciante informa que foram apresentadas à FUNARTE estimativas com propostas de preços oriundas de fornecedores atuantes no ramo de construção e dentre as escolhidas foram encontradas a Empresa vencedora do certame SM21ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES, a empresa GRAAL ENGENHARIA LTDA, CNPJ12564541/0001-21 e WA SIQUEIRA ENGENHARIA LTDA CNPJ 27.500.404/0001-09. Pois bem, relata-se na denúncia que tais estimativas estariam nas fls. 184 e seguintes; 203 e seguintes; e, 220 e seguintes e, de fato, ao acessar tais páginas do processo, constam exatamente os referidos documentos.

20. Cabe apontar o seguinte excerto contido na denúncia: (...) “Preliminarmente, destacamos que não consta no processo um pedido formal das estimativas recebidas dos fornecedores envolvidos, destacamos também que visualmente os orçamentos possuem um layout similar com padrões de formatações idênticos, ademais por meio de simples pesquisa em sítio eletrônico do CNPJ das empresas supracitadas verificou se que os sócios da empresa GRAAL ENGENHARIA LTDA o Sr.GILSON DE OLIVEIRA JUNIOR E DEIVISON LUIZ DE ABREU PAZ são de fato empregados da empresa vencedora do certame SM21 ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES conforme constata-se as fls.1125, 1154, 1339 entre outras. Portanto é de fácil verificação a real possibilidade de quebra do sigilo da proposta, que gera suspeita de ocorrência de superfaturamento no valor global da licitação.”

21. Ao se visualizar os orçamentos inseridos no processo verifica-se, de fato, que os mesmos possuem um layout similar com padrões parecidos de formatações. Todavia, o que mais desperta a atenção em tais informações é que pode ter havido simulação de concorrência licitatória, com combinação de preços e consequente suspeita de superfaturamento, cabendo apontar que os valores apresentados para a manutenção predial mensal foram: SM21ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES: R\$ 212.278,22; WA SIQUEIRA ENGENHARIA LTDA: R\$ 228.217,69; GRAAL ENGENHARIA LTDA: R\$ 243.814,94. Tal suspeita ganhada ao se constatar que, realmente, os sócios da empresa GRAAL ENGENHARIA LTDA, o Sr. GILSON PEREIRA DE OLIVEIRA FILHO (na denúncia cita-se o nome GILSON DE OLIVEIRA JUNIOR) e DEIVISON LUIZ DE ABREU PAZ são, de fato, empregados da empresa vencedora do certame SM21 ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES.

22. Os documentos inseridos no processo de manutenção predial comprovam a relação laboral/empregatícia entre a empresa SM21 e os mencionados empregados. Tudo isso sem contar que, em pesquisa realizada junto ao Sistema MACROS/CGU - Descrição: Dados registrados no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas da RFB, com o CNPJ 12.564.541/0001-21 (Graal Engenharia) constata-se: i) DEIVISON LUIZ DE ABREU PAZ está atualmente qualificado como ex-sócio-administrador e atuou no período de 14 de setembro de 2010 (data da abertura da empresa) a 13 de junho de 2019 junto à empresa; e, ii) GILSON PEREIRA DE OLIVEIRA FILHO também encontra-se qualificado, atualmente, como ex-sócio administrador da referida empresa tendo atuado no mesmo período de 14 de setembro de 2010 a 13 de junho de 2019. Conclui-se, portanto, que na época da apresentação dos orçamentos ambos eram empregados da empresa SM21 e sócios-administradores da empresa Graal Engenharia.

2.12. De fato, embora não constem dos autos do processo administrativo 01530.000136/2013-17 (Manutenção Predial) as tratativas entre a Funarte e as três empresas em questão, todas apresentaram em suas propostas o valor de R\$ 4.600,00 como salário a ser pago ao ocupante da função de “Supervisor de Manutenção Predial - CBO9501”, sem esclarecimentos sobre a referência usada para tal valor. E, com base nesta suposta pesquisa de mercado, o valor de tal profissional, a ser contratado pela Funarte, foi de R\$165.269,52, resultado da média das propostas de preços apresentadas pelas empresas SM21 Engenharia e Construções Ltda, CNPJ nº 02.566.106/0001-82 (R\$152.010,89), fls. 303-319; W.A. Siqueira Engenharia Ltda, CNPJ nº 27.500.404/0001-09, (R\$ 166.145,63) fls. 320-336; e GRAAL Engenharia & Suporte Empresarial Ltda ME, CNPJ nº 12.564.541/0001-21 (R\$177.652,05) fls. 337-353.

2.13. A suspeição sobre a aludida pesquisa de mercado é sedimentada quando se verifica que a empresa SM21 Engenharia, que tinha cotado o salário de R\$4.600,00 para a função de supervisor, consignou na planilha de custo referente à contratação desse profissional, apresentada na fase do Pregão, que o salário a ser pago seria de R\$2.120,80, valor previsto na Convenção estabelecida entre o Sindicato dos

Oficiais Eletricistas e Trabalhadores nas Indústrias de Instalação e Manutenção Elétrica, Gás, Hidráulica, Sanitária, Mecânica e de Telefonia do Estado do Rio de Janeiro e o Sindicato da Indústria de Instalações Elétricas, Gás, Hidráulicas e Sanitárias do Estado do Rio de Janeiro, cuja Convenção também foi apresentada por ela na ocasião.

2.14. Soma-se à questão do superfaturamento na pesquisa de preços de mercado o achado referente aos vínculos profissionais entre os sócios-administradores das empresas GRAAL e SM21, já apontados acima.

2.15. No caso do processo de contratação dos serviços de manutenção predial, o Sr. Gilson de Oliveira constou da relação de responsáveis técnicos apresentada pela SM21 Engenharia (fls. 1142/1146). Dentre eles, era o único que cumpria a exigência do termo de referência quanto à necessidade de comprovação de RT em engenharia eletrônica, sendo razoável a conclusão de que ele participou ou teve conhecimento da cotação de preços dos serviços apresentada por essa empresa à Funarte. Mesmo considerando que a proposta da GRAAL foi assinada pelo Sr. Deivison, não se pode olvidar que o Sr. Gilson, no mínimo, teve conhecimento dos termos da proposta apresentada à Funarte por essa empresa, dada a sua condição de sócio-administrador naquela ocasião.

2.16. Portanto, considerando-se as análises dos processos da Funarte nº 01530.000690/2013-02 e nº 01530.000136/2013-17, fica evidenciada a suposta fraude nas pesquisas de preços de mercado por parte da SM21 Engenharia e da GRAAL Engenharia & Suporte Empresarial nos processos licitatórios dos serviços de Brigada de Incêndio e de Manutenção Predial Preventiva e Corretiva, de cujos certames sagrou-se vencedora a primeira empresa. Em relação às demais empresas citadas, os elementos acostados aos autos ainda não permitem confirmar de forma contundente eventual participação nas fraudes.“

3.52. Portanto, o que se nota é que Defesa pretende infirmar a conclusão inscrita no Relatório Final da CPAR, desconsiderando o conjunto de elementos que compõe o panorama geral que a amparou. Ademais, deve-se remeter, em relação à utilização de provas indiciárias, ao já reportado ao final da análise da Tese VI.

3.53. Isso posto, mais uma vez, a Tese VII não se mostra robusta o suficiente para perturbar a inteligência decorrente da análise da CPAR.

Tese VIII: Inadequada dosimetria da pena

3.54. Por fim, no que tange a dosimetria da pena, a Defesa aduz (SEI 2814966, p. 38):

“148. O aspecto mais sensível se refere à penalidade de proibição de licitar ou contratar com o Poder Público.

149. 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.

150. 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.

151. Se, conforme se analisou no capítulo III, o objetivo da proibição de contratar com o poder público é tirar do mercado aquelas empresas que praticam ilícitos graves contra a administração pública, e proteger o Estado de contratar novamente com tais empresários inescrupulosos, a SM21, após a completa alteração societária descrita no capítulo III, não mereceria receber tal sanção, ainda se as razões da Comissão quanto aos demais aspectos estivessem corretas.

152. 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.

153. 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).

154. 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.

155. 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.

156. O Relatório Final não preenche esse requisito de motivação e, conseqüentemente, o mesmo vale para o Parecer, que se baseou integralmente no Relatório, sem verdadeiras inovações argumentativas.

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

158. 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 designios dos mesmos indivíduos que a conduziam na época dos acontecimentos narrados pela Comissão.

159. 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).

160. Os últimos comentários apresentados nesta manifestação se referem ao valor da multa sugerida no Relatório Final: R\$ 4.002.870,93. Há três aspectos que, salvo melhor juízo, justificam a minoração da quantia.

161. Primeiro: 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.

162. 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.

163. Segundo: 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.

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

165. Terceiro: o Relatório Final, aplicando critérios dos quais se discorda para a dosimetria da pena (cf. itens acima), chegou à conclusão de que a multa deveria ser fixada em R\$ 3.112.440,00. Entretanto, consignou que a penalidade pecuniária não poderia ser fixada em montante inferior à vantagem que teria sido auferida pela acusada (item 100 do Relatório).

166. 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).

167. 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.

168. 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.

169. 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).“

3.55. Em suma, são contestados:

- a) a imposição da pena de impedimento;
- b) a pena de publicação extraordinária da decisão condenatória;
- c) o valor alusivo à multa; e
- d) a quantia mencionada como efetivamente ressarcida aos cofres públicos a título de reparação do dano.

3.56. A dosimetria se mostra adequadamente formulada pela CPAR, que sugeriu (SEI 2166637, p. 11):

- a) pena de multa de R\$ 4.002.870,93;
- b) imposição da obrigação de publicação extraordinária da decisão sancionatória; e
- c) impedimento para licitar ou contratar com a União pelo prazo de 4 anos.

3.57. Além disso, foi registrado na conclusão que a quantia de R\$ 2.380.574,87 já foi ressarcida.

3.58. O Parecer da CONJUR, assim como a Análise de Regularidade estão em harmonia com a sugestão da CPAR.

3.59. No ponto relacionado à imposição da pena de impedimento, deve-se destacar que é medida prevista no art. 7º da Lei nº 10.520/2002 para situações como a que se apresenta. Acrescente-se que, nos termos já apontados e devidamente analisados no item relativo à Tese IV da Defesa, as alterações contratuais, assim como a transformação societária, não são aptas a afastar a sanção de impedimento.

3.60. A respeito da publicação extraordinária da decisão condenatória, deve-se salientar o assente na Análise de Regularidade (SEI 2247913, p. 16):

“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.“ (Grifos nossos)

3.61. No Relatório Final da CPAR, ao ser sugerida a pena de publicação extraordinária da decisão sancionatória, foi expresso (SEI 2166637, p. 11):

“A comissão recomenda a aplicação das penas de multa, no valor de R\$ 4.002.870,93, nos termos do inciso I do artigo 6º da LAC; **de publicação extraordinária da decisão administrativa sancionadora, nos termos do inciso II do artigo 6º da LAC, tendo em vista que a empresa SM21 fraudou, mediante ajuste, o caráter competitivo de procedimento licitatório, fraudou contratos celebrados com a administração pública e seu equilíbrio econômico-financeiro, incidindo nos atos lesivos tipificados no inciso IV, alíneas ‘a’, ‘d’ e ‘g’ do artigo 5º da LAC;** e de 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).“ (Grifos nossos)

3.62. De fato, consideradas as circunstâncias do caso, em especial, a pluralidade de atos lesivos e a aplicação da sanção de impedimento, se mostra adequada a sanção de publicação extraordinária da decisão condenatória, notadamente diante do reforço que a maior publicidade das circunstâncias da condenação trazem às funções da pena de prevenção geral positiva e negativa.

3.63. Cabe ainda mencionar que essa CGU, a fim de dar maior objetividade aos prazos da sanção de publicação extraordinária, já estabeleceu procedimentos a fim de dar maior concretude e mensurabilidade ao referido cálculo, conforme se reproduz do próprio Manual (p. 157):

“Assim, a duração da publicação extraordinária pressupõe o cálculo da alíquota decorrente dos critérios dos arts. 17 e 18 do Decreto nº 8.420/2015, seguindo as mesmas orientações já apresentadas neste manual, na etapa 2 de cálculo da multa. Em seguida, seu resultado será associado, de forma escalonada, a um período de tempo específico para a sanção em tela, ficando configurada em duas etapas a definição do tempo de duração da publicação extraordinária da decisão condenatória:”

3.64. Em análise do Relatório Final produzido pela CPAR, observa-se que os procedimentos determinados no âmbito do Decreto nº 8.420/2015 e do respectivo Manual foram escrupulosamente seguidos, não cabendo questionamento embasado para os prazos definidos pela CPAR.

3.65. Em relação ao valor sugerido como pena de multa, o seu cálculo seguiu estritamente as etapas previstas nos artigos 6º e 7º da Lei nº 12846/2013, nos artigos 17 a 23 do Decreto nº 8.420/2015, nas Instruções Normativas CGU nº 1/2015 e CGU/AGU nº 2/2018, no § 1º do art. 3º da Lei Complementar nº 123/2006 e no Manual Prático CGU de Cálculo de Multa.

3.66. No caso, a Defesa alega que:

- a) Não foi aplicado percentual relacionado à atenuante pela colaboração da pessoa jurídica;
- b) A pena foi agravada em razão da tolerância do corpo diretivo ou gerencial que não mais integram a pessoa jurídica; e
- c) Foi considerado no cálculo da vantagem auferida os valores de dano já ressarcidos relacionados ao Contrato de Brigada.

3.67. A respeito da atenuante da colaboração (art. 23, inc. III, do Decreto nº 11.129/2022), a CPAR, corretamente, se amparou na Tabela Sugestiva de Escalonamento das Circunstâncias Agravantes e Atenuantes desta CGU para concluir pela não aplicação ao caso, tendo em vista não estarem presentes os requisitos.

3.68. No que diz respeito à agravante pertinente à tolerância do corpo diretivo ou gerencial, a posição ocupada pelas pessoas físicas é apurada no momento da prática do ilícito. Assim, eventuais alterações organizacionais não interferem na apuração da agravante.

3.69. Em relação ao terceiro ponto (item "c"), no cálculo do valor do dano, corretamente, não foi abatida a quantia já ressarcida relacionada aos danos verificados na execução do Contrato de Brigada. De certo, a prática do ato lesivo, nos termos da LAC, implica em repercussões patrimoniais ao infrator que, necessariamente, abarcam o ressarcimento do dano. Isso não obstante, o ressarcimento prévio é previsto como atenuante e, no caso, foi aplicado o percentual de 1%.

3.70. Com efeito, se mostra adequada e corretamente fundamentada a pena sugerida pela CPAR no Relatório Final.

3.71. Em vista do exposto, não há nenhuma questão jurídica, preliminar ou de mérito, nem qualquer fato, que possa justificar a reconsideração da Decisão nº 139/2023 (SEI 2795433).

4. CONCLUSÃO

4.1. Por todo o acima exposto, propõe-se o conhecimento do Pedido de Reconsideração formulado pela pessoa jurídica **S.M.21 ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES S.A.** (CNPJ nº 02.566.106/0001-82) e, no mérito, por seu indeferimento.

4.2. À consideração superior.



Documento assinado eletronicamente por **GUSTAVO LOURENCO ROCHA, Auditor Federal de Finanças e Controle**, em 27/12/2023, às 18:01, 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 2994578 e o código CRC 65526FBB