



CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

NOTA TÉCNICA Nº 3990/2023/CGIPAV/DIREP/SIPRI

PROCESSO Nº 00190.108508/2021-06

Assunto: Análise de Pedido de Reconsideração de decisão condenatória proferida no bojo do Processo Administrativo de Responsabilização (PAR) nº 00190.108508/2021-06, apresentado pela empresa N2O TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO LTDA, em conformidade com o art. 15 do Decreto nº 11.129, de 11 de julho de 2022.

1. RELATÓRIO

1.1. Trata-se de Processo Administrativo de Responsabilização – PAR instaurado no âmbito da Controladoria-Geral da União (CGU), com o objetivo de apurar supostas irregularidades cometidas pela empresa **N2O TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO LTDA (N2O TECNOLOGIA)**, CNPJ nº 10.671.554/0001-74.

1.2. Tais irregularidades estariam relacionadas ao objeto das operações policiais (i) Tritão e Círculo Vicioso, deflagradas no curso do Inquérito Policial (IPL) nº 0072/2018-11 SR/PF/SP, instaurado pela Delegacia de Polícia Federal (PF) em Santos/SP, no dia 21 de novembro de 2017, para apurar fraudes em contratos firmados pela Companhia Docas do Estado de São Paulo – CODESP, entre os quais uma avença celebrada com a empresa N2O TECNOLOGIA, e (ii) Vaporware, deflagrada no bojo do IPL nº 1373/2017, instaurado pela Superintendência Regional da PF no Distrito Federal, no dia 31 de outubro de 2017, tendo por escopo inicial apurar possíveis crimes de peculato e fraude licitatória no contrato de aquisição de software celebrado entre a N2O TECNOLOGIA e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), depois se estendendo para contratos firmados pela referida empresa com outros órgãos e entidades do Poder Executivo Federal, a exemplo do então Ministério da Integração Nacional e do Ministério do Desenvolvimento Social.

1.3. Os trabalhos da Comissão Processante (CPAR) se encerraram em 19 de abril de 2022, com a emissão de Relatório Final (SEI 2345051) e registro em Ata de Deliberação (SEI 2345294).

1.4. Conforme consta do Relatório Final (SEI 2345051), a CPAR recomendou a responsabilização da empresa por: a) realizar pagamentos de vantagens indevidas a agentes públicos, no montante total de R\$ 280.000,00 (art. 5º, inciso I, da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 - Lei Anticorrupção/LAC); b) fraudar o caráter competitivo de procedimentos licitatórios públicos, por meio de direcionamento no processo de contratação com o DNIT, no Contrato nº 504/2016, firmado mediante adesão à Ata de Registro de Preços derivada do Pregão nº 10/2015, da extinta Secretaria Nacional de Portos - SEP/PR (art. 5º, inciso IV, alínea “a”, da LAC); e c) fraudar o Pregão nº 10/2015, da SEP, e os contratos dele decorrentes, em virtude de adesão à Ata de Registro de Preços, apresentando garantias inválidas, por intermédio de instituições não autorizadas junto ao Banco Central - BACEN (art. 5º, inciso IV, alínea “d”, da LAC). Considerou ainda a CPAR que as condutas acima mencionadas incorrem no art. 7º da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002.

1.5. Desse modo, foi sugerido pelo Colegiado à autoridade julgadora, no bojo do Relatório Final (SEI 2345051), a aplicação, à processada, das seguintes sanções: a) multa no valor de R\$ 1.671.514,95 (um milhão, seiscentos e setenta e um mil, quinhentos e quatorze reais e noventa e cinco centavos), nos termos do art. 6º, inciso I, da LAC; b) publicação extraordinária da decisão administrativa sancionadora, nos termos do art. 6º, inciso II, da LAC; e c) impedimento para licitar ou contratar com a União pelo prazo de 5 (cinco) anos, nos termos do artigo 7º da Lei nº 10.520, de 2002.

1.6. Protocolado pela defesa, após a confecção do Relatório Final, documento contendo as “Alegações Finais” (SEI 2373264) da processada, procedeu a Coordenação-Geral de Instrução e Julgamento de Entes Privados (COREP) à análise da regularidade do processo, bem como das “Alegações Finais” apresentadas, o que foi feito no âmbito da Nota Técnica nº 1684/2022/COREP - ACESSO RESTRITO/COREP/CRG (SEI 2458912), datada de 3 de novembro de 2022. Assim se posicionou a COREP na sobredita Nota:

2.2.9.7. Dessa forma, a manutenção do enquadramento na citada alínea “a” resta prejudicada. Sugerimos, assim, que sejam mantidas as tipificações do art. 5º, incisos I e IV, alínea “d”, da Lei nº 12.846/2013, e art. 7º da Lei nº 10.520/2002 referentes às demais irregularidades. (...) 3.1. Em vista dos argumentos aqui expostos, opina-se pela regularidade do PAR. 3.2. O processo foi conduzido em consonância com o rito procedimental previsto em lei e normativos infralegais, e com efetiva observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, enquanto consectários do devido processo legal, não se verificando qualquer incidente processual apto a ensejar a nulidade de atos processuais. 3.3. Ademais, não se vislumbra a existência de fato novo apto a modificar a conclusão a que chegou a Comissão de PAR, ou seja, os esclarecimentos adicionais trazidos pela defendente não foram suficientes para afastar as irregularidades apontadas. **3.4. Dessa forma, com as observações constantes do item 2.2.9.7, sugere-se acatar as recomendações feitas pela CPAR em seu Relatório Final**, com 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 art. 13 do Decreto nº 11.129/2022 e do art. 24 da IN CGU nº 13, de 2019. (Grifos acrescidos)

1.7. Posteriormente, a Consultoria Jurídica junto à CGU (CONJUR/CGU) concordou, quase integralmente, com as conclusões esposadas na Nota Técnica nº 1684/2022/COREP - ACESSO RESTRITO/COREP/CRG (SEI 2458912), tendo divergido, contudo, no que tange à dosimetria da penalidade atinente ao impedimento para licitar ou contratar com a União que, no entendimento do órgão de assessoramento jurídico, deveria ser estabelecido por 2 (dois) e não por 5 (cinco) anos. No mais, a CONJUR se manifestou favoravelmente ao que foi propugnado na aludida Nota Técnica.

1.8. É o que se infere do Parecer nº 00213/2023/CONJUR-CGU/CGU/AGU (SEI 2877364), datado de 21 de junho de 2023, aprovado pelo Despacho nº 00243/2023/CONJUR-CGU/CGU/AGU, de 3 de julho de 2023, e pelo Despacho de Aprovação nº 00178/2023/CONJUR-CGU/CGU/AGU, de 11 de julho de 2023 (SEI 2877364), os quais fundamentaram o julgamento do Ministro de Estado da CGU, proferido em 18 de julho de 2023 - Decisão nº 234 (SEI 2877365), publicada em 21 de julho de 2023 (SEI 2889061). Confira-se o teor da referida Decisão nº 234:

No exercício das atribuições a mim conferidas pelo artigo 49 da Lei nº. 14.600, de 19 de junho de 2023, adoto, como fundamento deste ato, parcialmente, o Relatório Final da Comissão de Processo Administrativo de Responsabilização, bem como o Parecer nº. 00213/2023/CONJUR-CGU/CGU/AGU, de 21 de junho de 2023, aprovado pelo Despacho nº. 00243/2023/CONJUR-CGU/CGU/AGU e pelo Despacho de Aprovação nº. 00178/2023/CONJUR-CGU/CGU/AGU, da Consultoria Jurídica junto a esta Controladoria-Geral da União, para aplicar, à empresa N2O TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO LTDA., CNPJ 10.671.554/0001-74, as seguintes penalidades, pela prática dos atos lesivos contidos nos incisos I e IV, alínea “d”, do artigo 5º, da Lei nº. 12.846, de 2013, assim como no artigo 7º da Lei nº. 10.520, de 17 de julho de 2002:

a) multa, no valor de R\$ 1.671.514,95 (um milhão seiscentos e setenta e um mil quinhentos e catorze reais e noventa e cinco centavos), com fundamento no artigo 6º, inciso I, da Lei nº. 12.846, de 1º de agosto de 2013;

b) publicação extraordinária da decisão administrativa sancionadora, com fundamento no artigo 6º, inciso II, da Lei nº. 12.846, de 1º de agosto de 2013, a ser cumprida da seguinte forma: i) em meio de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional; ii) em edital afixado no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, em localidade que permita a visibilidade pelo público, pelo prazo de 45 dias; e iii) em seu sítio eletrônico, em destaque na página principal, pelo prazo de 30 dias; e

c) impedimento de licitar ou contratar com a União pelo prazo de 2 (dois) anos, com o descredenciamento do Sistema de Cadastro Unificado de Fornecedores - SICAF, nos termos do artigo 7º da Lei nº. 10.520, de 17 de julho de 2002.

1.9. Em 2 de agosto de 2023, foi protocolado pela processada Pedido de Reconsideração da decisão (SEI 2902340) e aos 2 de outubro de 2023 foi apresentado pela defesa documento intitulado “Pedido de adiamento ao Pedido de Reconsideração” (SEI 2971649).

1.10. Em 29 de novembro de 2023, a processada juntou aos autos uma segunda petição complementar ao Pedido de Reconsideração (SEI 3036327).

1.11. Nesse contexto, vieram os autos a esta Coordenação-Geral de Investigação e Processos Advogados (CGIPAV), para apreciação (SEI 2913250).

1.12. É o breve relato.

2. ANÁLISE

DA ANÁLISE DO PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO

2.1. O Pedido de Reconsideração foi protocolado tempestivamente, aos 2 de agosto de 2023, dentro, pois, do prazo de 10 dias previsto pelo art. 15 do Decreto nº 11.129, de 2022, conforme Recibo Eletrônico de Protocolo, SEI 2902346. A seguir, serão examinados os argumentos colacionados pela defesa.

Da existência de contradição grave no PAR

Argumento i: A defesa considera ter havido grave contradição no processo por ter sido mantida a imputação, à processada, da conduta de “fraudar o caráter competitivo de procedimento licitatório público com o direcionamento no processo de contratação junto ao DNIT (Contrato nº 504/2016)”, após a CONJUR/CGU ter reconhecido que “as provas não são suficientes para se concluir que essa ligação entre tais empresas tenha causado prejuízos ao procedimento licitatório, nem que os atestados de capacidade

técnica estavam em desacordo com as regras do correspondente Edital', no que tange à suposta prática do ilícito previsto na alínea 'a' do inciso IV do artigo 5º da Lei nº 12.846/2013 (frustração do caráter competitivo do certame)".

Análise: No que concerne ao primeiro argumento apresentado pela processada, cabe anotar que antes mesmo de a CONJUR/CGU analisar o tema, a COREP, ao efetuar o exame da manifestação contendo as "Alegações Finais" da N2O TECNOLOGIA, acatou as alegações da defesa referentes à irregularidade "fraudar o caráter competitivo de procedimentos licitatórios públicos, por meio de direcionamento no processo de contratação com o DNIT, no Contrato nº 504/2016" (alínea "a" do inciso IV do artigo 5º da Lei nº 12.846, de 2013), como se depreende da leitura da Nota Técnica nº 1684/2022/COREP - ACESSO RESTRITO/COREP/CRG (SEI 2458912). Veja-se:

2.2.9.4. Analisando os termos da defesa, bem como o entendimento da Comissão, que acatou alguns pontos relativos às irregularidades no referido pregão, entendemos que assiste razão à defesa quanto ao enquadramento relativo à alínea "a", inciso IV, do art. 5º da LAC. 2.2.9.5. Conforme se verifica no termo de indicação, dentre os pontos que sustentavam a acusação acerca da fraude no procedimento licitatório (PE 10/2015), estavam os indícios de simulação na cotação de propostas de preço, relacionamentos entre a N2O e outras empresas participantes do pregão e favorecimento à empresa contratada em razão do aceite de atestados de capacidade técnica indevidos. 2.2.9.6. Ocorre que, no Relatório Final, conforme análise do argumento 2 (Pregão Eletrônico 10/2015), referente à ligação de duas das empresas que apresentaram a cotação com a N2O TI (Intelit e RSX), o que indicaria conluio entre elas, a CPAR entendeu que, apesar de demonstradas as ligações entre as empresas, não foi possível concluir que suas condutas tenham causado danos à licitação. Quanto à questão dos atestados de capacidade técnica apresentados pela indicia não atenderem às exigências do certame, a Comissão pontuou que, considerando a forma genérica com que o edital define a comprovação da qualificação técnica, não se pode afirmar, categoricamente, que os atestados apresentados pela empresa estão em desacordo com o requisito no certame. 2.2.9.7. Dessa forma, a manutenção do enquadramento na citada alínea "a" resta prejudicada. Sugerimos, assim, que sejam mantidas as tipificações do art. 5º, incisos I e IV, alínea "d", da Lei nº 12.846/2013, e art. 7º da Lei nº 10.520/2002 referentes às demais irregularidades.

Perceba-se, portanto, que a própria COREP já havia sugerido, no bojo da aludida Nota Técnica nº 1684/2022 (SEI 2458912), a exclusão da imputação, à processada, do ato lesivo atinente a "fraudar o caráter competitivo de procedimentos licitatórios públicos, por meio de direcionamento no processo de contratação com o DNIT, no Contrato nº 504/2016", tendo afastado o enquadramento de conduta da empresa na alínea "a" do inciso IV do artigo 5º da Lei nº 12.846, 2013.

Esse posicionamento foi, posteriormente, ratificado pela CONJUR/CGU, no Parecer nº 00213/2023/CONJUR-CGU/CGU/AGU (SEI 2877364).

Diante desse contexto e pelo fato de que, entre outras coisas, não havia, nos autos, informação de reincidência ou maus antecedentes por parte da processada, a CONJUR/CGU, ao realizar, *in casu*, a dosimetria da pena, recomendou, no referido Parecer, a diminuição, de 5 (cinco) para 2 (dois) anos, da penalidade de "impedimento para licitar ou contratar com a União", prevista na Lei nº 10.520, de 2002, proposta pela CPAR, no Relatório Final.

Quanto à pena de multa também indicada pelo Colegiado, no Relatório Final, com fulcro na LAC e no Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015, cumpre esclarecer que não houve alteração em seu valor, mesmo após a exclusão de uma das irregularidades inicialmente listadas no PAR, tendo em vista os parâmetros objetivos estabelecidos pelo Decreto nº 8.420, de 2015, vigente à época. Logo, o valor da multa sugerida pela CONJUR/CGU permaneceu sendo aquele recomendado pela CPAR, tendo sido o seu cálculo realizado de acordo com o regramento da matéria.

É certo que na conclusão do sobredito Parecer nº 00213/2023/CONJUR-CGU/CGU/AGU (SEI 2877364) as três irregularidades mencionadas no Relatório Final foram novamente citadas, em sua totalidade. Contudo, claro está que isso se trata de um erro material, que não ocasionou qualquer prejuízo à defesa.

Tanto é assim que o Ministro de Estado da CGU, em decisão proferida ao final do PAR (SEI 2877365), cominou penalidades à processada "pela prática dos atos lesivos contidos nos incisos I e IV, alínea "d", do artigo 5º, da Lei nº. 12.846, de 2013, assim como no artigo 7º da Lei nº. 10.520, de 17 de julho de 2002", deixando de punir a empresa pela conduta anteriormente incursa na alínea "a" do inciso IV do artigo 5º da Lei nº 12.846, de 2013.

Pelo exposto, refutam-se os argumentos da defesa.

Da desproporcionalidade das penalidades aplicadas

Argumento ii: Propugna a defesa ser totalmente descabido e desproporcional o valor da multa imposta, uma vez ter sido reconhecido pelo Colegiado, no bojo do Relatório Final, "inúmeras situações que confirmam os atos da empresa N2O como probos e legais". Questiona o fato de as penalidades sugeridas no Termo de Indiciação terem sido mantidas no Relatório Final. Ressalta ainda que a CPAR entendeu, no Relatório Final, pela não aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, considerando que "várias das imputações contidas no Termo de Indiciação acabaram por tornar-se em recomendações de absolvição no Relatório Final". Na mesma esteira de argumentação, a defesa assevera que "no âmbito da TC 036.058/2019-0 (Doc. 1), a Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação do Tribunal de Contas da União emitiu parecer favorável à empresa N2O, em resumo, reconhecendo que as irregularidades existentes no Contrato 504/2016 ocorreram exclusivamente pela falta de planejamento da administração, afastou as imputações de direcionamento da contratação, de inutilidade do objeto contratual e de superfaturamento do contrato". Em face do que foi acima exposto, sustenta que a gravidade da sanção deve ser equivalente à gravidade da infração praticada, o que não teria ocorrido no caso dos autos.

Análise: Cuida-se, em parte, de repetição de argumento já trazido aos autos pela defesa e que foi devidamente enfrentado pela COREP na Nota Técnica nº 1684/2022/COREP - ACESSO RESTRITO/COREP/CRG (SEI 2458912), item 2.2.10.

Na ocasião, a COREP destacou:

Em que pese a CPAR tenha acatado algumas alegações, tal fato não exclui a responsabilidade da empresa quanto às demais condutas apontadas, em que a Comissão manteve seu entendimento acerca da ocorrência de atos lesivos.

Ademais, como visto, independentemente de as penalidades sugeridas no Termo de Indiciação terem sido mantidas no Relatório Final, certo é que a CONJUR/CGU, ao realizar a dosimetria da pena, recomendou, no Parecer nº 00213/2023/CONJUR-CGU/CGU/AGU (SEI 2877364), a diminuição, de 5 (cinco) para 2 (dois) anos, da penalidade de "impedimento para licitar ou contratar com a União", de que trata a Lei nº 10.520, de 2002, o que foi acatado pelo Ministro de Estado da CGU (SEI 2877365).

Urge lembrar, por oportuno, que o Ministro da CGU, em sua decisão (SEI 2877365), acatando a sugestão da CONJUR/CGU, infligiu à processada as seguintes penalidades: a) multa no valor de R\$ 1.671.514,95 (um milhão, seiscentos e setenta e um mil, quinhentos e quatorze reais e noventa e cinco centavos), nos termos do art. 6º, inciso I, da LAC, b) publicação extraordinária da decisão administrativa sancionadora, nos termos do art. 6º, inciso II, da LAC; e c) impedimento para licitar ou contratar com a União pelo prazo de 2 (dois) anos, nos termos do artigo 7º da Lei nº 10.520, de 2002.

No que toca à pena de multa, como explanado na análise do argumento anterior, não houve, de fato, na decisão do Ministro (SEI 2877365), alteração em relação ao valor proposto pela CPAR, apesar da posterior exclusão da imputação, à processada, da conduta de "fraudar o caráter competitivo de procedimentos licitatórios públicos, por meio de direcionamento no processo de contratação com o DNIT, no Contrato nº 504/2016", incursa na alínea "a" do inciso IV do artigo 5º da Lei nº 12.846, de 2013, devido aos parâmetros estabelecidos pelo normativo de regência vigente à época (Decreto nº 8.420, de 2015), os quais foram rigorosamente cumpridos quando do cálculo da multa.

Acerca das questões que envolvem o parecer do Tribunal de Contas da União – TCU (SEI 2902341), emitido no bojo da Tomada de Contas Especial (TCE) nº 036.058/2019-0, mencionado pela defesa, insta assinalar:

a) o parecer do TCU em comentário versa exclusivamente sobre a execução do Contrato nº 504/2016, firmado entre o DNIT e a N2O TECNOLOGIA, em decorrência de adesão à Ata de Registro de Preços derivada do Pregão nº 10/2015, da SEP, em que o DNIT figurou na condição de órgão não participante, popularmente denominado "carona". Como consta do parecer, o objeto dessa contratação "foi a aquisição de licenças perpétuas de um sistema então denominado "Gestão de Contratos" (Gescon); treinamento para uso do sistema Gescon; suporte técnico ao sistema Gescon e um serviço então denominado "apoio estratégico" (...)";

b) as alegações apresentadas pela N2O TECNOLOGIA junto ao TCU, no âmbito da TCE nº 036.058/2019-0, foram ali acolhidas pela Corte de Contas no que se refere à irregularidade denominada C1, concernente ao "não atingimento do objetivo do Sistema Gescon (Gestão de Contratos)", fornecido ao DNIT pela contratada;

c) a N2O TECNOLOGIA não foi por esse fato punida na esfera da CGU. Como se observa da Decisão nº 234 (SEI 2877365), a processada foi penalizada, no bojo do PAR nº 00190.108508/2021-06, por i) realizar pagamentos de vantagens indevidas a agentes públicos, no montante total de R\$ 280.000,00 (art. 5º, inciso I, da Lei nº 12.846, de 2013); e ii) fraudar o Pregão nº 10/2015, da SEP, e os contratos dele decorrentes, em virtude de adesão à Ata de Registro de Preços, apresentando garantias inválidas, por intermédio de instituições não autorizadas junto ao BACEN (art. 5º, inciso IV, alínea "d", da LAC);

d) a única irregularidade listada inicialmente pela CPAR, que dizia respeito específica e unicamente ao contrato nº 504/2016, firmado entre o DNIT e a N2O TECNOLOGIA (contrato esse objeto do parecer do TCU em foco - SEI 2902341), qual seja, "fraudar o caráter competitivo de procedimentos licitatórios públicos, por meio de direcionamento no processo de contratação com o DNIT, no Contrato nº 504/2016", deixou de ser imputada à processada, conforme os termos da Decisão nº 234 (SEI 2877365), da lavra do Ministro de Estado da CGU;

e) ainda que assim não fosse, isto é, ainda que a mesma irregularidade atinente ao Contrato nº 504/2016, firmado entre o DNIT e a N2O TECNOLOGIA, estivesse sendo analisada concomitantemente no âmbito do TCU e da CGU, não se poderia olvidar que esses Órgãos, apesar de pertencerem ambos à esfera administrativa, possuem diferentes âmbitos de atuação. Além disso, conforme consta da ementa do Parecer GQ-55/1995 da Advocacia-Geral da União (AGU), vinculante, "o poder de julgar a regularidade das contas dos responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, inscrito na esfera de competência do colendo Tribunal de Contas da União, não inibe a ação disciplinar do Estado, salvo se for negada a existência do fato ou a autoria" (grifos acrescidos), o que, frise-se, não ocorreu no caso em tela.

É de se concluir, pois, que não merecem prosperar os argumentos da defesa.

Da ausência de comprovação de pagamento de vantagem indevida a agentes públicos

Argumento iii: A defesa contesta a conclusão do Colegiado referente à existência de pagamento de vantagem indevida a agente público ou a terceiro a ele relacionado e pugna pelo afastamento da condenação por essa conduta. Aduz que as conclusões da CPAR a respeito da matéria se resumem a meras presunções baseadas em indícios e conjecturas e assevera: a) que a Comissão Julgadora concluiu que houve conduta de pagamento de vantagem indevida a agente público ou a terceiro a ele relacionado, porque houve movimentações financeiras da empresa N2O para Daniel Maciel de Menezes Silva (DANIEL), ex-Secretário de Portos da Presidência da República, Anderson Braga Dorneles (ANDERSON), ex-assessor da Presidência da República, e Daniele Elise Rodrigues (DANIELE), ex-assessora da Companhia Docas do Estado de São Paulo (CODESP); b) que, diferentemente do que consta do Relatório Final, a transferência a ANDERSON foi realizada pelo Sr. Joelmir Francisco Barbosa (JOELMIR) e não pelo Sr. Joabe Francisco Barbosa (JOABE), para a conta do Sr. ANDERSON, por conta de um empréstimo realizado pelo Sr. JOELMIR para o Sr. ANDERSON; c) que, à época da transferência (final de 2016), o Sr. ANDERSON não era agente público, não era assessor da Presidência, como consignado no Relatório Final, e que, inclusive, a informação sobre a data da sua exoneração (02/2016) foi extraída do corpo do próprio Termo de Indiciação; d) que não houve transferência bancária entre a N2O e o Sr. DANIEL. A transferência se deu, segundo a defesa, entre a processada e o Sr. Diego Maciel de Menezes (DIEGO), irmão de DANIEL, que nunca figurou como sócio das empresas do irmão; e e) que essa transferência se deu por conta de negócio jurídico entabulado entre as partes, uma vez que a empresa N2O contratou a Solution Comércio de Informática, da qual é sócio DIEGO, para prestação de serviços, tendo havido, portanto, pagamento por um serviço prestado. Sobre as supostas movimentações bancárias que seriam atípicas, nas contas da Capital Três Bistrô, para a qual foram transferidas quantias pelos irmãos JOABE e JOELMIR, aponta a defesa que a referida companhia era uma empresa especializada no ramo alimentício, com grande potencial de crescimento e que, por isso, a N2O, por meio dos seus sócios, JOABE e JOELMIR, investiu recursos com objetivo de viabilizar o desenvolvimento daquele pequeno empreendimento. Pontua, outrossim, que “*embora seja razoável entender plausível a narrativa apresentada na inicial, outros raciocínios também são possíveis*”, e propugna que “*indícios isolados que possibilitem uma explicação diferente, por si só, não são suficientes para fundamentar uma decisão condenatória*”. Assim, defende que “*diante da incerteza, a dívida deve sempre militar em favor dos acusados, em obediência ao princípio do in dubio pro reo e da presunção de inocência (...)*”. Rechaça ainda a possibilidade de se fundamentar um decreto condenatório com base tão-somente em elementos informativos colhidos na fase investigativa, assinalando que a CPAR não produziu prova alguma durante a instrução, sob o manto do contraditório.

Análise: A processada insurge-se, uma vez mais, contra a irregularidade a ela imputada, concernente a “realizar pagamentos de vantagens indevidas a agentes públicos”.

Registre-se que a mesma linha de defesa já havia sido por ela delineada nas Alegações Finais. Na ocasião, foi pela COREP esclarecido, acerca do assunto, no bojo da Nota Técnica nº 1684/2022/COREP - ACESSO RESTRITO/COREP/CRG (SEI 2458912), o que segue:

2.2.7.4. Ora, essas informações trazidas são de conhecimento da CPAR. Conforme consta no termo de indicição bem como no Relatório Final, a transferência bancária no valor de R\$ 26.000,00 ocorreu da empresa N2O TI para seu sócio Joabe Francisco Barbosa e posteriormente ao seu irmão, Joelmir Francisco Barbosa, que repassou o valor diretamente para a conta de Anderson (SEI 2138541, fls. 228- 229).

2.2.7.5. Da mesma forma, quanto a Daniel Maciel de Menezes Silva, ex-Secretário de Portos da Presidência da República, consta o seguinte: transferência bancária no valor de R\$ 100.000,00, da N2O TI para a empresa Solution Comércio de Informática (CNPJ nº 24.885.137/0001-39), da qual Diego Maciel Menezes Silva (irmão de Daniel) é sócio (SEI 2138544, fls. 224/229) e que não tem funcionários registrados desde sua abertura em 27.05.2016. Daniel Maciel, conforme RAMA nº 72/2018-SR/PF/SP (SEI 2138532, fls. 120/185), ocupou diversos cargos no Governo Federal, dentre os quais: Secretário de Infraestrutura Portuária na SEP entre 05.05.2016 e 11.04.2017, fez parte do Conselho de Administração das Docas do RJ entre agosto/2016 e dezembro/2016 e foi Assessor na Consultoria Jurídica do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil entre 20.04.2017 e 25.04.2018.

2.2.7.6. Quanto à imputação de pagamento indevido à Daniele Elise Rodrigues, ex-assessora da CODESP, no valor de R\$ 154.000,00 (SEI 2138544, fls. 172/173), transferência realizada pela empresa Capital Três Bistrô que, ao que tudo indica, foi utilizada como intermediária da transação, a defesa informou que a empresa N2O por meio dos sócios, Joabe e Joelmir investiu recursos com objetivo de viabilizar o desenvolvimento daquele pequeno empreendimento (...).

2.2.7.7. Justificou que que o Sr. James Edwards D. Júnior, ex-marido de Daniele Elise, era amigo do Sr. Joabe, e ao passar por problemas financeiros fez um pedido de empréstimo o que foi prontamente atendido, tendo sido o dinheiro transferido para a conta de Daniele, o que teria sido citado no depoimento dado pelo Sr. James Edwards D. Júnior, no Termo de Declaração 0072/2018-11SR/DPF/SP (doc. 02 - SEI 2373290).

(...)

2.2.7.9. Em que pese o quanto alegado pela defesa, notadamente no que diz respeito de que o valor transferido à Daniele ocorreu em razão de pedido de empréstimo de seu ex-marido, James Edward, não trouxe aos autos comprovantes de devolução do valor, conforme consta no depoimento trazido pela defesa.

2.2.7.10. Da mesma forma, a defesa não trouxe elementos aptos a refutar as informações trazidas pela Comissão, de que a empresa Capital Três Bistrô, aberta em 03.03.2015 tendo um único sócio desde então (Jonatas Aragão Ramos), não possui nenhum funcionário registrado na RAIS e CAGED desde sua fundação, sendo um indicio de que a empresa não está em atividade, e que, de acordo com as informações do COAF nos meses de outubro e novembro de 2016 houve atipicidade nos lançamentos em conta da empresa, que até então era pouco movimentada (NT nº 2610/2018/CGA TI/DG/SFC, SEI 2138554).

2.2.7.11. Além disso, segundo o RIF, a movimentação bancária da Capital Três é “incondizante com a capacidade econômico-financeira do cliente”. No período analisado (01.06 a 08.11.2016) a empresa recebeu R\$ 1.409.309,88 dos irmãos Joabe e Joelmir. Cumpre-se mencionar que a maior parte das movimentações financeiras atípicas da empresa (sendo R\$ 1.069.255,42 a débito e R\$ 1.158.490,00 a crédito) ocorreram no mês de outubro de 2016, mesma época do pagamento da ordem bancária pelo DNIT à N2O TI.

Endossa-se aqui o entendimento esposado pela COREP, ressaltando que, novamente, não foi trazido junto do Pedido de Reconsideração, pela processada, qualquer elemento novo ou documento comprobatório que possa corroborar suas afirmações e explicações fornecidas para os pagamentos realizados pela N2O TECNOLOGIA.

Frise-se ainda, quanto às transferências identificadas pelo Colegiado (para ANDERSON, ex-assessor da Presidência da República, para DANIEL, ex-Secretário de Portos da Presidência da República, e para DANIELE, ex-Assessora da CODESP), que o art. 5º, inciso I, da LAC, preceitua que constitui ato lesivo à administração “prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada” (grifos acrescidos), ou seja, o ato lesivo se perfaz independentemente de a empresa ter oferecido a vantagem ao agente público direta ou indiretamente, por meio de um terceiro.

No caso do repasse feito para o Sr. ANDERSON, concluiu o Colegiado que o pagamento da vantagem indevida se deu da seguinte forma: “da empresa N2O TI para seu sócio Joabe Francisco Barbosa e posteriormente ao seu irmão, Joelmir Francisco Barbosa, que repassou o valor diretamente para a conta de Anderson” (Termo de Indiciação, SEI 2169745). Já no caso do Sr. DANIEL, a CPAR consignou no Termo de Indiciação (SEI 2169745) que ocorreu “transferência bancária no valor de R\$ 100.000,00, da N2O TI para a empresa Solution Comércio de Informática (CNPJ nº 24.885.137/0001-39), da qual Diego Maciel Menezes Silva (irmão de Daniel) é sócio (...) e que não tem funcionários registrados desde sua abertura em 27.05.2016”. Por fim, no caso de DANIELE, a CPAR apontou ter havido “transferência realizada pela empresa Capital Três Bistrô que, ao que tudo indica, foi utilizada como intermediária da transação”, no valor de R\$ 154.000,00 (Relatório Final, SEI 2345051).

Sobre a alegação da processada no sentido de que, à época da transferência feita para ANDERSON (final de 2016), ele não era mais era agente público/assessor da Presidência da República, tendo sido exonerado do cargo em fevereiro de 2016, sobreleva ponderar que a vantagem indevida pode ser prometida/oferecida/dada antes, durante ou após as relações de negócio.

Ademais, impende destacar ter sido evidenciado que a sugestão de condenação, feita pelo Colegiado no bojo do Relatório Final, baseou-se em um conjunto de provas constantes dos autos, todas submetidas ao crivo do contraditório e da ampla defesa.

Com efeito, foi oportunizado à processada amplo e irrestrito acesso aos autos, mediante concessão de acesso externo ao SEI, para visualização integral do processo e peticionamento eletrônico, sem qualquer violação ou restrição a direitos.

Foi-lhe assegurado, de igual modo, o direito de apresentar defesa, alegações finais, pedido de reconsideração e demais manifestações, bem como o de juntar documentos, etc, tendo sido respeitado, pois, o devido processo legal.

Nesse contexto, entende-se que não devem ser acatadas as alegações da defesa.

Da ausência de fraude pela apresentação de Cartas de Fiança inidôneas.

Argumento iv: A defesa sustenta que a situação do BMB Merchand Bank - BMB não era de seu conhecimento, sublinhando que, se o fosse, jamais teria confiado àquela instituição a emissão de sua carta fiança e argumenta ter agido na mais absoluta boa-fé. Colaciona trecho do Parecer nº 00003/2022/CPLC/DEPCONS/PGF/AGU, no qual se concluiu que “antes de aceitar a garantia ofertada, a Administração Pública deve adotar as medidas necessárias para aferir se o fiador tem autorização para operar como instituição financeira” e frisa que se os órgãos que detêm o poder para aferir a idoneidade de uma instituição bancária não o fizeram, não há como responsabilizar a N2O TECNOLOGIA, que foi igualmente ludibriada. Apresenta, outrossim, trecho de denúncia do Ministério Público Federal - MPF (SEI 2282126), para demonstrar que o MPF deixou claro, naquela ocasião, a ausência de responsabilidade de uma empresa contratada pelo Ministério da Justiça (MJ), que também teve sua carta de fiança emitida pelo BMB, pelos prejuízos causados no MJ. Por fim, argui que a mesma ponderação deve ser feita em relação à N2O TECNOLOGIA, na presente situação, em respeito ao princípio da Isonomia.

Análise: Depara-se, uma vez mais, com a repetição de alguns argumentos que já foram analisados no bojo do PAR. Em relação à questão da alegada boa-fé da processada, registra-se o entendimento da COREP, manifestado na Nota Técnica nº 1684/2022/COREP - ACESSO RESTRITO/COREP/CRG (SEI 2458912), com o qual cumpre concordar:

2.2.8.2. Sobre esse ponto, corroboramos o quanto já foi exposto pela Comissão, no sentido de que era público e notório que o BMB Bank e o Baruc Bank não eram consideradas instituições bancárias pelo Banco Central, o que poderia ser facilmente identificado pela empresa N2O TI quando da sua contratação. Nem o BMB Bank, nem o Baruc Bank, poderiam emitir o seguro garantia previsto na Lei nº 8.666/1993, vez que não possuem autorização da Superintendência de Seguros Privados SUSEP para operar, tampouco poderia emitir fiança bancária, uma vez que não se tratam de instituições bancárias, não tendo autorização do Banco Central do Brasil – BACEN, nos termos do art. 10, inciso X,

alínea “a”, da Lei nº 4.595/1964.

2.2.8.3. Ademais, ressaltou a Comissão que o Sr. Alexandre Silva, responsável pelo BMB Bank e pelo Baruc Bank, já teria sido denunciado pelo Ministério Público Federal em 2013 por venda ilegal de cartas fianças, o que reforça o entendimento de que a empresa N2O TI poderia ter conhecimento deste fato.

No que tange ao citado Parecer nº 00003/2022/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, no qual a Procuradoria-Geral Federal realça que “antes de aceitar a garantia ofertada, a Administração Pública deve adotar as medidas necessárias para aferir se o fiador tem autorização para operar como instituição financeira”, importante esclarecer que esse dever de cautela exigido da Administração Pública não exime a contratada de sua obrigação de apresentar garantia contratual válida, nos moldes do que prevê o art. 56, § 1º, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações vigente à época).

Nessa linha, tem-se que tanto o agente público que deixa de exigir da contratada a prestação das garantias contratuais, em conformidade com o disposto no art. 56 da Lei nº 8.666, de 1993, como a empresa contratada que fornece a garantia inválida, poderão ser responsabilizados.

Assim, haja vista que para os fins do art. 56 da Lei nº 8.666, de 1993, a fiança bancária somente pode ser prestada por instituição financeira devidamente autorizada pelo BACEN, nos termos da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, e da Resolução do Conselho Monetário Nacional (CMN) nº 2.325, de 30 de outubro de 1996, e que, por conseguinte, nem o BMB Bank, nem o Baruc Bank poderiam ter emitido fianças bancárias, por não serem instituições bancárias autorizadas pelo BACEN, e, ainda, em virtude de que os fatos aqui narrados eram públicos, notórios e, pois, de fácil verificação por parte da processada, entendeu o Colegiado que a N2O TECNOLOGIA, ao apresentar, como garantia, cartas fianças emitidas pelas aludidas instituições, em diversas contratações firmadas com a Administração Pública, incorreu no ato lesivo incurso no art. 5º, IV, “d”, da LAC, concernente a “fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente”.

Convém citar, a respeito do assunto, o posicionamento do Ministro Vidal do Rego, do TCU, esposado no Acórdão nº 597/2023, Plenário (https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/%25A597%2520ANOACORDAO%253A2023%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522DTRELEVANCIA%2520desc/).

26. Não há dúvida quanto à inidoneidade das “cartas de fiança fidejussória” como garantias de contratos administrativos. O art. 56, § 1º, da Lei 8.666/1993 só legitima o fornecimento de garantias na forma de caução (em dinheiro ou títulos públicos), seguro-garantia ou fiança **bancária**. A exigência foi repetida no art. 96, § 1º, da Lei 14.133/2021, cujo inciso III ainda reforça que deve ser a “fiança **bancária** emitida por banco ou instituição financeira **devidamente autorizada a operar no País pelo Banco Central do Brasil**.”

27. Entretanto, as “cartas de fiança fidejussória” concedidas pelos estabelecimentos considerados neste processo, que não são legalmente autorizados a atuar como bancos, não se constituem, evidentemente, de fianças bancárias, se fazendo inaptas à garantia de contratos públicos.

28. São, verdadeiramente, estabelecimentos fora do sistema financeiro, sem regulamentação específica e sobre os quais não há nenhum controle do poder público acerca da sua gestão econômica e capacidade de honrar compromissos, configurando-se alto risco de que as garantias por eles emitidas se tornem inúteis.

29. A exemplo do que ficou decidido no [Acórdão 2373/2022-TCU-Plenário](#) em relação aos contratos do Ministério da Saúde, as irregularidades de emitir, oferecer e aceitar fianças não bancárias para contratações administrativas deveriam levar, também aqui, à responsabilização das emitentes, das contratadas e dos gestores públicos encarregados da formalização e fiscalização dos contratos.

(...)

32. (...) compreendo que a materialidade financeira não pode ser critério para pôr a salvo desde logo a responsabilidade das empresas emitentes das “cartas de fiança fidejussória” e das contratadas, uma vez que o enfoque não é de reparação de dano, mas de repressão à fraude.

33. Além do mais, fianças de milhões não são tão comuns em contratos de prestação de serviços, pois normalmente se limitam a 5% do valor contratado (art. 56, § 2º, da Lei 8.666/1993 e art. 98 da Lei 14.133/2021). Nesse aspecto, fianças que superam a casa dos R\$ 100 mil, como algumas detectadas neste processo, fornecidas pela FIB Bank Garantia de Fianças Fidejussórias S/A, P.B. Investment Empresarial S/A - Profit Bank e For You Sociedade de Crédito Direto S/A (ver tabela acima), já podem ser tidas como materialmente significativas.

34. Por outro lado, embora em menores valores, destaco a frequência de fianças concedidas pela Infinite Bank S/A, abrangendo cinco dos nove contratos examinados. 35. Lembro, em acréscimo, que a aplicação de sanções, como a de inidoneidade, além de suscitada no [Acórdão 2373/2022-TCU-Plenário](#), foi também expressamente requerida nestes autos pelo representante (...).

No caso *sub examine*, relatou o Colegiado que “a N2O TI apresentou garantias inválidas, por meio de instituições não autorizadas junto ao Banco Central nos contratos nº 15/2016 firmado com o Ministério dos Esportes (carta fiança, no valor de R\$ 484.207,00), nº 45/2016 firmado com o Ministério do Desenvolvimento Social (carta fiança nº 16601/2016, no valor de R\$ 359.538,00), nº 504/2016 celebrado com o DNIT (carta fiança nº 11666/2016, no valor de R\$ 1.113.675,00), e nº 20/2016 celebrado com o Ministério da Integração Nacional (carta fiança nº 11670/2016, no valor de R\$ 630.837,00)” (Relatório Final, SEI 2345051).

Por tudo o que foi dito, rejeitam-se os argumentos da defesa.

DA ANÁLISE DA PRIMEIRA PETIÇÃO COMPLEMENTAR AO PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO

2.2. A defesa protocolou, na data de 2 de outubro de 2023, petição complementar ao Pedido de Reconsideração (SEI 2971649), trazendo as alegações a seguir relacionadas.

Da falha na gestão do DNIT

Argumento v: A defesa cita novamente parecer do TCU, emitido no bojo da Tomada de Contas nº 036.058/2019-0, por meio do qual, aduz, a Secretaria de Fiscalização e Tecnologia da Informação da Corte de Contas reconheceu que “as irregularidades existentes no Contrato 504/2016, o mesmo contrato objeto do presente Processo Administrativo de Responsabilização, ocorreram exclusivamente pela falta de planejamento da administração, afastou as imputações de direcionamento da contratação, de inutilidade do objeto contratual e de superfaturamento do contrato (...)”. Seguindo essa linha de raciocínio, lembra que a CPAR concluiu, no Relatório Final, que “a empresa utilizou de garantia inidônea como subsídio para contratação com a administração pública, que gerou mais de R\$ 1 milhão de prejuízo ao erário”. Consigna, porém, que dito prejuízo não decorreu de conduta da processada/contratada e sim do próprio DNIT, contratante, ao deixar de contratar todas as funcionalidades disponíveis para o sistema implantado pela N2O TECNOLOGIA, “o que, em suma, seria essencial para o funcionamento pleno da solução (...)”. Prossegue assinalando, pois, que muito embora o pedido de abertura, pelo DNIT, no âmbito do Contrato nº 504/2016, de expectativa de sinistro à Carta Fiança nº 11666/2016, na importância de R\$1.113.675,00, tenha sido requerido “em razão de supostas falhas nos serviços prestados pela peticionante”, em verdade, tal se deu não em virtude de falha no produto contratado, fornecido pela processada, ou de falhas nos serviços por ela prestados, mas sim por falhas da própria autarquia, como teria sido admitido pelo TCU. Sobre o assunto, colaciona ainda o seguinte trecho do Parecer do TCU: “a não utilização do sistema diz respeito à falta de cultura organizacional e a não contratação de todas as funcionalidades disponíveis (...), o que, em suma, seria essencial para funcionamento pleno da solução Gescon e que não pode ser remetido à culpabilidade da Empresa”. A respeito de as cartas de fiança terem sido emitidas por instituições não autorizadas junto ao Banco Central, a processada reitera que se os órgãos que detêm o poder para aferir a idoneidade de uma instituição bancária não o fizeram, não há como responsabilizá-la, já que foi igualmente ludibriada. Recorda que o MPF deixou claro, em um caso concreto, a ausência de responsabilidade de uma empresa contratada pelo MJ, a qual também teve sua carta de fiança emitida pelo BMB, pelos prejuízos causados no Ministério, propugnando que a mesma ponderação deve ser feita em relação à N2O TECNOLOGIA, na presente situação, em atenção ao princípio da isonomia. Posteriormente, defende que a pena de multa aplicada seja excluída ou que seu valor mínimo seja de R\$ 6.000,00, diferentemente do que foi considerado pela CPAR que, no caso dos autos, entendeu como sendo o valor mínimo da multa o da vantagem auferida, que seria correspondente ao valor da Carta Fiança nº 11666/2016, no montante de R\$ 1.113.675,00. Afirma a processada, contudo, que “não há que se falar em dano ao erário ou qualquer vantagem auferida pela N2O”. Devido à atenuante da inexistência de dano, aliás, sustenta que a pena de publicação extraordinária deve ser retirada.

Análise: Quanto ao que foi aduzido pela defesa, no sentido de ter sido supostamente reconhecido pela Secretaria de Fiscalização e Tecnologia da Informação da Corte de Contas, em parecer exarado no âmbito da Tomada de Contas nº 036.058/2019-0, que as irregularidades existentes no Contrato 504/2016 teriam ocorrido exclusivamente pela falta de planejamento da administração e não por falhas nos serviços prestados pela processada, cabe rememorar o que foi dito quando da análise do Argumento ii, acima. Confira-se:

a) o parecer do TCU em comentário versa exclusivamente sobre a execução do Contrato nº 504/2016, firmado entre o DNIT e a N2O TECNOLOGIA, em decorrência de adesão à Ata de Registro de Preços derivada do Pregão nº 10/2015, da SEP, em que o DNIT figurou na condição de órgão não participante, popularmente denominado “carona”. Como consta do parecer, o objeto dessa contratação “foi a aquisição de licenças perpétuas de um sistema então denominado “Gestão de Contratos” (Gescon); treinamento para uso do sistema Gescon; suporte técnico ao sistema Gescon e um serviço então denominado “apoio estratégico”(...)”;

b) as alegações apresentadas pela N2O TECNOLOGIA junto ao TCU, no âmbito da TCE nº 036.058/2019-0, foram ali acolhidas pela Corte de Contas no que se refere à irregularidade denominada C1, concernente ao “não atingimento do objetivo do Sistema Gescon (Gestão de Contratos)”, fornecido ao DNIT pela contratada;

c) a N2O TECNOLOGIA não foi por esse fato punida na esfera da CGU. Como se observa da Decisão nº 234 (SEI 2877365), a processada foi penalizada, no bojo do PAR nº 00190.108508/2021-06, por i) realizar pagamentos de vantagens indevidas a agentes públicos, no montante total de R\$ 280.000,00 (art. 5º, inciso I, da Lei nº 12.846, de 2013); e ii) fraudar o Pregão nº 10/2015, da SEP, e os contratos dele decorrentes, em virtude de adesão à Ata de Registro de Preços, apresentando garantias inválidas, por intermédio de instituições não autorizadas junto ao BACEN (art. 5º, inciso IV, alínea “d”, da LAC);

A título de informação, vale mencionar que, nesse mesmo parecer do TCU (SEI 2971652), foram rejeitados os argumentos da N2O TECNOLOGIA no que diz respeito à irregularidade O1 (“apresentação de carta de fiança com atraso não previsto em contrato e inválida”), como se infere do item 48.2 do Parecer e da Matriz de Responsabilidade de Oitiva (Apêndice 4), ao final do documento.

Na sobredita Matriz de Responsabilidade (Apêndice 4), consta a conduta da empresa N2O TECNOLOGIA como sendo: “a empresa deixou de apresentar a carta de fiança durante o período de dois meses de execução contratual, e quando o fez, apresentou documento inválido, emitido por empresa não reconhecida pelo Banco Central do Brasil”. Já o nexo de causalidade foi assim indicado “ao atrasar a entrega da carta de fiança e, após, apresentar um documento inválido, a empresa deixou o contrato sem cobertura de garantia de execução”.

Além disso, não se pode deixar de sublinhar que, no caso concreto, não foi somente por ocasião da contratação da processada pelo DNIT (Contrato nº 504/2016 - carta fiança nº 11666/2016, no valor de R\$ 1.113.675,00, de que cuida o Parecer SEI 2971652, redigido no bojo da Tomada de Contas nº 036.058/2019-0) que se deu a irregularidade em questão, tendo a N2O TECNOLOGIA apresentado garantias inválidas, por meio de instituições não autorizadas junto ao Banco Central, de igual modo, nos contratos nº 15/2016 firmado com o Ministério dos Esportes (carta fiança no valor de R\$ 484.207,00), nº 45/2016 firmado com o Ministério do Desenvolvimento Social (carta fiança nº 16601/2016, no valor de R\$ 359.538,00) e nº 20/2016 celebrado com o Ministério da Integração Nacional (carta fiança nº 11670/2016, no valor de R\$ 630.837,00) – ver Relatório Final, SEI 2345051.

Importante também deixar claro que o ato lesivo referente a “fraudar o Pregão nº 10/2015, da SEP, e os contratos dele decorrentes, em virtude de adesão à Ata de Registro de Preços, apresentando garantias inválidas, por intermédio de instituições não autorizadas junto ao BACEN” não foi imputado à empresa N2O TECNOLOGIA em razão de ter sido um ato que ocasionou prejuízo ao erário, mas sim devido à fraude praticada pela processada, mediante a apresentação de garantias contratuais inválidas, em desconformidade com o que dispõe o art. 56, § 1º, da Lei nº 8.666, de 1993. Ou seja, ainda que não houvesse acarretado prejuízo ao erário, a fraude cometida seria uma conduta punível, à luz dos ditames da LAC.

Denote-se, por oportuno, que “o fato de a empresa ter se utilizado de garantia inidônea como subsídio para contratação com a administração pública, que gerou mais de R\$ 1 milhão de prejuízo ao erário” (Nota Técnica nº 1684/2022/COREP, SEI 2458912) foi apenas apontado pelo Colegiado, no Relatório Final, como circunstância agravante, a aumentar o grau de reprovabilidade da conduta da processada (Relatório Final, SEI 2345051, item 7.3.5).

Frise-se, na mesma esteira de raciocínio, que o foco da LAC não é o de reparação de dano, mas sim o de repreensão à fraude.

No que tange à alegada boa-fé da processada, que teria sido ludibriada pelas instituições não autorizadas, emissoras das cartas fiança inválidas, remete-se à leitura da análise do Argumento iv, onde se tratou exaustivamente do tema.

Contesta ainda a processada o fato de ter sido considerado pela CPAR como sendo o valor mínimo da multa aquele da vantagem auferida, que seria correspondente ao valor da Carta Fiança nº 11666/2016, no montante de R\$ 1.113.675,00 (SEI2138595).

Assim pontuou a CPAR, no Relatório Final (SEI 2345051): “o limite mínimo corresponde ao valor da vantagem auferida que, no caso concreto, corresponde ao valor do pedido de abertura pelo DNIT de expectativa de sinistro à Carta Fiança nº 11666/2016, na importância de R\$ 1.113.675,00”.

Porém, defende a processada, como visto, que o prejuízo ao erário advindo do pedido de abertura, pelo DNIT, da expectativa de sinistro à Carta Fiança nº 11666/2016, que era inválida, não decorreu de sua conduta e de falhas nos serviços por ela prestados e sim da conduta da própria autarquia que, por falhas internas, deixou de contratar todas as funcionalidades disponíveis para o sistema implantado pela N2O TECNOLOGIA. Assinala que o TCU teria se posicionado nessa linha, no Parecer SEI 2971652, ao consignar que “a não utilização do sistema diz respeito à falta de cultura organizacional e a não contratação de todas as funcionalidades disponíveis (...), o que, em suma, seria essencial para funcionamento pleno da solução Gescon e que não pode ser remetido à culpabilidade da Empresa”. Aduz, pois, que não se há de falar em dano ao erário ou em vantagem auferida pela N2O TECNOLOGIA.

Sobre esse ponto, outrossim, não assiste razão à defesa. É de se ressaltar, em primeiro lugar, que quando foi feita a afirmação acima, no parecer do TCU, estava-se a referir à irregularidade denominada C1, a qual, já se viu, é concernente ao “não atingimento do objetivo do Sistema Gescon (Gestão de Contratos)”, fornecido ao DNIT pela processada (Contrato nº 504/2016), e em relação à qual foram acolhidas, pelo Tribunal, no parecer em questão, as justificativas fornecidas pela empresa (ver itens 22 a 41 do Parecer do TCU, SEI 2971652).

Em segundo lugar, reitera-se que, independentemente do entendimento do TCU, que só vincularia a CGU caso tratasse do mesmo fato e houvesse a conclusão da Corte de Contas pela negativa do fato ou da autoria (Parecer GQ-55/1995 da AGU), tem-se que, no PAR em tela, a conduta da processada de apresentar garantias contratuais inválidas, em diversas contratações feitas com a administração pública, foi corretamente considerada pelo Colegiado ato fraudulento, incurso no art. 5º, inciso IV, alínea “d”, da LAC, tendo sido esse também o posicionamento do TCU no Acórdão nº 597/2023, Plenário, supramencionado.

Da mesma forma, irrepreensível a conclusão da CPAR quanto ao fato de que o não atendimento do pedido do DNIT de abertura de expectativa de sinistro à Carta Fiança nº 11666/2016, entregue, pela processada, em desconformidade com o que dispõe o art. 56, § 1º, da Lei nº 8.666, de 1993, na importância de R\$ 1.113.675,00, configurou dano ao erário no mesmo valor e também vantagem auferida por parte da N2O TECNOLOGIA.

Portanto, não merecem reparo as penalidades aplicadas à processada, por meio da Decisão nº 234 (SEI 2877365).

DA ANÁLISE DA SEGUNDA PETIÇÃO COMPLEMENTAR AO PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO

2.3. Na data de 29/11/2023, a defesa juntou aos autos nova petição complementar ao Pedido de Reconsideração (SEI 3036327), contendo os argumentos abaixo indicados.

Da relação entre as instâncias penal e administrativa: independência mitigada

Argumento vi: Aduz a defesa que o Judiciário rejeitou a denúncia oferecida pelo MPF, em decorrência da Operação Tritão (IPL nº 0072/2018-11 SR/PF/SP), em face de, entre outros, JOABE, sócio da N2O TECNOLOGIA, por falta de justa causa, em razão da ausência de indícios mínimos de autoria. Apresenta em anexo a decisão proferida no bojo da Ação Penal nº 5002154-96.2023.4.03.6104 (SEI 3036329). Assevera que foi com base nas mesmas provas incluídas no inquérito policial que a CGU condenou a processada. Acrescenta ter sido justificado pelo Juízo que “no caso em análise, deveria a acusação apresentar elementos indiciários mínimos capazes de demonstrar que os réus tinham conhecimento da possível fraude licitatória prévia”. Destaca ainda que não se compatibiliza com a ordem jurídica brasileira uma completa independência entre as instâncias penal e administrativa. Cita o art. 935 do Código Civil, sublinhando que “as sentenças penais que estabeleçam haver prova da inexistência do fato ou de que o réu não é autor não podem ser rediscutidas em âmbito civil”, o que, sustenta, deve ser aplicado também no âmbito do direito administrativo sancionador. Registra que a relação entre as instâncias penal e administrativa é, em verdade, de independência mitigada e propugna que, no presente caso, deve ser reconhecida a prevalência da jurisdição penal sobre a esfera administrativa.

Análise: De plano, cabe alertar que a defesa se equivocou ao se referir à rejeição de denúncia em face do sócio JOABE, tendo em vista que o PAR em foco tem por objeto, única e exclusivamente, a pessoa jurídica N2O TECNOLOGIA. Relembre-se, nessa linha, que os processos administrativos de responsabilização de empresas não têm por escopo tratar de crimes cometidos por pessoas físicas, os quais são apurados na esfera judicial, mas sim apurar possível prática de ato lesivo à administração pública, por pessoas jurídicas.

Há que se salientar ainda que a responsabilidade da pessoa jurídica pelos atos lesivos dispostos na LAC é objetiva, não havendo, pois, necessidade de comprovação de dolo ou culpa (art. 2º da LAC), bastando que sejam demonstrados a) a prática de qualquer das condutas descritas no art. 5º da Lei e b) o nexo de causalidade entre o ilícito e a atuação direta ou indireta da pessoa jurídica.

Mister reconhecer também que a responsabilização administrativo-disciplinar prescinde da existência de indiciamento ou de ação penal contra a empresa ou seus dirigentes, haja vista a independência entre as instâncias administrativa, civil e penal, ressalvadas as situações excepcionais de negativa de materialidade ou autoria, hipótese na qual poderia haver interferência da esfera penal na esfera administrativa.

No mesmo diapasão, dispõe o art. 3º, § 1º, da LAC que a “pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais referidas no caput” (art. 3º, § 1º).

Nesse contexto, mesmo que os dirigentes da empresa tenham respondido a processo penal e desse processo não tenha decorrido condenação, caso não tenha havido o reconhecimento, na esfera criminal, da inexistência do fato ou da negativa de autoria, tal decisão não vincula as demais esferas.

Sobre o assunto, assim já havia se manifestado a CPAR, no Relatório Final (SEI 2345051):

4.2.5.2.1. Inicialmente observa-se que o PAR ora em análise trata de fraude ao caráter competitivo de procedimentos licitatórios públicos para o qual esta CGU possui competência concorrente para instauração e julgamento conferida pela Lei nº 12.846/2013, pelo Decreto nº 8.420/2015, e definidas ainda no art. 51 da Lei nº 13.844/2019 (antigo Art. 66 da Lei nº 13.502/2017).

4.2.5.2.2. Logo, cumpre-se destacar que a norma deve ser aplicada independentemente da conclusão dos procedimentos que alega a defesa quanto da existência de ação penal contra a empresa ou seus dirigentes, ou, ainda que estes respondessem a processo e tivessem recebido sentença absolutória por falta de provas, vez que a decisão não vincularia as demais esferas.

4.2.5.2.3. Sobre o tema, importa a manifestação acerca da independência entre as instâncias administrativa, civil e penal, ressalvando as situações excepcionais, de negativa de materialidade ou autoria, em que poderia haver interferência da esfera penal na esfera administrativa.

4.2.5.2.4. A corroborar o referido entendimento, vejamos os termos exarados no Agravamento Regimento no Habeas Corpus nº 148.391-PR, pelo Ministro Luiz Fux:

1. As instâncias civil, penal e administrativa são independentes, sem que haja interferência recíproca entre seus respectivos julgados, ressalvadas as hipóteses de absolvição por

inexistência de fato ou de negativa de autoria. Precedentes: MS 34.420-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJE de 19.05.2017; RMS 26951-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJE de 18.11.2015; e ARE 841.612-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJE de 28.11.2014. (Grifo nosso) Na mesma linha acima, e enfatizando o princípio da independência relativa entre as instâncias administrativa e penal, tem-se o voto de Ministra do STF, no julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 33.858/DF, cujo trecho transcreve-se abaixo: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. FATO CAPITULADO COMO CRIME. PRESCRIÇÃO PUNITIVA ESTATAL. PRAZO FIXADO A PARTIR DA LEI PENAL (ART. 142, § 2º, DA LEI N. 8.112/1990). PRECEDENTES. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

4.2.5.2.5. Voto da Ministra Cármen Lúcia:

(...) 4. Nesses termos, a absolvição do Recorrente na instância penal mostra-se indiferente, pelo princípio da independência relativa entre as instâncias administrativa e penal, a significar a atuação simultânea das esferas, sem afetarem-se umas às outras, ressalvadas as hipóteses de reconhecimento, na esfera criminal, da inexistência do fato ou da negativa de autoria (por exemplo, Mandado de Segurança n. 25.880/DF, Relator o Ministro Eros Grau, Plenário, DJ 16.3.2007; Recurso Extraordinário com Agravo com Repercussão Geral n. 691.306/MS, Relator o Ministro Cezar Peluso, Plenário Virtual, DJe 11.9.2012; Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento n. 521.569/PE, Relatora a Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 14.5.2010; Mandado de Segurança n. 21.708, Redator para o acórdão o Ministro Mauricio Corrêa, Plenário, DJ 18.5.2001; Mandado de Segurança n. 22.438, Relator o Ministro Moreira Alves, Plenário, DJ 6.2.1998), o que não se teve na espécie vertente.

(...)

(Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 33.858/DF, relatado pela Ministra Cármen Lúcia, julgado pela 2ª Turma do STF em 01.12.2015, publicado no DJE de 18.12.2015) (Grifo nosso)

Como visto, no caso em comento não houve rejeição da denúncia do Ministério Público por inexistência de fato ou negativa de autoria, como se observa da leitura do documento SEI 3036327. A rejeição da denúncia se deu por motivo de ausência de indícios de autoria (insuficiência de provas).

Diante do exposto, não merecem prosperar os argumentos da defesa.

3. CONCLUSÃO

3.1. Por tudo o que foi dito, é o presente para propor:

O **indeferimento do pedido de reconsideração** da decisão que condenou a **empresa N2O TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO LTDA** às penalidades de a) **multa no valor de R\$ 1.671.514,95** (um milhão, seiscentos e setenta e um mil, quinhentos e quatorze reais e noventa e cinco centavos), nos termos do art. 6º, inciso I, da LAC; b) **publicação extraordinária da decisão administrativa sancionadora**, nos termos do art. 6º, inciso II, da LAC; e c) **impedimento para licitar ou contratar com a União pelo prazo de 2 (dois) anos**, com o descredenciamento do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF, nos termos do artigo 7º da Lei nº 10.520, de 2002.

3.2. À consideração superior.



Documento assinado eletronicamente por **RENATA COSTA BANDEIRA DE MELLO**, Auditor Federal de Finanças e Controle, em 03/10/2024, às 13:48, 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 3065055 e o código CRC C5676ACC