



CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

NOTA TÉCNICA Nº 1972/2021/COREP - ACESSO RESTRITO/COREP/CRG

PROCESSO Nº 00190.107409/2018-01

INTERESSADO: COORDENAÇÃO-GERAL DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO DE ENTES PRIVADOS

ASSUNTO

Apuração, por meio de Processo Administrativo de Responsabilização (PAR), de supostas irregularidades imputadas à pessoa jurídica MENDES JÚNIOR TRADING E ENGENHARIA S/A – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL., CNPJ 19.394.808/0001-29.

REFERÊNCIAS

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

Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015.

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

Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

SUMÁRIO EXECUTIVO

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

1. RELATÓRIO

1.1. Trata-se de Processo Administrativo de Responsabilização (PAR) instaurado no âmbito desta Controladoria-Geral da União – CGU, em face da pessoa jurídica MENDES JÚNIOR TRADING E ENGENHARIA S/A., CNPJ nº 19.394.808/0001-29.

1.2. O objeto da presente apuração corresponde à análise de fatos que ensejaram a instauração de Processo Administrativo de Responsabilização no âmbito do Processo nº 00190.104953/2018-93, acerca de supostas irregularidades relacionadas a licitações e contratos realizados pela VALEC Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. quando da implantação da Ferrovia Norte-Sul e da Ferrovia Integração Oeste-Leste.

1.3. Os exames se deram em razão dos ilícitos relatados no Anexo I-B do acordo de leniência que envolve a VALEC, o qual foi firmado entre a Controladoria-Geral da União, a Advocacia-Geral da União e as empresas UTC Participações S.A., UTC Engenharia S.A. e Constran S.A. – Construções e Comércio.

1.4. Conforme consta da Nota Técnica nº 503/2020/COREP – ACESSO RESTRITO/COREP/CRG (SEI 1432795), que concluiu pela admissibilidade do PAR nos termos nela expostos, a Corregedoria-Setorial responsável pelas análises iniciais, à época, consignou que as informações prestadas pela empresa colaboradora (UTC) iam ao encontro dos elementos levantados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), bem como pelo Ministério Público Federal (MPF), que havia oferecido várias denúncias referentes às operações policiais denominadas “O Recebedor”, “De volta aos trilhos” e “Tabela Periódica”, dando conta que algumas das maiores empreiteiras do país se uniram para fraudar concorrências públicas, mediante ajustes de preços, divisão de lotes e pagamentos de propina, gerando prejuízos à VALEC.

1.5. Diante dos fatos narrados, decidiu-se pela abertura de investigação em face da empresa Mendes Júnior e conseqüente instauração de PAR.

1.6. A seguir, solicitou-se à Justiça Federal de Goiás o compartilhamento do conjunto de

informações e documentos contidos nos inquéritos policiais e ações penais relacionadas às operações “Trem Pagador”, “O Recebedor”, “Tabela Periódica”, “De volta aos trilhos” e “Trilho 5x”.

1.7. Dessa forma, de acordo com a aludida Nota Técnica, a partir da disponibilização dos referidos documentos, tornou-se necessário o aprofundamento do juízo acerca da instauração do processo de responsabilização em face da Mendes Júnior, vez que as irregularidades identificadas nas citadas operações policiais implicaram no oferecimento de denúncias contra representantes de diversas empresas participantes das licitações da Ferrovia Norte-Sul e Ferrovia de Integração Oeste-Leste.

1.8. No que tange à participação da empresa MENDES JÚNIOR TRADING E ENGENHARIA S/A., o juízo de admissibilidade pela continuidade da apuração das condutas por meio do Processo Administrativo de Responsabilização em andamento, se deu em razão de: a) “frustrar o caráter competitivo da licitação, mediante a combinação de preços para o lote vencedor e apresentação de proposta de cobertura nos demais lotes”; e b) “possível pagamento de vantagens indevidas a agentes públicos para a empresa ser escolhida como vencedora do certame licitatório”.

1.9. As condutas foram preliminarmente enquadradas no art. 88, II e III, da Lei nº 8.666/1993 e tiveram como base evidências e elementos de informação colhidos nos seguintes documentos:

- Acordo de Leniência CGU/AGU e empresas grupo UTC (SEI 1431908);
- Mapa do cartel (SEI 1431938);
- Acordo de Leniência nº 02/2016 CADE e Camargo Corrêa (SEI 1431955);
- Acordo de Leniência CGU/AGU e Camargo Corrêa (SEI 1432436 e 1432438);
- COLABORAÇÃO PREMIADA Nº 20592-17.2016.4.01.3500 (Andrade Gutierrez) (SEI 1432675);
- COLABORAÇÃO PREMIADA Nº 27093-21.2015.4.01.3500 (Camargo Correa – CCCC) (SEI 1432677);
- Laudo nº 268/2018/DITEC/PF, de 06/02/2018 (ação penal nº 17620-74.2016.4.01.3500) (SEI 1431964);
- INFORMAÇÃO Nº 987/2018/ DELECOR/SR/PF/GO (IPL nº 913/2015) (SEI 1431966 e 1431972);
- Acordo de Leniência CGU/AGU e OAS (SEI 1432229).

1.10. De acordo com o proposto nos termos da Nota Técnica 503 (SEI 1432795), instaurou-se o PAR sob análise, por meio da Portaria CGU nº 741, de 19 de março de 2020, publicada no Diário Oficial da União de 20 de março de 2020 (SEI 1437896), cuja Ata de Instalação e Início dos Trabalhos (SEI 1486159) foi lavrada pela CPAR em 08 de maio de 2020.

1.11. Em 13 de julho de 2020 a Comissão decidiu por indiciar a empresa **MENDES JÚNIOR TRADING E ENGENHARIA S/A - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL (MENDES JÚNIOR)**, CNPJ nº 19.394.808/0001-29, pelas razões de fato e de direito explicitadas no Termo de Indiciação (SEI 1558352), em especial por:

“supostamente fraudar o caráter competitivo de procedimentos licitatórios públicos da VALEC - Engenharia, Construções e Ferrovias S/A (VALEC) e dar vantagens indevidas a agentes públicos da VALEC, tendo, portanto, supostamente praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação e demonstrado não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados, incidindo nos atos lesivos tipificados no art. 88, incs. II e III, da Lei nº 8.666/1993”.

1.12. A CPAR, em 29 de julho de 2020, promoveu a notificação dos representantes legais da empresa acerca da instauração do PAR, dando-lhes ciência do termo de indiciação e concedendo-lhes o prazo de 30 dias para apresentação de defesa escrita e especificação de eventuais provas que pretendessem produzir.

1.13. A defesa inicialmente requereu a ampliação do prazo para a apresentação da defesa escrita por 60 dias (SEI 1590340), no que foi prontamente atendida (SEI 1590438). Solicitou, então, o deferimento de prazo adicional de 10 dias, o qual também foi deferido pela CPAR (SEI 1657621).

1.14. Isto posto, a defesa escrita (SEI 1681839) foi apresentada pela empresa por meio de seus advogados de modo tempestivo em 06 de outubro de 2020. Por meio dessa, foi requerido o acolhimento da defesa em todos os seus termos a fim de que fosse reconhecido, preliminarmente: a) a ocorrência da

prescrição, com o conseqüente arquivamento do feito; b) a extinção do feito pela manifesta incompetência da CGU para analisar e julgar atos relativos à suposta ocorrência de cartel; c) a ausência de necessidade do processo, bem como o *bis in idem* dele decorrente; d) a imposição de constituição de litisconsórcio passivo necessário, com a conseqüente reelaboração do Termo de Indiciação e citação de todos os liticonsortes para integrarem o feito; e) a violação ao devido processo legal pelo modo como construída a acusação, ausência de imputação específica de condutas à acusada, com o conseqüente reconhecimento da nulidade do Termo de Indiciação; f) a ofensa à ampla defesa ao descrever supostos pagamentos sem sequer quantificá-los, sem definir *modus operandi*, sem esclarecer por que a acusada faria tais pagamentos e sem apresentar qualquer elemento ou comprovação da efetiva ocorrência; g) os vícios das provas emprestadas juntadas aos autos; h) no mérito, a improcedência da acusação pelo reconhecimento da inexistência de atuação cartelizada e de pagamentos indevidos; i) a inexistência de danos ao erário.

1.15. A Comissão deliberou (SEI 1721838) por juntar aos autos a defesa apresentada, bem como a documentação a ela anexa. Ademais, solicitou à empresa Mendes Júnior que, no prazo de 10 dias, juntasse aos autos a prova pericial econométrica mencionada no item 218 da defesa e especificasse as demais provas que pretendesse produzir.

1.16. Em 24 de novembro de 2020 a defesa alegou a impossibilidade de juntada do parecer econométrico, em virtude de ter sido vítima de um ataque *hacker* que inviabilizou o acesso a todos os sistemas de informação da empresa. Dessa forma, requereu o afastamento do prazo de 10 dias para juntada de tal parecer e o deferimento da oitiva da testemunha arrolada (SEI 1735938).

1.17. A CPAR deliberou então, em 26 de novembro de 2020, por conceder prazo de 10 dias para que a empresa apresentasse documentos e informações que comprovassem a ocorrência do alegado ataque, sua extensão e correlação entre o comprometimento do acesso a determinados sistemas e o acesso aos dados especificamente necessários para a produção do parecer econométrico. Por fim, deferiu o pedido de oitiva de testemunha conforme solicitado (SEI 1736320).

1.18. Quanto às comprovações solicitadas, a defesa desistiu da prova relativa ao parecer econométrico, visto a impossibilidade de sua produção no prazo assinalado devido aos motivos acima expostos (SEI 1751892).

1.19. Em 29 de dezembro de 2020, posteriormente à produção das provas solicitadas, foi apresentada pela defesa a manifestação sobre o depoimento (SEI 1780126).

1.20. No Relatório Final (SEI 1792268), de 30 de junho de 2021, a CPAR manteve sua convicção preliminar com a recomendação de aplicação à MENDES JÚNIOR “da pena de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, nos termos do inciso IV do artigo 87 da Lei nº 8.666/1993, por fraudar o caráter competitivo de procedimentos licitatórios públicos da VALEC e dar vantagens indevidas a agentes públicos da VALEC, tendo, portanto, praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação e demonstrado não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude dos atos ilícitos praticados, incidindo nos atos lesivos tipificados nos incisos II e III do artigo 88 da Lei de Licitações”.

1.21. Conclusos os trabalhos da comissão, a autoridade instauradora, por meio do Despacho CRG 2009461, datado de 1º de julho de 2021, tomou ciência do Relatório Final e determinou a intimação da pessoa jurídica processada para manifestar-se no prazo máximo de 10 dias, caso desejasse.

1.22. Assim, devidamente intimada pela DIREP, conforme *e-mail* (SEI 2011563) datado de 1º de julho de 2021, nos termos do artigo 22 da Instrução Normativa nº 13/2019, a empresa **MENDES JÚNIOR TRADING E ENGENHARIA S/A – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL** apresentou suas alegações finais (SEI 2028201) em 14 de julho de 2021.

1.23. Isto posto, vieram os autos a esta COREP para emissão de manifestação técnica, nos termos do art. 55, II, do Regimento Interno da CGU (Portaria nº 3.553, de 12 de novembro de 2019) bem como do art. 23 da Instrução Normativa nº 13/2019.

1.24. É o relatório.

2. ANÁLISE

2.1. Inicialmente, cumpre destacar que o exame ora realizado pautar-se-á pelos aspectos formais e procedimentais do PAR, incluindo a manifestação aos termos do Relatório Final, apresentada pela

empresa.

2.2. REGULARIDADE FORMAL DO PAR

2.2.1. Da análise dos autos verifica-se que os trabalhos conduzidos pela CPAR observaram o rito previsto na IN CGU nº 13, de 8 de agosto de 2019, bem como os princípios do contraditório e da ampla defesa, previstos no art. 5º, inciso LV da CF/88.

2.2.2. A portaria de instauração foi publicada de acordo com o art. 13 da mencionada IN, contendo o nome, o cargo e a matrícula dos membros integrantes da Comissão, a indicação de seu presidente, o número do processo, o prazo de conclusão dos trabalhos, o nome empresarial e o CNPJ da pessoa jurídica processada. Quanto à competência, o PAR foi instaurado pelo Corregedor-Geral da União, conforme delegação prevista no art. 30, I, da IN CGU nº 13/2019.

2.2.3. Posteriormente, a portaria de recondução, também da lavra do Corregedor-Geral da União, seguiu os mesmos normativos vigentes. Verifica-se, assim, a regularidade do processo sob este ponto de vista, pois as portarias de instauração e recondução foram emitidas por autoridade competente.

2.2.4. Em se tratando da observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, foi oportunizado à empresa amplo e irrestrito acesso aos autos, mediante concessão de acesso externo ao SEI para visualização integral do processo e peticionamento eletrônico, sem qualquer violação ou restrição aos direitos.

2.2.5. À empresa foi garantido o acesso a todos os atos processuais realizados e o direito de especificar eventuais provas que pretendesse produzir. Teve a oportunidade, ainda, de apresentar defesas prévias e alegações finais, e demais manifestações e documentos julgados oportunos, assegurando-se, dessa forma, o exercício à ampla defesa, essencial à condução do PAR.

2.2.6. O termo de indicição foi elaborado em conformidade com os requisitos previstos no artigo 17 da IN CGU nº 13/2019 (descrição clara e objetiva do ato lesivo imputado, apontamento das provas e o enquadramento legal), e a empresa, bem como as pessoas físicas implicadas, foram devidamente notificadas, de acordo com o seu art. 18, resguardando a ampla ciência e possibilidade de manifestação.

2.2.7. O Relatório Final, por sua vez, mencionou as provas que fundamentaram a formação da convicção da CPAR e enfrentou as alegações apresentadas pela defesa, concluindo, ao final, pela responsabilização da acusada, indicando o dispositivo legal infringido e a respectiva penalidade, qual seja, declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública.

2.2.8. Considerando a regularidade procedimental da análise da Comissão, passamos à análise das manifestações finais apresentadas pela empresa.

2.3. ANÁLISE DA MANIFESTAÇÃO AO RELATÓRIO FINAL

2.3.1. A empresa foi indiciada por supostamente fraudar o caráter competitivo de procedimentos licitatórios públicos da VALEC – Engenharia, Construções e Ferrovias S/A e dar vantagens indevidas a agentes públicos da VALEC, tendo, portanto, supostamente praticado atos ilícitos com vistas à frustrar os objetivos da licitação e demonstrado não possuir idoneidade para contratar com a Administração Pública em virtude de tais condutas, incidindo nos atos lesivos tipificados no art. 88, II e III, da Lei nº 8.666/1993.

2.3.2. De acordo com as provas juntadas aos autos, a empresa Mendes Júnior, entre os anos de 2000 e 2010, fraudou mediante ajustes com empresas concorrentes do mercado de construção pesada o caráter competitivo de procedimentos licitatórios da Valec no valor de, pelo menos, R\$ 9.689.193.017,22.

2.3.3. Ademais, consta do conjunto probatório a existência de pagamento de vantagens indevidas aos agentes públicos Luiz Raimundo Azevedo e José Francisco das Neves (vulgo Juquinha), ex-presidentes da Valec, entre 2000 e 2012, na forma de pagamentos de serviços advocatícios, no valor de pelo menos R\$ 411.591,37.

2.3.4. Conforme relatado no Termo de Indicição, o esquema de corrupção para a prática de atos ilícitos contra a Valec foi articulado simultaneamente com diversas outras empresas do mercado de construção pesada, dentre as quais, a empresa ora acusada.

2.3.5. Outrossim, segundo exposto no referido Termo, as provas evidenciam a prática de condutas anticompetitivas em licitações da Valec no âmbito das obras civis de infraestrutura e superestrutura ferroviárias, obra de arte especiais e serviços de engenharia para implantação da Ferrovia Norte-Sul e da

Ferrovia de Integração Oeste-Leste.

2.3.6. Tais condutas anticompetitivas foram descritas detalhadamente no documento Histórico da Conduta, elaborado pela SG/CADE, que faz parte do Acordo de Leniência nº 02/2016 (CADE, MPF e CCCC) celebrado com a SG/CADE e o Ministério Público Federal (SEI 1431955).

2.3.7. Relatou-se, também, a existência de violações à ordem econômica que consistiram em acordos para divisão do mercado entre concorrentes.

2.3.8. Ainda consta do Termo de Indiciação a descrição dos procedimentos licitatórios públicos os quais tiveram seu caráter competitivo frustrados e que somam o montante, ao menos, de R\$ 9.689.193.017,22 (SEI 1431955):

2.3.8.1. Concorrência nº 004/2001 referente à implantação da FNS (único resultado publicado no DOU em 28/08/2001), no valor total de R\$88.150.722,14: 1 lote vencido pela CCCC com lance de R\$88.150.722,14, em que a MENDES JÚNIOR ofereceu proposta de cobertura para simular competitividade no lote único;

2.3.8.2. Concorrência nº 008/2004 referente à implantação da FNS (último resultado publicado do DOU em 19/04/2006), no valor total de R\$1.096.138.423,80: 7 lotes vencidos pela Queiroz Galvão, CCCC, Andrade Gutierrez, Constran, SPA, Odebrecht e CR Almeida, respectivamente, com lances de R\$84.900.332,78, R\$126.307.004,12, R\$164.704.436,23, R\$245.513.767,25, R\$236.617.605,90, R\$110.199.784,66 e R\$127.895.492,86, em que a MENDES JÚNIOR ofereceu proposta de cobertura para simular competitividade nos lotes 03 e 07;

2.3.8.3. Concorrência nº 002/2005 referente à implantação da FNS (último resultado publicado do DOU em 04/10/2006), no valor total de R\$815.452.064,65: 4 lotes vencidos pela SPA, Odebrecht, Odebrecht e Constran, respectivamente, com lances de R\$159.298.536,98, R\$348.657.117,55, R\$144.578.218,10 e R\$162.918.192,02, em que a MENDES JÚNIOR, apesar de não ter oferecido qualquer proposta vencedora ou de cobertura, participou das negociações anticompetitivas;

2.3.8.4. Concorrência nº 001/2007 referente à implantação da FNS (último resultado publicado do DOU em 10/12/2007), no valor total de R\$1.138.828.762,66: 5 lotes vencidos pela SPA, Andrade Gutierrez, Andrade Gutierrez, Iesa e Galvão Engenharia, respectivamente, com lances de R\$299.684.766,95, R\$270.783.078,23, R\$266.715.500,94, R\$150.451.004,32 e R\$151.194.412,22, em que a MENDES JÚNIOR, apesar de não ter oferecido qualquer proposta vencedora ou de cobertura, participou das negociações anticompetitivas;

2.3.8.5. Concorrência nº 004/2010 referente à implantação da FNS (último resultado publicado do DOU em 05/10/2010), no valor total de R\$2.351.638.910,11: 5 lotes vencidos pelo Consórcio Aterpa/Ebate, Consórcio Pavotec/Ourivio/Tejofran/Fuad Rassi/Sobrado (depois da desistência do Consórcio Ferrosul/Consórcio Bahia Fer), Consórcio Ferrosul/Consórcio Bahia Fer, Consórcio Constran/Egesa/Carioca e Consórcio Tiisa Triunfo Iesa Infraestrutura SA, respectivamente, com lances de R\$387.767.087,66, R\$ 376.552.198,77, R\$632.897.889,42, R\$520.053.301,60 e R\$434.368.432,66, em que a MENDES JÚNIOR ofereceu proposta de cobertura para simular competitividade nos lotes 01 e 02;

2.3.8.6. Concorrência nº 005/2010 referente à implantação da FIOL (último resultado publicado do DOU em 01/10/2010), no valor total de R\$4.198.984.133,86: 7 lotes vencidos pelo Consórcio SPA/Delta/Convap, Consórcio Galvão/OAS, Consórcio Torc/Ivaí/Cavan, Consórcio Andrade Gutierrez/Barbosa Mello/Serveng, Consórcio Mendes Júnior/Sanches Tripoloni/Fidens, Consórcio Constran/Egesa/Pedra Sul/Estacon/CMT e Consórcio Oeste-Leste Barreiras, respectivamente, com lances de R\$574.497.646,72, R\$650.414.035,89, R\$403.269.812,83, R\$739.879.305,98, R\$720.083.377,91, R\$575.110.771,42 e R\$535.729.183,11, em que a MENDES JÚNIOR venceu o lote 05 e ofereceu proposta de cobertura para simular competitividade no lote 04.

2.3.9. Por fim, no mesmo esquema de corrupção, consta o pagamento de vantagens indevidas pela Mendes Júnior aos ex-presidentes da Valec nos seguintes contratos:

2.3.9.1. Entre 2000 e 2010, na forma de pagamentos de propinas:

- a) relacionadas à Concorrência no 004/2001 referente à implantação da FNS;
- b) relacionadas à Concorrência no 008/2004 referente à implantação da FNS;

- c) relacionadas à Concorrência no 002/2005 referente à implantação da FNS;
- d) relacionadas à Concorrência no 001/2007 referente à implantação da FNS;
- e) relacionadas à Concorrência no 004/2010 referente à implantação da FNS;
- f) relacionadas à Concorrência no 005/2010 referente à implantação da FIOF.

2.3.9.2. Entre 2006 e 2012, na forma de pagamentos de serviços advocatícios, no valor de pelo menos R\$ 411.591,37:

- a) 1 repasse em 2006 no valor total de R\$ 71.854,37;
- b) 2 repasses em 2008 no valor total de R\$ 56.310,00;
- c) 1 repasse em 2010 no valor total de R\$ 114.497,00;
- d) 2 repasses em 2011 no valor total de R\$ 112.620,00;
- e) 1 repasse em 2012 no valor total de R\$ 56.310,00.

2.3.10. Vejamos os pontos apresentados pela defesa.

A incidência da prescrição

2.3.11. A empresa alegou que “não obstante a) ter transcorrido mais de 5 anos desde a data da prática dos últimos atos (entre 2000 e 2012) à da instauração do PAR (em 2018), limite imposto pela Lei nº 9.873/1999; b) o prazo da Lei Anticorrupção (de 2013) não se aplicar ao caso, considerando sua irretroatividade; a r. Comissão de licitação insiste em argumentar pela juridicidade da contagem do prazo prescricional a partir da pena em abstrato referente aos crimes supostamente cometidos em relação aos fatos objeto do PAR, conforme disposto no art. 1º, §2º, da Lei 9.873/1999, e que os atos lesivos supostamente praticados estão tipificados na Lei de Licitações.”

2.3.12. Argumentou que a Comissão ignora o fato de que diante do disposto no §2º do art. 1º da Lei 9.873/1999, nem a Mendes Junior e nenhum de seus dirigentes responde a ações penais sobre os fatos apurados nesse PAR.

2.3.13. A defesa ainda expôs que a Comissão se esquece de que a competência para decidir se um fato se amolda à noção de crime ou não é exclusiva dos órgãos afetos ao sistema criminal, a saber o Ministério Público e o Poder Judiciário. Insistiu que se o MP, ciente dos fatos, não promoveu a responsabilização de representantes da empresa, não cabe a outros órgãos, que não são titulares da ação penal, considerar presente alguma conduta supostamente criminosa imputada à construtora por estes mesmos fatos.

2.3.14. Insistiu que tentar promover uma responsabilização com prazo penal onde o Ministério Público não entendeu haver responsabilização criminal equivale a indevida invasão de competências exclusivas do titular da ação penal. Para subsidiar seus argumentos, apresentou entendimentos do STJ e do CADE no sentido da impossibilidade da utilização do prazo prescricional penal no PAR em comento, dentre outras ponderações semelhante às já esposadas.

2.3.15. Ponderou, também, que a Mendes Júnior está sendo enquadrada nas condutas previstas no art. 88, II e III da Lei nº 8.666/1993, cuja regra, segundo a defesa, não se confunde e sequer se aproxima com a disposição da Lei nº 9.873/1999, pois não se trata de sanção decorrente do exercício do Poder de Polícia.

2.3.16. Ressalta que a existência de ações penais contra terceiros, e mesmo os fundamentos lançados nessas ações penais como razões de decidir, não podem ter impacto sobre aqueles que sequer foram parte dos autos, nos termos do art. 506 do CPC.

2.3.17. Por fim, a defesa sustentou novamente as alegações já expostas acerca de seu entendimento quanto ao reconhecimento da prescrição.

2.3.18. Quanto ao exposto, inicialmente destaca-se que o prazo prescricional praticado pela Lei 12.846/2013, corretamente, não se aplica ao caso em questão em virtude da legislação não retroagir aos fatos ora tratados. Dessa forma, apenas o rito de apuração de responsabilidade previsto na Lei Anticorrupção foi utilizado para a condução deste PAR.

2.3.19. Portanto, o cálculo acerca da prescrição foi realizado com base no disposto na Lei

9.873/1999 que estabelece prazo de prescrição para o exercício da ação punitiva pela Administração Pública Federal (direta e indireta) e prevê em seu art. 1º, § 2º que “quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição rege-se pelo prazo previsto na Lei Penal”.

2.3.20. Em que pese os atos lesivos praticados pela empresa Mendes Júnior, na esfera administrativa, serem tipificados nos incisos II e III do art. 88 da Lei 8.666/1993 conforme descrito no Termo de Indicação, tais condutas são claramente tipificadas como crime na esfera penal, o que atrai a regra prevista na Lei 9.873/1993.

2.3.21. Trata-se, pois, de fraude ao caráter competitivo de procedimentos licitatórios públicos mediante ajustes com empresas concorrentes no mercado, bem como de pagamentos de vantagens indevidas a agentes públicos e, também, de serviços advocatícios para viabilizar as condutas.

2.3.22. Cumpre destacar que a norma deve ser aplicada independentemente 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.

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

2.3.24. A corroborar o referido entendimento, vejamos os termos exarados no Agravo Regimental no Habeas Corpus 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.

2.3.25. 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.

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 Maurício 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 1º/12/2015, publicado no DJe de 18/12/2015)

2.3.26. Como visto, ainda que haja a absolvição na instância penal, o princípio da independência relativa entre as instâncias administrativa e penal faz com que não haja repercussão na esfera administrativa (ressalvada a inexistência do fato ou negativa de autoria).

2.3.27. Outrossim, ressalta-se que os elementos levantados nos processos criminais compartilhados com esse órgão e nos demais documentos que subsidiaram a presente instauração foram suficientes para a avaliação por parte da Comissão, a qual seguiu o rito estabelecido no PAR.

2.3.28. Ressalta-se que ainda que não tenha havido denúncia específica em relação aos dirigentes

da Mendes Júnior, as provas colhidas são todas no sentido de que esta participou dos crimes cometidos em desfavor da VALEC, assim como as demais construtoras que tiveram seus representantes denunciados.

2.3.29. Quanto ao conjunto probatório, a CPAR, a partir da análise do encadeamento dos indícios e circunstâncias, mediante a inferência, concluiu pela ocorrência dos fatos irregulares praticados pela Pessoa Jurídica Mendes Júnior Trading e Engenharia S/A..

2.3.30. Destaca-se que, deste modo, na esfera administrativa, no âmbito da Lei 8.666/1993, bem como diante da previsão legal contida na Lei 9.873/1999, a Comissão em momento algum usurpou a competência deferida ao Poder Judiciário nem ao Ministério Público, mas sim utilizou-se da noção de crime definida nas próprias denúncias relativas ao caso e que foram oferecidas pelo Ministério Público Federal.

2.3.31. Repisa-se, apesar dos dirigentes da Mendes Junior não responderem na esfera penal, o caso VALEC apresenta vertentes para empresas diversas, sendo todas relacionadas ao cartel por elas formadas com o intuito de conjuntamente frustrar o caráter competitivo das licitações do órgão.

2.3.32. Nesse sentido, ao longo do presente PAR, a Comissão comprovou a participação da pessoa jurídica requerida nos acertos feitos para a definição de preços, distribuição dos lotes de obras entre as empreiteiras que atuam na área da infraestrutura, bem como de pagamentos de propinas a agentes públicos da VALEC.

2.3.33. Dessa forma, desnecessário se torna que os representantes da empresa Mendes Júnior respondam na esfera penal, visto nesse caso tratar-se de apuração de competência desta Controladoria-Geral da União, no âmbito administrativo, e que cada órgão decide sobre a existência ou não de irregularidades à luz de seu normativo específico.

2.3.34. No que tange à argumentação de que a Mendes Júnior está sendo enquadrada nas condutas previstas no art. 88, II e III, da Lei nº 8.666/1993, cuja regra, segundo a defesa, não se confunde e sequer se aproxima com a disposição da Lei nº 9.873/1999, pois não se trata de sanção decorrente do exercício do Poder de Polícia, tem-se o seguinte.

2.3.35. O Poder de Polícia tem o condão de disciplinar ou limitar os direitos do particular quando estiverem agindo contra o interesse coletivo.

2.3.36. Quando se fala do Poder de Polícia, este pode se tratar tanto de polícia administrativa quanto judiciária.

2.3.37. Conforme Álvaro Lazzarini, “a linha de diferenciação está na ocorrência ou não de ilícito penal. Com efeito, quando atua na área do ilícito puramente administrativo (preventiva ou repressivamente), a polícia é administrativa. Quando o ilícito penal é praticado, é a polícia judiciária que age”

2.3.38. A polícia administrativa, no âmbito do Executivo, se reparte entre diversos órgãos da administração e pode ocorrer de modo preventivo, fiscalizador e até mesmo repressivo.

2.3.39. Segundo Di Pietro, “no caso de particulares não sujeitos à disciplina interna da Administração, as medidas punitivas encontram seu fundamento no poder de polícia do Estado”.

2.3.40. Portanto, não prospera o argumento da defesa em relação à não incidência da Lei 9.873/1999 no caso ora em análise.

2.3.41. Diante de todo o exposto, resta claro que o prazo prescricional no presente processo deve ser calculado conforme a regra contida no § 2º, do art. 1º, da Lei 9.873/1999, não sendo possível reconhecer a prescrição da pretensão punitiva por parte da Administração Pública no âmbito deste PAR.

A incompetência da CGU para a discussão de questão envolvendo a suposta atuação cartelizada e a possível ocorrência de *bis in idem* acaso o presente feito seja levado a frente

2.3.42. A defesa argumenta que a Comissão, sob a alegação de que os fatos analisados violam múltiplos bens jurídicos simultaneamente, defende a independência da CGU e do CADE para apreciação da acusação, ignorando se tratar de dois órgãos pertencentes a mesma esfera administrativa federal.

2.3.43. Alega que no entender da CPAR a Mendes Júnior pode ser punida diversas vezes na esfera administrativa por um único fato (suposta formação de cartel para limitar a competitividade de certames

licitatórios da VALEC).

2.3.44. A defesa acusa a Comissão de legitimar a dupla punição por se tratar de esferas ou bens jurídicos diferentes e, ainda, que negam a realidade e colocam uma preferência política, uma disputa institucional intraestatal, nas palavras da defesa, acima dos direitos do administrado e da própria finalidade punitiva.

2.3.45. Afirma, também, que as condutas apuradas no presente PAR (suposta concentração violadora da ordem concorrencial) estão expressamente previstas entre aquelas de competência exclusiva do CADE, de onde se extrai que sua apuração e julgamento só poderiam ser feitos pelo CADE, e não por nenhum outro órgão ou ente administrativo, nem mesmo a CGU.

2.3.46. Aduz que a CPAR, ao fazer supor que o fato investigado tem como efeito suposta fraude à licitação, menospreza que o conluio entre empresas é em si a conduta punível, independente de causar dano à competição ou à lisura de certame no qual se esperava colher benefícios da disputa competitiva.

2.3.47. Ainda na visão da defesa, sendo a presumida conduta a mesma, descabe pretender cindí-la pelos seus supostos efeitos conferindo a dois órgãos administrativos distintos competências para aplicar, cada um, sanções de natureza administrativa.

2.3.48. Argumenta que a questão envolve a responsabilização buscando a decretação da inidoneidade da empresa, o que poderia em tese afastar a alegação de *bis in idem* quanto ao CADE, dado que o art. 38, inciso II, da Lei 12.529/11 prevê a possibilidade de o CADE aplicar sanção semelhante.

2.3.49. A defesa menciona o Acordo de Cooperação Técnica assinado entre CGU, AGU, Ministério da Justiça e Segurança Pública e TCU em sentido diverso ao citado pela Comissão. Esta reforça “o entendimento de que todos os órgãos nele envolvidos têm competências para, cada qual na sua esfera, apurar e sancionar empresas”. Por outro lado, a defesa destaca a “necessidade de harmonia e coordenação entre as instituições, a fim de se evitar a insegurança jurídica, enfatizando a sobreposição de atuações.

2.3.50. Alega que o processo configura *bis in idem* e ofende diretamente o princípio da economicidade, estando maculado por vício de competência dessa CGU para promover a apuração e eventual apenamento por infração tipificada na Lei de Defesa da Concorrência.

2.3.51. Aduz que a sanção de inidoneidade pretendida pela CGU já está abarcada nas possibilidades sancionatórias do processo em trâmite no CADE, o que implicaria em *bis in idem*.

2.3.52. Inicialmente destaca-se que não prospera o argumento acerca da sanção de inidoneidade estar abarcada nas possíveis penalidades a serem aplicadas pelo CADE, conforme apresentado abaixo:

Penalidade	Lei 8.666/1993	Lei 12.529/2011	Lei 12.846/2013
Suspensão do direito de licitar e contratar	Sim art. 87, III e art. 88, I, II e III	Sim art. 38, II	Não
Declaração de inidoneidade	Sim art. 87, IV e art. 88, I, II e III	Não	Não
Multa à empresa	Não	Sim art. 37, I	Sim art. 6º, I
Multa a pessoa natural	Não	Sim art. 37, II e III	Não
Publicar decisão condenatória	Não	Sim art. 38, I	Sim art. 6º, II
Proibir de contratar com instituições financeiras oficiais	Não	Sim art. 38, II	Não
Inscrição no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor	Não	Sim art. 38, III	Não
Inscrição no Cadastro Nacional de Empresas Punidas	Não	Não	Sim art. 22

Penalidade	Lei 8.666/1993	Lei 12.529/2011	Lei 12.846/2013
Recomendar que não seja autorizado o parcelamento de tributos federais devidos ou que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos concedidos	Não	Sim art. 38, IV, “b”	Não
Determinar a cisão da sociedade, a transferência de controle societário, a venda de ativos ou cessação parcial de atividade	Não	Sim art. 38, V	Não
Determinar qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica	Não	Sim art. 38, VII	Não
Proibir a pessoa natural responsável pela participação em cartel de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica	Não	Sim art. 38, VII	Não

2.3.53. Como pode ser visto no quadro acima, em relação às normas especificamente tratadas neste tópico, na Lei de Licitações, no art. 88, II e III, há previsão da declaração de inidoneidade para licitar ou contratar em virtude da prática de ato ilícito com vistas à frustrar os objetivos do certame licitatório e para aquele que demonstrar não possuir inidoneidade para contratar com a Administração em virtude dos atos ilícitos praticados.

2.3.54. Tal regra se aplica quando da formação de cartel de licitação vez que este objetiva eliminar ou restringir a concorrência dos processos de contratação pela Administração Pública.

2.3.55. Por outro lado, ao contrário do que foi afirmado pela defesa, a Lei do CADE não contém a referida sanção prevista em seu texto legal.

2.3.56. No que tange à formação de cartel a fim de frustrar o caráter competitivo da licitação, como no caso em análise, com uma só conduta o agente concorre para prática de mais de um ilícito administrativo.

2.3.57. Pode-se falar que há um concurso de ilícitos, vez que há violação de múltiplos bens jurídicos os quais possuem independência valorativa e, portanto, caráter autônomo no que se refere às normas violadas, sendo que tais delitos administrativos não são incompatíveis entre si.

2.3.58. Isso porque os bens jurídicos tutelados na Lei 8.666/1993, na Lei do CADE e na Lei 12.846/2013 são diversos.

2.3.59. Dessa forma, deve se observar que na esfera administrativa uma mesma conduta ilícita atrai a aplicação de mais de uma norma sancionadora, o que implica em um concurso de normas administrativas.

2.3.60. Nesse sentido, tem-se o respeito ao *ne bis in idem* como princípio geral de direito e, também, das penalidades administrativas, que impede a imposição de mais de uma sanção ao agente que cometeu o ato ilícito, isto porque em se tratando de normas jurídicas diversas, se dá o descumprimento de preceitos que tutelam bens jurídicos distintos, o que fundamenta a cumulação de sanções administrativas.

2.3.61. Ademais, a própria Lei 12.529/2011 determina, em seu art. 35, que a repressão das infrações da ordem econômica não exclui a punição de outros ilícitos previstos.

2.3.62. Outrossim, se esclarece que a CGU atua na devida competência conferida pelo Decreto nº 8.420/2015, quando no presente PAR apura infrações relativas aos ilícitos administrativos previstos na Lei 8.666/1993, o que prescinde de maiores explicações.

2.3.63. No caso, a empresa Mendes Junior, atuou de forma a praticar atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação, conforme estabelecido no inciso II, do art. 88, da Lei de Licitações, assim como, a partir de tal conduta, demonstrou não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados, de acordo com o inciso III do mesmo artigo do referido diploma legal.

2.3.64. Por fim, o art. 29 da Lei Anticorrupção prevê que o disposto nesta Lei não exclui as competências do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, do Ministério da Justiça e do Ministério da Fazenda para processar e julgar fato que constitua infração à ordem econômica.

2.3.65. Importa registrar o entendimento expressado no Parecer n. 00026/2020/CONJUR-

“(…)

Assim, a partir do disposto no texto da Lei, depreende-se que a CGU possui dois tipos de competências no âmbito do Poder Executivo Federal, no que tange aos processos relacionados à apuração de atos lesivos à Administração Pública:

(i) competência concorrente para instaurar e julgar PAR;

(ii) competência exclusiva:

1. para avocar os processos instaurados para exame de sua regularidade ou para corrigir-lhes o andamento, inclusive promovendo a aplicação da penalidade administrativa cabível

2. para instaurar, apurar e julgar processos por atos ilícitos previstos na Lei nº 12.846/2013 praticados contra a administração pública estrangeira.

Por outro lado, a Lei nº 12.529/2011, conhecida como Lei Antitruste, dispõe que compete a o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico, promovendo em face de indícios de infração da ordem econômica, procedimento preparatório de inquérito administrativo e inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica (inciso III, art. 13).

É possível que o mesmo fato constitua uma infração contra a ordem econômica, cuja competência para apuração administrativa é do CADE e ao mesmo tempo um ato lesivo à administração pública consistente no ato de frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público, cuja competência para apuração administrativa é da CGU. Tratam-se de competências distintas, tratada explicitamente no art. 29 da Lei nº 12.846/2013:

Art. 29. O disposto nesta Lei não exclui as competências do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, do Ministério da Justiça e do Ministério da Fazenda para processar e julgar fato que constitua infração à ordem econômica.

Assim, a instauração do processo administrativo de responsabilização, nos termos da Lei 12.846, de 2013 sem dúvida alguma consubstancia uma atuação legítima e diligente das competências legais e investigativas da CGU.

(…)”

2.3.66. Portanto, diante do sobredito, não há que se falar em sobreposição de atuações e tão pouco em usurpação de competência para promoção da apuração de infrações, conforme aventado pela defesa.

O litisconsórcio passivo necessário – outras empresas supostamente cartelizadas devem figurar no mesmo processo

2.3.67. Alega a defesa a necessidade da deflagração do PAR em face da Mendes Júnior conjuntamente com as demais empresas que supostamente integram o cartel. Afirma que ao menosprezar a aplicação subsidiária do CPC ao PAR a comissão desconsiderou que o litisconsórcio é necessário pela natureza da relação jurídica controvertida, sendo que seria próprio de tal controvérsia a agregação das Pessoas Jurídicas acusadas de praticar a ação conjunta, vedada a cisão procedimental.

2.3.68. Aduz, ainda, que para o pleno exercício da ampla defesa é imprescindível que as demais empresas meniconadas integrem o feito.

2.3.69. Acusa a CPAR de não esclarecer os motivos da instauração do presente PAR apenas contra a Mendes Júnior e que, diante disso, a CGU cometeu grave ilegalidade. Cogitou primeiramente a ideia de que foi instaurado processo apenas contra tal pessoa jurídica, havendo dessa forma isenção de responsabilização de todas as demais empresas; em segundo lugar, que se a CGU deliberou instaurar processos diferentes em relação a cada um dos acusados, haveria riscos de prejuízo à uniformidade da decisão final e da instrução do feito; por fim, que esta seria a única forma que permitiria a proporcionalidade de eventual penalidade aplicada.

2.3.70. A defesa ainda argumenta que impende notar, por analogia, que em não sendo observada a regra do art. 114 do CPC, ou seja, em não sendo formado o litisconsórcio passivo necessário, eventual decisão prolatada não teria eficácia, acarretando a nulidade do processo.

2.3.71. Mais uma vez acusa esta CGU de atuar de forma ilegal, impedindo que sejam assegurados o contraditório, a ampla defesa e a isonomia no presente processo de responsabilização.

2.3.72. Junta aos autos as regras estabelecidas pelos Códigos Penal e de Processo Civil que tratam do referido tema, afirmando que é por meio delas que se efetiva a isonomia.

2.3.73. Conforme bem colocado no Relatório Final, “embora a Comissão reconheça a aplicação subsidiária do CPC ao PAR, não se aplica ao caso o alegado litisconsórcio passivo necessário”, bem como “não há qualquer exigência de que a decisão seja uniforme para todos os participantes do suposto conluio”, visto que “as provas que suportam o Termo de Indiciação individualizam as condutas ilícitas imputadas a empresa, a qual teve a oportunidade de as refutar e, em especial, de aproveitar os documentos que constam do processo para, querendo, apontar interpretações e hipóteses favoráveis à defesa”.

2.3.74. Diante do exposto, já se verifica que a argumentação apresentada pela defesa no sentido de que a necessidade do processamento em conjunto das empresas não deve prosperar, assim como a alegação de ofensa a ampla defesa, vez que pode ser visto no bojo do processo que foi assegurada a ampla defesa à empresa Mendes Júnior.

2.3.75. Ocorre que não há previsão legal na Lei 12.846/2013, que rege os termos do PAR, acerca de obrigatoriedade do litisconsórcio passivo necessário.

2.3.76. Outrossim, entende-se que o Direito Processual Civil e o Direito Penal podem ser utilizados de forma subsidiária ao Direito Administrativo Sancionador, porém, não há obrigatoriedade no presente caso da adoção do uso da analogia para o processamento em conjunto das empresas que atuaram de forma a fraudar a competitividade dos processos licitatórios da VALEC.

2.3.77. Ademais, ressalta-se trecho da Nota Técnica nº 949/2020/CGUNE/CRG:

“(…)

a) Necessidade de adoção do posicionamento de que o Direito Administrativo Sancionador deva ser encarado como ramo autônomo das Ciências Jurídicas, motivo pelo qual exige-se que a técnica hermenêutica de interpretação do seu objeto de estudo e campo de atuação seja aplicada de modo a privilegiar as normas de Direito Administrativo como fonte primária de interpretação, sob o pressuposto de que estas normas são suficientes à regência dos institutos nelas previstos;

b) A aplicação dos institutos do Direito Administrativo Sancionador pelo operador do Direito deve, inicialmente, procurar sua fonte regulatória nas normas específicas que previram as sanções aplicáveis, ou mesmo em outras também de natureza administrativa, sendo que, na hipótese de omissão legal, o intérprete deve valer-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito;

c) Em primeiro plano, a utilização da interpretação analógica, em casos referentes ao Direito Administrativo Sancionador, como forma de supressão de possíveis lacunas existentes, deve buscar a sua parametrização a partir de outras normas de natureza administrativa, partindo sempre da premissa de que as normas de Direito Administrativo são suficientes para a aplicação dos institutos nelas previstos, sem desprezar, contudo, nos casos de impossibilidade de regência neste plano, da adoção de fórmulas empregadas em outros ramos do Direito, a exemplo do Direito Penal;

(…)”

2.3.78. Importa mencionar, também, trecho do Parecer nº 00026/2020/CONJUR-CGU/CGU/AGU:

“(…)”

g) O processamento conjunto de acusações frente àqueles que deveriam compor litisconsórcio passivo, com a inclusão de todas as empresas convidadas a participar dos certames referenciados na nota técnica, sob pena de nulidade do processo.

O art. 114 dispõe que " o litisconsórcio será necessário por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes".

Veja-se na Lei nº 12.486/2013 não há dispositivo que imponha a obrigatoriedade de citação de todos os envolvidos na prática do ato ilícito.

Sobre o assunto Beatriz de Andrade Chaves , em seu artigo "Litisconsórcio passivo necessário no processo administrativo do CADE que apura a prática de cartel " apresenta a seguinte explanação:

Aqueles que entendem existir litisconsórcio necessário entre os envolvidos na prática do cartel afirmam ser indefensável a ideia de o feito ser decidido de maneira não uniforme para todos os acusados de integrar o suposto conluio. No entanto, em que pese tal entendimento, nos posicionamos no sentido de que, em caso de instauração de processo administrativo para apurar prática de cartel, não constitui requisito de validade do feito que todos os acusados do ilícito

integrem a lide como litisconsortes.

Isso porque, o caso não se encaixa em qualquer das hipóteses que o enquadrariam, nos termos do art. 114 do CPC, como tal. Primeiro porque, conforme já salientado, inexistente disposição de lei - tanto a Lei 12.529/11 quanto a Lei 9.784/99 são omissas quanto ao tema - que obrigue a presença simultânea de todos os supostos praticantes do cartel analisado pelo CADE no polo passivo do feito.

Segundo, porque entendemos não se tratar o cartel de prática que obrigue o CADE a decidir de modo uniforme para todas as partes, na medida em que nos parece bastante tranquila a ideia de que, ao analisar a prática de cartel, há possibilidade de a autarquia concluir que determinado agente incorreu na mencionada prática e, por outro lado, absolver outro, de modo que a lide não tem que ser necessariamente decidida de maneira uniforme para todos os envolvidos.

Nesse sentido a Nota Técnica nº 144/2017/CGAA6/SGA2/SG/CADE, em parecer emitido nos autos do processo administrativo nº 08700.001486/2017-74, instaurado em 19 de maio de 2017 de 2017 e publicado em 12.12.2017:

Ressalta-se que, uma vez que a acusação de cartel pressupõe o envolvimento de pessoas, em princípio, com níveis distintos de participação nas infrações denunciadas, há um ensejo à individualização das responsabilidades como decorrência do princípio da distribuição da justiça, segundo o qual deve haver uma distribuição equitativa e apropriada dos benefícios ou encargos de acordo com as circunstâncias particulares dos indivíduos envolvidos.

Em verdade, o reconhecimento da obrigatoriedade da uniformidade do provimento final para os Representados e a conseqüente conclusão pelo litisconsórcio necessário estariam em desacordo com o princípio da individualização das responsabilidades em conformidade com as respectivas participações na infração, levando à violação do princípio da distribuição de justiça e à distorção da atuação da Administração conforme a Lei e o Direito.

Assim, a sentença de mérito não será necessariamente uniforme para cada um dos Representados. Ao contrário, a prática demonstra que o Tribunal Administrativo do Cade, quando do julgamento de um mesmo cartel, tende a determinar multas e obrigações de fazer ou não fazer assaz distintas a cada um dos Representados, dada a necessidade de dosimetria da multa. Mais importante, não é raro o Cade, de um lado, condenar alguns dos Representados e, de outro, absolver parcela dos Representados, em razão de os indícios inicialmente obtidos não terem sido comprovados em relação a eles.

Mas a não exigência do litisconsórcio passivo necessário se justifica ainda pelo fato de a decisão do CADE não ter o condão de interferir na esfera jurídica de quem não integrou a lide, preservando-se, portanto, as garantias constitucionais desses, que só poderão ser condenados após serem demandados em outro processo.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que o litisconsórcio necessário só “tem lugar se a decisão da causa propende a acarretar obrigação direta para terceiro, a prejudicá-lo ou a afetar seu direito subjetivo” o que, como visto, não é o caso da decisão do CADE em processo administrativo que apura prática de cartel.

Outro argumento que solidifica a tese de inexistência de litisconsórcio passivo necessário no caso sob exame provém de uma incursão na seara do direito processual penal. É que, em casos de denúncia oferecida pelo Ministério Público, em crimes de ação pública, que não abranja todos os indivíduos acusados de praticar determinado crime, inexistente nulidade a macular o processo, conforme entendimento pacificado do STF, cabendo ao Ministério Público ou aditar a denúncia ou oferecer nova denúncia a qualquer tempo:

“EMENTA: HABEAS CORPUS. PROVA CONSTANTE DE EXAME PERICIAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA FUNDAMENTADA. DENÚNCIA. POSSIBILIDADE DE ADITAMENTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. I - Ao contrário do que argumenta a impetração, a autoria delitiva não se limitou a sindicância, mas baseou-se, também, em outros elementos de prova, inclusive no exame documentoscópico para verificação da autenticidade de manuscritos e assinaturas dos acusados, a partir da colheita de material gráfico. II - Inocorrência de vício de fundamentação, porquanto a sentença e o acórdão apreciaram todas as teses da defesa, sem ferir os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. III - No tocante a alegação pertinente a eventual inobservância do princípio da indivisibilidade da ação penal, a jurisprudência desta Corte consagra a orientação segundo a qual o princípio da indivisibilidade não se aplica a ação penal pública, podendo o Ministério Público, como dominus litis, aditar a denúncia, até a sentença final, para inclusão de novos reus, ou ainda oferecer nova denúncia, a qualquer tempo, se ficar evidenciado que as supostas vítimas tinham conhecimento ou poderiam deduzir tratar-se de documento falso. IV - Habeas corpus indeferido.” – STF – Primeira Turma – HC 71538/SP – Relator Ministro Ilmar Galvão – DJ 05.12.1995

“EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL PÚBLICA. PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE. INAPLICABILIDADE. PRINCÍPIO DO PROMOTOR

NATURAL. OFENSA. INEXISTÊNCIA. 1. O princípio da indivisibilidade não se aplica à ação penal pública. Daí a possibilidade de aditamento da denúncia quando, a partir de novas diligências, sobrevierem provas suficientes para novas acusações. 2. Ofensa ao princípio do promotor natural. Inexistência: ausência de provas de lesão ao exercício pleno e independente de suas atribuições ou de manipulação casuística e designação seletiva por parte do Procurador-Geral de Justiça. Ordem indeferida.” STF – Segunda Turma – HC 96700/PE – Relator Ministro Eros Grau – DJ 17.03.2009 Ora, se no processo penal, com conteúdo visivelmente mais protecionista do que o processo administrativo que tramita pelo CADE, a inexistência de todos os acusados no polo passivo não gera a nulidade do processo, com muito mais razão não deve retirar a validade deste último a ausência de todos os apontados como praticantes do conluio como litisconsortes. Considerando a inexistência de dispositivo legal que imponha a citação de todos os envolvidos no conluio anticompetitivo, bem como a necessidade de decisão uniforme para todos, não há que se falar de litisconsórcio passivo necessário no presente processo.

(...)”

2.3.79. Diante do exposto, entende-se pelo não conhecimento do litisconsórcio passivo necessário entre a empresa Mendes Júnior e as demais empresas que supostamente atuaram em conjunto a fim de fraudar os objetivos licitatórios dos certames da VALEC.

Da ausência de imputação específica de condutas à acusada

2.3.80. A defesa alega que não houve especificação dos fatos que ensejariam a aplicação da sanção administrativa pela CGU em desfavor da Mendes Júnior e considera que a acusação foi feita de forma generalizada tanto no bojo do Termo de Indiciação quanto do Relatório Final.

2.3.81. Aduz que da forma como formulada, a acusação viola o direito de defesa ao não especificar quaisquer fatos que pudessem dar ensejo a pretensão punitiva com relação à empresa Mendes Júnior.

2.3.82. Esta ainda argumenta que a Comissão indicou e discutiu apenas indícios de formação de cartel, mas não descreveu de maneira circunstanciada e detalhada condutas específicas que pudessem, como tal, ser objeto de defesa e do exercício do contraditório pela empresa.

2.3.83. A própria defesa aponta os documentos que foram indicados como provas no processo, mas alega que nenhum dos documentos apresenta descrição de condutas específicas da Mendes Júnior, ou praticada por qualquer pessoa física que representasse a empresa, exceto pelas supostas participações de Rony Moura nas reuniões mencionadas, cujo suporte único seriam as suas próprias declarações.

2.3.84. Afirma que os únicos fatos relatados envolvem participação em reuniões genericamente apresentadas e que os documentos são apenas Colaborações ou outros produzidos com base nas próprias colaborações, alegando que no que toca à Mendes Júnior, os relatos dos supostos combinados não estão suportados por outros indícios, tampouco por meios probatórios. No mesmo sentido o suposto pagamento de propina.

2.3.85. A defesa entende que restou impossibilitada a impugnação efetiva das provas ou indícios que lhe imputam as condutas, requerendo a extinção do presente processo ou a eventual formulação de acusação específica, com a reabertura dos prazos para a apresentação de defesa e eventuais provas.

2.3.86. Vejamos. Ao contrário do que afirma a defesa, a Comissão de Processo Administrativo de Responsabilização apresentou em seu Relatório Final o entendimento que motivou a decisão quanto à aplicação das sanções à empresa Mendes Júnior bem como juntou aos autos o conjunto probatório considerado suficiente para fundamentar as imputações feitas à empresa. Estes, conforme análise realizada no tópico 4.2.5 do Relatório Final “foi confrontado com indícios e outros elementos de convicção e apontaram, precisa e objetivamente, para a prática dos atos lesivos tipificados nos incisos II e III do artigo 88 da Lei nº 8.666/1993”.

2.3.87. Cumpre observar que nos casos que envolvem desvio de recursos públicos, pagamentos de propinas, dentre outros no mesmo sentido dos atos ilícitos ora tratados, parte-se de elementos e circunstâncias que se baseiam conclusões lógicas, as quais não são componentes estruturais do fato típico, mas elementos que se situam ao redor do tipo para comprovar pontos periféricos do fato e concorrerem para a própria comprovação da tipicidade.

2.3.88. Dessa forma, os indícios são circunstâncias provadas e relacionadas ao fato propriamente dito. Ou seja, a circunstância relativa ao fato, para ser utilizada como convicção deve por um processo lógico levar a certeza das demais, formando um conjunto de elementos que ligados em cadeia possam

comprovar o fato central.

2.3.89. Nesse sentido, “a prova indiciária está sujeita às seguintes condições:

- a) os indícios devem ser plurais (somente excepcionalmente um único indício será suficiente, desde que esteja revestido de um potencial incriminador singular);
- b) devem estar esteitamente relacionados entre si;
- c) devem ser concomitantes, ou seja, univocamente incriminadores – não valem as meras conjecturas ou suspeitas, pois não é possível construir certezas sobre simples probabilidades;
- d) existência de razões dedutivas – entre os indícios provados e os fatos que se inferem destes deve existir um enlace preciso, direto, coerente, lógico e racional segundo as regras do critério humano.”^[1]

2.3.90. Quanto ao valor da prova indiciária:

“Certos elementos indutores podem comparecer e formar a cadeia de indícios de modo indubitável. Nela, servem depoimentos de coautores, uns e outros admitindo o modus operandi comum em que se incluem suas próprias atividades em reciprocidade com outras. Servem também como circunstâncias válidas tanto a existência de estalão de vida dos agentes, superior a seus ganhos, como a realização de atos com aportes materiais suntuosos; as comunicações associativas entre colaboradores ou coautores; a continuidade de comportamentos similares; quaisquer outras condutas e seus resultados ligados a circunstâncias já provadas; assim como ingressos monetários sem explicações plausíveis sobre sua causa.” ^[2]

2.3.91. Conforme já exaustivamente explanado pela Comissão, constam das provas juntadas aos autos farto conjunto probatório apto a comprovar as acusações feitas à empresa Mendes Júnior.

2.3.92. Nesse sentido, o Manual de Responsabilização de Entes Privados, pág. 88, que com base na melhor doutrina assim como em decisões do STF, constata plenamente possível a utilização e fundamentação de julgamentos de PAR fundamentados em indícios e presunções concatenados de forma lógica.

2.3.93. Destaca-se, ainda, trecho do Parecer n. 00026/2020/CONJUR-CGU/CGU/AGU:

“(…)

57. A alegação de fragilidade de conjunto probatório reside primordialmente e insistentemente no argumento de que o relatório final da CPAR e o parecer da CONJUR se sustentam em indícios. Na verdade, o que foi fartamente e detalhadamente demonstrado nos autos é que o pronunciamento pela aplicação da declaração de inidoneidade está amparado em um contexto probatório robusto, formado por um conjunto de indícios que atestam a prática do conluio anticompetitivo e o pagamento de vantagem indevida pela CQG.

58. Há de ser considerando que, como a prova, os indícios podem sim sustentar uma condenação e até a absolvição. Sobre o assunto, mostra-se oportuna a lição de Guilherme de Souza Nucci^[2] (citado no item 141 do PARECER n. 00004/2020/CONJUR-CGU/CGU/AGU, mas que merece ser repetido na presente manifestação):

"Os indícios são perfeitos tanto para sustentar a condenação quanto para a absolvição. Há autorização legal para a sua utilização e não se pode descurar que há muito preconceito contra essa espécie de prova, embora seja a absolutamente imprescindível ao juiz utilizá-la. Nem tudo se prova diretamente, pois há crimes camuflados - a grande maioria - que exigem a captação de indícios para a busca da verdade real. Lucchini, mencionado por Espindola Filho, explica que a 'eficácia do indício não é menor que a da prova direta, tal como não é inferior a certeza racional à história e física. O indício é somente subordinado à prova, porque não pode subsistir sem uma premissa, que é a circunstância indiciante, ou seja, uma circunstância provada; e o valor crítico do indício está em relação direta com o valor intrínseco da circunstância indiciante. Quando esteja esta bem estabelecida, pode o indício adquirir uma importância predominante e decisiva no juízo!."

59. Aliás, como ensina Fábio Medina Osório^[3]:

"No campo das responsabilidades sancionatórias, cabe aduzir que os indícios podem ser suficientes para uma condenação, especialmente no terreno de aplicação do Direito Administrativo repressor, embora até mesmo no Direito Penal isto seja possível, justificadamente[...] Seguindo a linha doutrinária de separar critérios penais e administrativos por diferenças próprias de cada esfera, e, na linha de que, em tese, o Direito Penal é mais severo e rigoroso do que o Direito Administrativo Sancionador, parece-nos que o Juiz penal geralmente é mais exigente do que a autoridade administrativa ou o Juiz extrapenal para editar um decreto condenatório. Sem embargo, mesmo para a sentença penal condenatória podem ser suficientes os indícios. De modo que, nesse mesmo raciocínio, perfeitamente admissível uma base indiciária para a aplicação do Direito Administrativo

Sancionador, não há dúvidas, desde que se observem as peculiares exigências associadas ao ônus acusatório nas relações concretamente expostas ao poder punitivo do Estado."

(...)"

2.3.94. Isto posto, a CPAR entendeu, bem como demonstrou de forma específica e satisfatória as condutas praticadas pela Mendes Júnior, as quais acarretaram na recomendação pela imposição da sanção de inidoneidade, conforme disposto na Lei 8.666/1993, não havendo que se falar, portanto, em ausência de imputação específica de condutas à acusada e nem mesmo em ofensa ou impossibilidade de exercer seu direito de defesa.

Da ofensa à ampla defesa

2.3.95. A defesa alega, novamente, que houve ofensa à ampla defesa, vez que a Comissão apenas reiterou no Relatório Final que “as imputações registradas no Termo de Indiciação são objetivas, precisas e coerentes, tanto em relação às provas carreadas aos autos quanto aos tipos lesivos registrados nos incisos II e III do artigo 88da Lei de Licitações”.

2.3.96. Argumenta, mais uma vez, que as imputações foram feitas de forma vaga e impedem o exercício do direito à defesa.

2.3.97. Afirma que a CPAR estabeleceu um período longo de 10 anos, que selecionou as mais altas autoridades do órgão contratante e simplesmente mencionou supostos pagamentos que tratam de valores ainda não mensurados.

2.3.98. Dessa forma, a defesa aduz que não houve pagamentos e que a acusação não faz sentido visto a empresa não ter sido vencedora da quase a totalidade dos certames, bem como não foi subcontratada em nenhum dos contratos de obras vencidas por outros licitantes, que não definiu o *modus operandi* das condutas e nem mesmo apresentou elemento ou comprovação da efetiva ocorrência dos fatos.

2.3.99. Requer seja rejeitada a acusação do pagamento de propina no período relacionado entre 2000 e 2010 sob pena de ofensa à ampla defesa.

2.3.100. Conforme consta do tópico que trata acerca da “ausência de imputação específica de condutas à acusada”, no qual também houve a alegação de violação ao direito de defesa, os argumentos utilizados não prosperam, na medida em que a CPAR demonstrou de forma específica e satisfatória as condutas praticadas pela Mendes Júnior, as quais ensejaram a recomendação pela imposição da sanção de inidoneidade para licitar com a Administração Pública, conforme disposto na Lei 8.666/1993.

2.3.101. Restou claro também que a Comissão trouxe aos autos conjunto probatório robusto acerca dos fatos.

2.3.102. Ademais, repisa-se o entendimento de que nos casos que envolvem desvio de recursos públicos, pagamentos de propinas, dentre outros no mesmo sentido dos atos ilícitos ora tratados, parte-se de elementos e circunstâncias que baseiem conclusões lógicas, as quais não são componentes estruturais do fato típico, mas elementos que se situam ao redor do tipo para comprovar pontos periféricos do fato e concorrerem para a própria comprovação da tipicidade.

2.3.103. Dessa forma, lícitas as sanções baseadas em indícios no âmbito da administrativo, como exposto no Parecer nº 00026/2020/CONJUR-CGU/CGU/AGU:

“(…)

57. A alegação de fragilidade de conjunto probatório reside primordialmente e insistentemente no argumento de que o relatório final da CPAR e o parecer da CONJUR se sustentam em indícios. Na verdade, o que foi fartamente e detalhadamente demonstrado nos autos é que o pronunciamento pela aplicação da declaração de inidoneidade está amparado em um contexto probatório robusto, formado por um conjunto de indícios que atestam a prática do conluio anticompetitivo e o pagamento de vantagem indevida pela CQG.

58. Há de ser considerando que, como a prova, os indícios podem sim sustentar uma condenação (…)

59. Aliás, como ensina Fábio Medina Osório[3]:

"No campo das responsabilidades sancionatórias, cabe aduzir que os indícios podem ser suficientes para uma condenação, especialmente no terreno de aplicação do Direito Administrativo repressor, embora até mesmo no Direito Penal isto seja possível, justificadamente[...]. Seguindo a linha

doutrinária de separar critérios penais e administrativos por diferenças próprias de cada esfera, e, na linha de que, em tese, o Direito Penal é mais severo e rigoroso do que o Direito Administrativo Sancionador, parece-nos que o Juiz penal geralmente é mais exigente do que a autoridade administrativa ou o Juiz extrapenal para editar um decreto condenatório. Sem embargo, mesmo para a sentença penal condenatória podem ser suficientes os indícios. De modo que, nesse mesmo raciocínio, perfeitamente admissível uma base indiciária para a aplicação do Direito Administrativo Sancionador, não há dúvidas, desde que se observem as peculiares exigências associadas ao ônus acusatório nas relações concretamente expostas ao poder punitivo do Estado."

(...)"

2.3.104. Portanto, diante do sobredito, mantém-se o entendimento de que foi assegurado o exercício à ampla defesa no presente processo.

Das supostas “provas” emprestadas e de seus vícios

2.3.105. Alega a defesa que o Relatório Final pretende afastar seus vícios com base no artigo 372 do Código de Processo Civil e que esta se fundamenta de forma exclusiva em instrumentos de colaboração, as quais valeriam apenas como mero indício.

2.3.106. Argumenta que o aproveitamento de tais elementos na qualidade de prova emprestada é incabível e que para que pudessem ser aproveitados deveriam estar presentes as seguintes condições:

- a) as provas emprestadas deveriam ter sido válida e legitimamente produzidas no processo original;
- b) as provas emprestadas deveriam estar completas no processo de destino;
- c) as provas emprestadas deveriam se submeter ao crivo do contraditório, de tal sorte que a parte contra a qual está sendo produzida a prova no segundo processo tivesse participado da respectiva produção ou coleta no primeiro processo, isto é, o processo do qual a prova está sendo emprestada;
- d) careceriam do devido sopesamento as provas orais ou resultantes da atividade pessoal do julgador do processo originário, pois para o julgador do segundo processo o peso poderá não ser o mesmo, pois lhe faltará a impressão pessoal; e
- e) em razão da inafastabilidade da jurisdição, admite-se o empréstimo de provas somente produzida em juízo por conta das garantias nele existentes, salvo no caso daquelas provas pré-constituídas nos termos dos itens antecedentes.

2.3.107. Por fim, a defesa afirma que as provas emprestadas não podem ser utilizadas em detrimento da ora petionária.

2.3.108. Conforme consta do Relatório Final, “a jurisprudência é pacífica no sentido de admitir a prova compartilhada, contanto que se oportunize contraditório à pessoa acusada quando o processo de origem não tiver identidade das partes”.

2.3.109. Da análise do Termo de Indiciação bem como do Relatório Final, verificou-se que todos os itens trazidos pela defesa como condições para utilização da prova emprestada foram cumpridos.

2.3.110. Houve o compartilhamento judicial das provas, as quais foram produzidas no processo penal que respeitou os requisitos formais que o revestem, assim como a utilização do conjunto probatório possui amparo legal, visto decorrer de expressa autorização do juízo competente.

2.3.111. Da mesma forma os elementos provenientes dos Acordos de Leniência, conforme o art. 38, do Decreto 8.420/2015, que estabelece 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”.

2.3.112. Ressalta-se, inclusive, que de acordo com o que consta da presente Nota Técnica, no tópico “análise da regularidade formal do PAR”, “à empresa foi garantido o acesso a todos os atos processuais realizados e o direito de especificar eventuais provas que pretendesse produzir. Teve a oportunidade, ainda, de apresentar defesas prévias e alegações finais, e demais manifestações e documentos julgados oportunos, assegurando-se, dessa forma, o exercício à ampla defesa, essencial à condução do PAR”.

2.3.113. Ou seja, as provas emprestadas foram submetidas ao crivo do contraditório e a defesa pode se manifestar em todo o processo.

2.3.114. Verificou-se, ainda, a produção das provas requeridas pela defesa, qual seja, a oitiva da testemunha indicada, sobre cujo depoimento esta se manifestou.

2.3.115. No tocante à prova emprestada, cabe novamente trazer o entendimento exarado pela CONJUR no bojo do Parecer nº 00026/2020/CONJUR-CGU/CGU/AGU:

“(…)

Por existir independência entre as instâncias na aplicação das sanções, a prova emprestada é amplamente admitida. Uma única conduta pode se ajustar a uma pluralidade de instâncias de responsabilização, o que é típico de sistemas, cumprindo salientar, é claro, a necessidade da imperativa observância dos princípios da proporcionalidade, contraditório e ampla defesa.

A doutrina, nas palavras de Rogério Pacheco Alves, afirma: “Não só motivos de economia processual mas sobretudo a busca da verdade, conduzem a doutrina, atendidos os requisitos que a seguir serão vistos, à admissão da prova emprestada, não se tendo dúvida de que mesmo diversas as naturezas a consequências materiais e processuais onde o fato se veja discutido, o objetivo do Poder Judiciário sempre será a composição do conflito (ou pretensão, se preferido) de forma justa, o que, por óbvio, pressupõe a maior aproximação possível da verdade fática.” (GARCIA, Emerson, ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa, 9ª edição, Saraiva, São Paulo, 2017).

A jurisprudência igualmente, de forma majoritária, admite o uso de prova emprestada nas suas variadas formas e nos mais diversos ramos do direito. Nesse sentido temos a Súmula 591 do Superior Tribunal de Justiça que trata da utilização de prova emprestada no processo administrativo disciplinar:

SÚMULA nº 591

É permitida a prova emprestada no processo administrativo disciplinar, desde que devidamente autorizada pelo juízo competente e respeitados o contraditório e a ampla defesa.

Internamente, o enunciado de número 20 uniformiza o entendimento aprovado na Comissão de Coordenação e Correição (CCC), colegiado composto de representantes da CGU e de corregedorias federais, para prever a possibilidade do compartilhamento de provas entre procedimentos administrativos:

“O compartilhamento de provas entre procedimentos administrativos é admitido, independentemente de apurarem fatos imputados a pessoa física ou a pessoa jurídica, ressalvadas as hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça”.

O enunciado em questão chancela a utilização da prova emprestada no âmbito dos procedimentos administrativos de que cuida a CGU, face à sua relevância para o deslinde de questões no âmbito administrativo.

(…)”

2.3.116. Conforme já observado, a CPAR realizou o sopesamento das provas que constam dos autos, tendo atendido aos requisitos legais de forma necessários para fundamentar a utilização de tal acervo probatório e garantir que este produza os devidos efeitos no mundo jurídico.

2.3.117. Quanto à recorrente argumentação de que tais provas valeriam apenas como mero indício, em que pese o exaustivo tratamento do tema nos tópicos anteriores, apresenta-se entendimento consignado no Parecer nº 00026/2020/CONJUR-CGU/CGU/AGU, cujo trecho consta da análise acerca do acervo probatório utilizado no PAR, que abordou a utilização da prova indiciária:

“(…)”

Além disso, ainda que parte das provas possa ser classificada como indireta ou indiciária, não há de se falar em inexistência ou insuficiência de provas. A demonstração cabal de condutas colusivas geralmente apresenta certa complexidade, de maneira que é mais comum que se possa aferi-las somente com a produção de prova indireta de seus elementos, o que não implica inobservância das garantias processuais do contraditório e ampla defesa, desde que a convergência destas, conjugadas com os demais elementos de que se disponha, afigure-se suficiente para a reconstrução dos fatos objeto de apuração.

(…)”

2.3.118. Desse modo, não procedem os argumentos utilizados pela defesa, sendo perfeitamente cabível a utilização de tais provas, uma vez que lícitas, no âmbito do presente PAR.

A improcedência das acusações: da ausência de atuação cartelizada e de pagamento de

vantagens indevidas

2.3.119. A defesa considerou que a Comissão “desprezou a cronologia dos fatos, ou a ausência de nexo de causalidade, isto é, a inexistência de lógica para que haja o vínculo fático e possível efeito à causa da acusação”.

2.3.120. Alega que o centro da acusação formulada no PAR trata da suposta atuação cartelizada de empresas para fraudar certames da VALEC entre os anos de 2000 e 2010, o que seria infundado.

2.3.121. A defesa destaca que o Termo de Indiciação inclui como tendo sido atingidas pela suposta conduta cartelizada seis concorrências, conforme tabela extraída das alegações finais:

Concorrência	Valor do Contrato (R\$)	Acusação
004/2001	88.150.722,14	Apresentação de proposta de cobertura
008/2004	1.096.138.423,80	Apresentação de proposta de cobertura nos lotes 03 e 07
002/2005	815.452.064,65	Participação de negociações anticompetitivas, embora não tenha apresentado proposta
001/2007	1.138.828.762,66	Participação de negociações anticompetitivas, embora não tenha apresentado proposta
004/2010	2.351.638.910,11	Proposta de cobertura nos lotes 01 e 02
005/2010	4.198.984.133,86	Proposta de cobertura no lote 04
Total	9.689.193.017,22	

2.3.122. A argumentação é no sentido de que a Mendes Júnior em todo o período foi vencedora de apenas um trecho da Concorrência 005/2010, e jamais foi subcontratada, ou recebeu qualquer valor ou teve qualquer relação com as demais contratações citadas. Que, conforme colocado no Termo de Indiciação, a empresa teria participado durante 10 anos de um cartel materializado em seis licitações e não teria auferido qualquer vantagem ou facilidade dessa atuação.

2.3.123. Alega que na única licitação vencida pela empresa, a conduta da VALEC foi contrária à Mendes Júnior, tendo gerado a rescisão contratual consensual e ações judiciais recíprocas. Que o cenário fático aponta para a inexistência de atuação cartelizada.

2.3.124. Nos mesmos termos acima, a defesa trata de cada concorrência apontada pela CPAR, bem como dos supostos pagamentos de vantagens indevidas, assim como afirma que todas as acusações são infundadas, não possuem embasamento probatório e não contém razoabilidade. Portanto, por questão de economia processual, não serão aqui novamente abordados todos os pontos que em síntese repetem o sobredito.

2.3.125. Ademais, tais tópicos já foram objeto de extensa explanação e justificativas da Comissão acerca dos motivos que a levaram a entender pelas imputações feitas à Mendes Júnior.

2.3.126. Da mesma forma, exaustivamente discorrido acerca do lastro probatório que fundamenta a acusação de atuação cartelizada a fim de fraudar os objetivos licitatórios da VALEC no item em que se tratou da “ausência de imputação específica de condutas à acusada”.

2.3.127. Outrossim, no presente item, a própria defesa evidencia a especificidade com que as condutas foram individualmente tratadas pela CPAR em cada procedimento licitatório, o que inclusive demonstra certa contradição por parte da defesa quando afirmou a generalidade de tais imputações.

2.3.128. Por fim, conforme argumentação amplamente desenvolvida nos itens 4.2.9, 4.2.10 e 4.2.11 do Relatório Final, a CPAR entendeu, bem como demonstrou de forma específica e satisfatória as condutas praticadas pela Mendes Júnior, as quais acarretaram na recomendação pela imposição da sanção de inidoneidade, segundo disposto na Lei 8.666/1993, não havendo que se falar, portanto, em improcedência das acusações.

A inexistência de dano ao erário

2.3.129. Em síntese, a defesa alega que uma vez que não foi vencedora de nenhum certame licitatório até 2010, qualquer prejuízo sofrido pelo poder público teria sido causado pelas empresas que efetivamente venceram os procedimentos licitatórios.

2.3.130. Argumenta, repetidamente, que o dano somente poderia ter sido causado por empresa

efetivamente contratada e que recebesse valores do erário, aduzindo a falta de embasamento legal para qualquer presunção de dano.

2.3.131. Ainda alega que não houve imputação de condutas que tenham implicado sobrepreço ou superfaturamento de qualquer ordem.

2.3.132. Quanto a tal alegação, destaca-se que esses fatos nem mesmo foram objeto de análise no presente PAR, não havendo, por óbvio, possibilidade de imputação à empresa Mendes Júnior de acusações referentes a um tipo de conduta a qual sequer foi aqui tratada.

2.3.133. No que concerne ao cartel especificamente, este quando praticado no âmbito das licitações da administração pública, consiste no conluio entre agentes econômicos com o objetivo de eliminar ou restringir a concorrência dos processos de contratação de bens e serviços pela administração.

2.3.134. Ou seja, o cartel, no presente caso, por si só, e a atuação conjunta das empresas para fraudar processos licitatórios e, conseqüentemente, frustrar os objetivos da licitação pública já revelam o dano causado ao erário, sem necessariamente a empresa ora acusada ter de vencer algum dos certames.

2.3.135. Isso porque o dano ao erário se dá pelo simples fato da combinação dos preços, bem como dos ajustes realizados para definir os vencedores de cada procedimento e da apresentação de propostas de coberturas para dar licitude ao certame, uma vez que esse comportamento mina os esforços da administração pública em empregar de forma eficiente e eficaz seus recursos.

2.3.136. Dessa forma, não prosperam os argumentos da defesa no sentido da inexistência de dano ao erário, visto a vasta comprovação da atuação em conjunto com as demais empresas de que agiram com a finalidade de dominar o mercado de obras de infraestrutura, no caso específico obras relativas à construção de ferrovias, fraudando assim as licitações públicas da VALEC e violando a Lei de Licitações no que tange à frustração dos objetivos licitatórios.

Da impossibilidade de condenação baseada apenas em colaborações e delações

2.3.137. Em síntese, a defesa alega que a proposta de condenação não tem lastro legal por estar fundamentada em delações e colaborações premiadas bem como não poderia estar baseada em indícios.

2.3.138. Aduz que o indício somente pode ser justa causa para aceitação de abertura de processo. Ressalta que a acusação fundamenta-se na Lei Anticorrupção e que esta imputa responsabilidade objetiva às Pessoas Jurídicas.

2.3.139. Argumenta, ainda, que as provas são emprestadas e que não houve participação da empresa na produção destas.

2.3.140. Primeiramente, conforme já tratado, a acusação e conseqüente sanção discutidas neste PAR tem como base a Lei 8.666/1993. Da Lei 12.846/2013 é utilizado tão somente o rito de apuração de responsabilidade para a condução do Processo Administrativo de Responsabilização.

2.3.141. Quanto à questão da utilização da prova emprestada e da condenação fundamentada em provas indiciárias, observa-se que o assunto foi exaustivamente abordado em diversos pontos deste parecer. Contudo, serão aqui trazidos de forma sintética os entendimentos adotados.

2.3.142. No tocante à prova emprestada, o multicitado Parecer nº 00026/2020/CONJUR-CGU/CGU/AGU:

“(…)

Por existir independência entre as instâncias na aplicação das sanções, a prova emprestada é amplamente admitida. Uma única conduta pode se ajustar a uma pluralidade de instâncias de responsabilização, o que é típico de sistemas, cumprindo salientar, é claro, a necessidade da imperativa observância dos princípios da proporcionalidade, contraditório e ampla defesa.

A doutrina, nas palavras de Rogério Pacheco Alves, afirma: “Não só motivos de economia processual mas sobretudo a busca da verdade, conduzem a doutrina, atendidos os requisitos que a seguir serão vistos, à admissão da prova emprestada, não se tendo dúvida de que mesmo diversas as naturezas a conseqüências materiais e processuais onde o fato se veja discutido, o objetivo do Poder Judiciário sempre será a composição do conflito (ou pretensão, se preferido) de forma justa, o que, por óbvio, pressupõe a maior aproximação possível da verdade fática.” (GARCIA, Emerson, ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa, 9ª edição, Saraiva, São Paulo, 2017).

A jurisprudência igualmente, de forma majoritária, admite o uso de prova emprestada nas suas

variadas formas e nos mais diversos ramos do direito. Nesse sentido temos a Súmula 591 do Superior Tribunal de Justiça que trata da utilização de prova emprestada no processo administrativo disciplinar:

SÚMULA nº 591

É permitida a prova emprestada no processo administrativo disciplinar, desde que devidamente autorizada pelo juízo competente e respeitados o contraditório e a ampla defesa.

Internamente, o enunciado de número 20 uniformiza o entendimento aprovado na Comissão de Coordenação e Correição (CCC), colegiado composto de representantes da CGU e de corregedorias federais, para prever a possibilidade do compartilhamento de provas entre procedimentos administrativos:

“O compartilhamento de provas entre procedimentos administrativos é admitido, independentemente de apurarem fatos imputados a pessoa física ou a pessoa jurídica, ressalvadas as hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça”.

O enunciado em questão chancela a utilização da prova emprestada no âmbito dos procedimentos administrativos de que cuida a CGU, face à sua relevância para o deslinde de questões no âmbito administrativo.

(...)”

2.3.143. Em acréscimo, o sobredito parecer jurídico, cujo trecho consta da análise acerca do acervo probatório utilizado no PAR, trata, no que tange à utilização da prova indiciária, o seguinte:

“(…)”

Além disso, ainda que parte das provas possa ser classificada como indireta ou indiciária, não há de se falar em inexistência ou insuficiência de provas. A demonstração cabal de condutas colusivas geralmente apresenta certa complexidade, de maneira que é mais comum que se possa aferi-las somente com a produção de prova indireta de seus elementos, o que não implica inobservância das garantias processuais do contraditório e ampla defesa, desde que a convergência destas, conjugadas com os demais elementos de que se disponha, afigure-se suficiente para a reconstrução dos fatos objeto de apuração.

(...)”

2.3.144. Dessa forma, não prosperam os argumentos relativos à impossibilidade de utilização de tal acervo probatório constante dos autos.

[1] LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 7 ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2019. p. 614-615.

[2] OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. O valor da prova indiciária. Disponível em <https://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/uli_4_o_valor_da_prova_indiciaria.pdf> Acesso em 14.jul.2021.

2.4. DA PENALIDADE SUGERIDA

2.4.1. Em relação aos fatos abordados, a CPAR recomendou que fosse aplicada à MENDES JUNIOR TRADING E ENGENHARIA S/A – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, a sanção de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, nos termos do inciso IV do artigo 87 da Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações), por fraudar o caráter competitivo de procedimentos licitatórios públicos da VALEC - Engenharia, Construções e Ferrovias S/A (VALEC) e dar vantagens indevidas a agentes públicos da VALEC, tendo, portanto, praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação e demonstrado não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados, incidindo nos atos lesivos tipificados nos incisos II e III do artigo 88 da Lei de Licitações.

2.4.2. Uma vez que os fatos apurados são anteriores à vigência da Lei Anticorrupção, não foram propostas aplicações de sanções no âmbito da Lei 12.846/2013.

2.5. DA PRESCRIÇÃO

2.5.1. No tocante à aplicação da Lei nº 8.666/1993, a contagem deverá seguir os termos previstos na Lei nº 9.873/1999:

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.

2.5.2. Considerando que as condutas apuradas no presente processo também foram objeto das Ações Penais nº 32277-84.2017.4.01.3500; 17620-74.2016.4.01.3500; 27093-21.2015.4.01.3500; 20592-17.2016.4.01.3500, cujos documentos foram compartilhados por Decisão Judicial, cabe a aplicação dos prazos de prescrição previstos na lei penal.

2.5.3. De acordo com as Denúncias oferecidas pelo MPF, as condutas ora tratadas enquadram-se como cartel e corrupção ativa.

2.5.4. Portanto, conforme disposto no art. 109, inciso III, do Código Penal, a prescrição para penas superiores a 04 anos e inferiores a 08 ocorre no decurso de 12 anos da ocorrência do fato, caso do crime de cartel, cuja pena máxima é de 05 anos. Assim, considerando que as irregularidades foram praticadas de forma continuada entre os anos de 2002 a 2011, assim como a existência de pagamentos de indevidos efetuados em 2012, a prescrição concernente às sanções previstas na Lei nº 8.666/1993 se consumaria, no mínimo, em 2024.

2.5.5. Outrossim, para o crime de corrupção ativa cuja pena máxima é de 12 anos, o prazo prescricional penal seria de 16 anos após a ocorrência do fato, conforme disposto no art. 109, II, do Código Penal, se consumando apenas em 2028.

2.5.6. Verifica-se, portanto, que o presente PAR foi instaurado dentro do prazo para a aplicação das penalidades propostas, o que interrompeu o prazo prescricional para sancionamento da pessoa jurídica ora processada.

2.5.7. Por fim, vale acrescentar que, em função da Medida Provisória nº 928, de 23 de março de 2020, a contagem final do prazo prescricional deve ser acrescida de 120 dias (período de sua vigência).

2.5.8. A referida MP suspendeu os prazos processuais de todos os processos administrativos de responsabilização de agentes públicos, inclusive empregados regidos pela CLT, e entes privados, e ainda incluiu a suspensão dos prazos relativos à aplicação de sanções administrativas previstas na Lei nº 8.112, de 1990, na Lei nº 9.873, de 1999, na Lei nº 12.846, de 2013. Essa perdeu sua eficácia em 20 de julho de 2020, quando os prazos voltaram a correr normalmente.

2.5.9. Em adição, a Medida Provisória nº 951, de 15/04/2020, suspendeu os prazos prescricionais relativos às normas de licitações e contratos durante o período de sua vigência, qual seja, 120 dias. Dessa forma, a contagem da prescrição no caso dos presentes autos, que abarca as sanções de inidoneidade, suspensão e impedimento do direito de licitar, foi afetada, devendo o prazo prescricional ser acrescido do período concernente entre 23/03/2020 e 15/08/2020.

2.5.10. Considerando, enfim, a interrupção mencionada nos subitens 2.5.6 e seguintes, tem-se que o prazo final para a aplicação da sanção à empresa é o dia 29/05/2035, decorrente do seguinte cálculo:

24/12/2018 (publicação da instauração do PAR no DOU) + 16 anos (prazo penal) + 155 dias (Medidas Provisórias vigentes entre 23/03/2020 e 15/08/2020)

3. CONCLUSÃO

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, sugere-se o acatamento das recomendações feitas pela Comissão no Relatório

Final.

3.5. À consideração superior.



Documento assinado eletronicamente por **MARIANA CAMILLO SILVESTRE, Auditor Federal de Finanças e Controle**, em 20/10/2021, às 19:14, 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 2046203 e o código CRC 9DCAEFD3

Referência: Processo nº 00190.107409/2018-01

SEI nº 2046203



CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

DESPACHO COREP - ACESSO RESTRITO

1. Estou de acordo com a Nota Técnica N° 1972/2021 (SEI 2046203), que, em síntese, concluiu pela regularidade do presente Processo Administrativo de Responsabilização, com o registro de que os argumentos invocados pela defesa não foram suficientes para afastar as respectivas responsabilidades indicadas pela Comissão processante.
2. Submeto, assim, à apreciação do Sr. Diretor de Responsabilização de Entes Privados, a proposta de encaminhamento dos autos à consideração do Sr. Corregedor-Geral da União e subseqüente envio à CONJUR.



Documento assinado eletronicamente por **CYRO RODRIGUES DE OLIVEIRA DORNELAS**, Coordenador-Geral de Instrução e Julgamento de Entes Privados, em 21/10/2021, às 12:31, 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 2148128 e o código CRC A16EFCCE

Referência: Processo nº 00190.107409/2018-01

SEI nº 2148128



CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

DESPACHO DIREP

1. No uso das atribuições constantes do art. 54, IV do Regimento Interno da CGU (Port. 3.553/2019), acolho os fundamentos constantes da Nota Técnica nº 1972/2021 SEI 2046203, aprovada pelo Despacho COREP SEI 2148128, para me manifestar pela regularidade do presente Processo Administrativo de Responsabilização.
2. Com efeito, os argumentos de fato e direito externados pelas peças técnicas anteriores constantes dos autos (Relatório Final da CPAR e Nota Técnica nº 1972/2021 SEI 2046203, que analisou as alegações finais da pessoa jurídica) demonstram as justificativas para a imposição da sanção administrativa sugerida. Portanto, o processo está apto para avaliação da autoridade julgadora competente (Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União), após a necessária manifestação da Consultoria Jurídica deste órgão.
3. Ao Sr. Corregedor-Geral da União com proposta de que o feito seja submetido à Conjur/CGU.



Documento assinado eletronicamente por **MARCELO PONTES VIANNA, Diretor de Responsabilização de Entes Privados**, em 21/10/2021, às 17:13, 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 2149235 e o código CRC C5D15CB3

Referência: Processo nº 00190.107409/2018-01

SEI nº 2149235



CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

DESPACHO CRG

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



Documento assinado eletronicamente por **GILBERTO WALLER JUNIOR, Corregedor-Geral da União**, em 25/10/2021, às 10:58, 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 2150129 e o código CRC C724F5C7

Referência: Processo nº 00190.107409/2018-01

SEI nº 2150129