



CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

NOTA TÉCNICA Nº 2968/2021/COREP - ACESSO RESTRITO/COREP/CRG

PROCESSO Nº 00190.106432/2018-71

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

ASSUNTO

Apuração, por meio de Processo Administrativo de Responsabilização (PAR), de supostas irregularidades imputadas às pessoas jurídicas TRATENGE ENGENHARIA S/A (CNPJ nº 06.098.460/0001-80), SANTA BÁRBARA S/A (CNPJ nº 17.290.057/0001-75) e BASE ENGENHARIA E SERVIÇOS DE PETRÓLEO E GÁS S/A (CNPJ nº 61.226.890/0001-49).

REFERÊNCIAS

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

Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015. 2.2.

Portaria CGU nº 910, de 07 de abril de 2015.

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

Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

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. Trata-se de Processo Administrativo de Responsabilização (PAR) instaurado no âmbito desta Controladoria-Geral da União – CGU, em face das pessoas jurídicas TRATENGE ENGENHARIA S/A (CNPJ nº 06.098.460/0001-80, de agora em diante “Tratenge”), SANTA BÁRBARA S/A (CNPJ nº 17.290.057/0001-75, de agora em diante “Santa Bárbara”) e BASE ENGENHARIA E SERVIÇOS DE PETRÓLEO E GÁS S/A (CNPJ nº 61.226.890/0001-49, de agora em diante “Base Engenharia”).

2. Concluídos os trabalhos da comissão, 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.

3. Em apertada síntese, os fatos apurados referem-se a irregularidades na Concorrência nº 01/2011, realizada pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF) para ampliação do Hospital Universitário. As empresas investigadas teriam colaborado com a fraude ao processo licitatório e aos procedimentos que culminaram na celebração dos 7º e 8º Termos Aditivos. Tais irregularidades foram reveladas em auditoria do Tribunal de Contas da União, que decidiu por dar conhecimento dos fatos à Polícia Federal^[1]. Foi então instaurado o Inquérito Policial (IPL) nº 171/2012 e deflagrada a *Operação Editor*. Em razão dos elementos probatórios obtidos originou-se a Ação Penal (AP) nº 3531-16.2016.4.01.3801.

1.1. RESUMO DO ANDAMENTO DO PROCESSO

4. O presente apuratório foi deflagrado no âmbito desta Controladoria-Geral da União (CGU) por intermédio da Portaria CRG/CGU nº 1.506, de 07/06/2018, publicada no DOU nº 109, de 08/06/2018 (SEI nº 0750660). Após diligências preliminares de juntada de documentação proveniente da apuração penal^[2], em maio de 2019 a CPAR promoveu a intimação das três pessoas jurídicas (Tratenge, Santa

Bárbara e Base Engenharia) para acompanhar e participar do desenvolvimento do PAR [\[3\]](#), nos termos do art. 13 da Portaria CGU nº 910/2015, então vigente.

5. A Base Engenharia (ex-Schahin Engenharia), ao acusar o recebimento da notificação inicial, informou a decretação da falência da empresa (SEI 1133640 e 1133643). Em decorrência, o Corregedor-Geral da União decidiu pela exclusão da massa falida do polo passivo do PAR (Despacho SEI nº 1245015), sendo seus representantes informados da decisão (SEI nºs 1247353 e 1453469).

6. As empresas Santa Bárbara e Tratenge requereram a produção de prova testemunhal (SEI nºs 1394745, 1598860, 1149829, 1392602 e 1600583), as quais foram deferidas e produzidas (constantes nos volumes eletrônicos VIII, IX, XII e XIII). A CPAR também autorizou a juntada de documentação por parte da Tratenge (SEI nºs 1178691 a 1178700, vol. VI dos autos eletrônicos).

7. Houve divergência quanto à produção de prova pericial, requerida pela Tratenge, constante nos petítórios SEI nº 1149829, 1392602 e 1600583. A CPAR expôs na ata deliberativa SEI nº 1695743, de modo pormenorizado (item 2 e subitens), os fundamentos para o indeferimento.

8. Em dezembro de 2019, já sob a égide da IN CGU nº 13/2019 foi deliberado o indiciamento das empresas Tratenge e Santa Bárbara (ata SEI nº 1267530 e peças de acusação SEI nºs 1266581 e 126750, todos documentos constantes no volume IX dos autos eletrônicos). Visando facilitar a manifestação das empresas, na sequência às peças acusatórias foram juntadas aos autos as principais provas que fundamentaram o convencimento preliminar do Colegiado (volumes IX e X).

9. Procedeu-se conforme previsto no art. 16 da IN CGU nº 13/2019, intimando-as a apresentarem defesa escrita no prazo de 30 (trinta) dias, conforme atestam os documentos SEI nºs 1366712 e 1369577 (Tratenge) e 1370650 (Santa Bárbara). As defesas escritas, oportunamente apresentadas [\[4\]](#), encontram-se juntadas sob nº SEI 1392602 (Tratenge) e 1394745 (Santa Bárbara).

10. Após a apresentação das defesas escritas, houve a produção de prova testemunhal, sendo indeferida a realização da prova pericial solicitada, conforme já relatado anteriormente.

11. Em nova deliberação, a CPAR decidiu por aditar o enquadramento do indiciamento da Tratenge, conforme razões contidas na ata SEI nº 1430643, de 16/03/2020, abrindo-se novo prazo de 30 (trinta) dias para apresentação de defesa, facultando, ademais, a especificação de provas.

12. Após a apresentação das defesas escritas e encerrada a produção de provas, abriu-se às acusadas o prazo comum de 10 dias para apresentação de alegações a respeito das provas, nos termos do art. 20, § 4º, inc. I da IN nº 13/2019.

13. A empresa Santa Bárbara apresentou suas alegações tempestivamente [\[5\]](#) (SEI nº 1713615). Em suma, reiterou a argumentação que já havia sido lançada na peça de defesa prévia, apresentada em 10/02/2020. Também de modo tempestivo, a empresa Tratenge apresentou suas alegações (SEI nº 1718274, de 12/11/2020).

14. Em seguida, em 1º/12/2020, conforme disposto no art. 21 da IN CGU nº 13/2019, a CPAR elaborou seu Relatório Final, em que manteve sua convicção preliminar e sugeriu a aplicação da penalidade de inidoneidade à Santa Bárbara pela apresentação de proposta fictícia na Concorrência nº 1/2011 da UFJF (Lei nº 8.666/1993, art. 87, inciso IV).

15. Quanto à Santa Bárbara, foi sugerida a aplicação da penalidade de inidoneidade, pela apresentação de proposta fictícia na Concorrência nº 1/2011 da UFJF. Quanto à Tratenge, também se recomendou a aplicação da penalidade de inidoneidade, pela mesma conduta praticada pela Santa Bárbara. Ademais, receitou-se a aplicação de multa no valor de R\$ 21.617.132,79 e a Publicação Extraordinária da Decisão Condenatória (PEDC) pelo prazo de 135 dias, devido ao acesso indevido e a contrafação de documentos públicos (art. 5º da LAC, inc. IV, alínea “d”).

16. Nos termos do art. 22 do referido normativo, o Corregedor-Geral da União (na qualidade de autoridade instauradora) oportunizou às pessoas jurídicas processadas a possibilidade de se manifestarem quanto ao documento final produzido pela CPAR, no prazo de 10 (dez) dias (SEI nº 1744534, 04/12/2020). Cientes da decisão (SEI nºs 1749602 e 1753282), apenas a empresa Tratenge usufruiu de tal faculdade no prazo previsto no art. 22 da IN CGU nº 13/2019 (SEI nº 1774300).

17. É o breve relato.

2. ANÁLISE

2.1. REGULARIDADE FORMAL DO PAR.

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, facultada às empresas envolvidas (embora somente a Tratenge tenha usufruído de tal faculdade, conforme já registrado anteriormente).

Da análise dos autos verifica-se que os trabalhos conduzidos pela CPAR observaram o rito previsto nas normas vigentes à época (no começo sob regência da Portaria CGU nº 910, de 07 de abril de 2015 e, em seguida, conforme a 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.

A portaria de instauração foi publicada no DOU de acordo com o que estabelece o art. 10 da Portaria CGU nº 910, de 07/04/2015, então vigente. O PAR foi instaurado pelo Corregedor-Geral da União, conforme delegação prevista no art. 5º, § único, inc. I do referido normativo, com redação alterada pela Portaria CGU nº 1.381, de 23/06/2017. Ademais, também conforme o referido normativo (art. 10), na portaria inaugural constou o nome, o cargo e a matrícula dos membros integrantes da Comissão, a indicação de seu presidente, o número do processo e o prazo de conclusão dos trabalhos. Não se fez menção na referida portaria às pessoas jurídicas que responderiam ao PAR (através do nome empresarial e do CNPJ), pois tal exigência constante na IN nº 13/2019 não figurava como requisito no normativo precedente, vigente à época.

Não foi publicada portaria de prorrogação, quando ainda em curso o prazo de 180 (cento e oitenta) dias da portaria inaugural do PAR. Por esse motivo, foi lavrada portaria de recondução pelo Corregedor-Geral da União, publicada no DOU em 21/02/2019 (SEI nº 1018549). Verifica-se, assim, a regularidade do processo sob este ponto de vista, sendo as portarias emitidas por autoridade competente. Nesse ínterim entre as duas portarias (de instauração e de recondução) não foram produzidos atos processuais, apenas formalizada a juntada de documentos recebidos da Justiça (vide docs. SEI nº 0987755 e ss., Vols. I e II dos autos eletrônicos), sem qualquer prejuízo à defesa.

Quanto às demais portarias de prorrogação e recondução (docs. SEI nºs 1220625, 1400564 e 1606018), foram todas publicadas antes do encerramento da vigência da portaria precedente e produzidas sob a égide da IN nº 13/2019, observando o art. 30 do normativo quanto à delegação de competência ao Corregedor-Geral da União para instauração de PAR. Verifica-se novamente, portanto, a regularidade do processo sob tal ponto de vista, pois lavradas por autoridade competente.

Em se tratando da observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, foi oportunizado às empresas amplo e irrestrito acesso aos autos, possibilitando-se a sua visualização integral e o peticionamento eletrônico.

Aos seus representantes foi concedido acesso externo desde o início de junho de 2019^[6], quando ainda vigente a Portaria nº 910/2015, antes da apresentação da peça acusatória. Naquela oportunidade, ainda não havia sido realizado nenhum ato instrutório, apenas a juntada de documentação proveniente da Justiça Federal, relativa à apuração criminal dos fatos. Desse modo, não houve qualquer violação ou restrição a tais direitos fundamentais. Registre-se, ademais, que nenhum ato instrutório foi realizado sem que antes as empresas fossem notificadas para, caso quisessem, pudessem deles participar. E, conforme anteriormente relatado, foram deferidas todas as solicitações de oitivas de testemunhas.

Como já se relatou anteriormente, no decorrer da marcha processual surgiu questão sensível a tais garantias constitucionais quanto à solicitação de prova pericial, formalizada pela empresa Tratenge e bem conduzida pela CPAR, ao bem fundamentar sua decisão denegatória. A problemática será objeto de análise em tópico específico desta Nota, vez que a empresa sobre ela se pronunciou novamente, em sua manifestação após a elaboração do Relatório Final pela CPAR.

Dando-se sequência na análise sobre a regularidade formal do PAR, verifica-se a observância dos procedimentos estipulados pela IN nº 13/2019, a partir de sua publicação em 12/08/2019. O termo de indiciamento foi elaborado em conformidade com os requisitos previstos no artigo 17 do referido normativo, contendo descrição clara e objetiva do ato lesivo imputado e o apontamento das provas. Inclusive, a CPAR organizou as principais provas utilizadas na acusação, separando-as em 12 (doze) documentos que foram juntados aos autos eletrônicos, para fins de facilitação da defesa, conforme

registrado na ata deliberativa SEI nº 1267530.

Quanto ao enquadramento legal, registre-se que a CPAR entendeu por alterar o enquadramento legal dos fatos em face da empresa Tratenge, após a elaboração do termo de indicição. Não obstante, não se verificou qualquer prejuízo à defesa, pois o Colegiado devolveu o prazo de 30 (trinta) dias para apresentação de defesa e especificação de provas, conforme disposto no art. 17 da IN CGU nº 13/2019.

As empresas foram devidamente notificadas das acusações, de acordo com o art. 18 do mesmo normativo, assegurando a ampla ciência e possibilidade de manifestação. Tempestivamente, apresentaram suas defesas.

O Relatório Final, por sua vez, mencionou as provas em que se baseou a CPAR para a formação de sua convicção e enfrentou bem todas as alegações apresentadas pela defesa, concluindo, ao final, pela responsabilização das acusadas, indicando o dispositivo legal infringido e a respectiva penalidade.

Considerando a regularidade procedimental, passamos à análise (i) da manifestação final apresentada e (ii) da regularidade processual do PAR no que se refere aos fundamentos adotados pela CPAR para firmar suas recomendações.

2.2. ANÁLISE DA MANIFESTAÇÃO AO RELATÓRIO FINAL.

2.2.1. EMPRESA TRATENGE ENGENHARIA LTDA.

Inicialmente, a empresa foi indiciada por violação aos incisos II e III, ambos do artigo 88 da Lei nº 8.666/93, c/c art. 5º, inc. IV, alínea “a” e “f” da Lei nº 12.846/2013 (SEI nº 1266581, parágrafo 34, Vol. IX dos autos eletrônicos). Posteriormente, a CPAR aditou a peça acusatória, alterando o enquadramento: substituiu-se a alínea “f” do inc. IV do art. 5º da LAC pela alínea “d” (Ata SEI nº 1430643).

De acordo com as provas juntadas aos autos, a Tratenge teria fraudado licitação da UFJF (Concorrência nº 1/2011 e Pregão nº 13/2014) e os 7º e 8º aditivos ao contrato celebrado após concluído o certame. A empresa teria participado do certame em conluio com os concorrentes (que apresentaram propostas de cobertura) e com a própria administração da UFJF, sendo acusada de participar da confecção de documentos públicos falsos da referida instituição pública de ensino superior, relacionados ao certame.

No Termo Acusatório (SEI nº 1266581), à empresa também foi imputada a prática de fraude em licitação FADEPE (fundação de apoio à UFJF). Não obstante, no Relatório Final a CPAR decidiu por desconsiderar essa imputação relacionada a licitação da FADEPE, com o seguinte argumento (parágrafo 30, doc. SEI nº 1736100):

(...) a indicição não ofereceu elementos mínimos para a punição dessa suposta infração, pois não indicou nem mesmo o número dessa licitação. São tão poucos elementos que seria necessária uma investigação para apurar até mesmo a identificação dessa licitação, o que foge ao escopo deste PAR.

Na manifestação após o Relatório Final, a empresa requer:

- (i) o arquivamento do presente PAR, pela impossibilidade de aplicação das penalidades previstas pela Lei Anticorrupção a fatos anteriores à sua data de vigência, como é o caso da Concorrência nº 1/2012, do contrato e dos termos aditivos dali decorrentes;*
- (ii) Novamente, o arquivamento do presente PAR, posto que o conjunto probatório que o embasa, por ter sido obtido mediante mero empréstimo oriundo de ação penal estranha à participação da Tratenge, não serve para sustentar as imputações feitas no Termo de Indicição;*
- (iii) Caso assim não entenda, seja suspensa a tramitação do PAR até que haja a conclusão, na esfera criminal, da perícia técnica da prova emprestada, notadamente dos e-mails utilizados por essa Comissão para indicição da Tratenge;*
- (iv) No mérito, seja reconhecida a inexistência das irregularidades doravante apontadas, com o consequente arquivamento desse PAR;*
- (v) Caso assim não entenda, por amor ao debate, que haja uma revisão das penalidades impostas, com a diminuição da multa, nos termos da exposição feita.”*

A seguir serão analisados os argumentos apresentados pela Tratenge.

2.2.1.1. NECESSIDADE DE SUSPENSÃO DO PAR ATÉ A CONCLUSÃO DO PROCESSO PENAL.

Na ótica da defesa, o presente apuratório deveria ser suspenso em razão da possibilidade de que seja proferida sentença absolutória no âmbito penal, por inexistência material do fato ou em razão da negativa de sua autoria, impactando no presente PAR. Alega-se que, como as provas utilizadas pela CPAR seriam essencialmente aquelas provenientes do processo penal, existiriam grandes chances de isso vir a ocorrer.

Trata-se de reiteração de argumento suscitado pela empresa no decorrer do *iter* procedimental, através de suas três principais manifestações exaradas antes do Relatório Final, a saber: SEI nºs 1392602 (parágrafos 31/41), 1600508 (parágrafos 58/68) e 1718274 (parágrafos 22/24). Em tais oportunidades, além de argumentar sobre a possibilidade de decisões conflitantes (entre as esferas penal e administrativa), a Tratenge esforçou-se em demonstrar que a suspensão não traria qualquer prejuízo à Administração Pública pois, em sua ótica, o prazo prescricional permaneceria suspenso enquanto a matéria não fosse decidida na esfera penal, conforme previsto no art. 200 do Código Civil.

Sobre o tema, a CPAR destacou no Relatório Final que eventual suspensão deste PAR não acarretaria a suspensão da prescrição. Isso porque não se estaria utilizando os documentos compartilhados como se fossem conclusões do Poder Judiciário. A Comissão teria extraído suas próprias conclusões dessa documentação (parágrafo 28, SEI nº 1736100). Ademais, as causas impeditivas da prescrição previstas no Código Civil não se aplicariam à esfera administrativa, que tem regramento próprio. Por esses motivos, caso se decidisse pela suspensão deste apuratório, a Administração poderia ser prejudicada com o tempo exíguo para sua conclusão, antes do esgotamento do prazo prescricional.

De fato, entende-se que a razão encontra-se com a CPAR. Os argumentos relativos à prescrição, expostos pela Comissão no Relatório Final, acarretam a necessidade (obrigatoriedade) de se dar continuidade ao presente PAR. Deve-se seguir, assim, a regra geral da independência das instâncias penal e administrativa, como destacado no julgado abaixo, do STF, relatado pelo Ministro Luís Roberto Barroso:

*AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CONDUTA TAMBÉM TIPIFICADA COMO CRIME. PRAZO PRESCRICIONAL. 1. Capitulada a infração administrativa como crime, o prazo prescricional da respectiva ação disciplinar tem por parâmetro o estabelecido na lei penal (art. 109 do CP), conforme determina o art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112/1990, independentemente da instauração de ação penal. Precedente: MS 24.013, Rel. para o acórdão Min. Sepúlveda Pertence. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. Voto do Ministro Roberto Barroso: (...) 2. A parte agravante tenta afastar o precedente citado na decisão recorrida com base em particularidade não determinante da aplicação da tese ali veiculada. Da leitura do voto condutor do acórdão do MS 24.013/STF, observo que **em nenhum momento assentou-se a imprescindibilidade, para a incidência da regra prevista no art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112/1990, de pronunciamento judicial reconhecendo configurar a infração administrativa, também, um ilícito penal.** 3. De qualquer modo, verifico que o relator do mandado de segurança originário consignou, em seu voto, que “as infrações administrativas imputadas ao impetrante (...) também se configuram como crime de corrupção passiva (art. 317 do CP)”. 4. Assim, não merece reparo o acórdão recorrido, consentâneo com o entendimento desta Corte, no sentido de que, capitulada a infração administrativa como crime, o prazo prescricional da respectiva ação disciplinar tem por parâmetro o estabelecido na lei penal (art. 109 do CP), conforme determina o art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112/1990, independentemente da instauração de ação penal. **A orientação decorre não só da disposição expressa e clara da norma legal, a qual não vincula a aplicação do prazo prescricional diferenciado à existência de ação penal em curso (“[o]s prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime”), mas, também, do princípio da independência entre as esferas penal e administrativa.** 5. A posição sustentada pelo agravante pauta-se no fundamento de que, sem a deflagração da iniciativa criminal, seria incerto o tipo em que o servidor seria incurso e, portanto, não seria razoável a aplicação do art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112/1990. **Tal argumento, no entanto, é frágil, já que nem mesmo no âmbito da ação penal instaurada há garantia de não alteração da capitulação dos fatos (art. 383 do CPP).** 6. O prazo prescricional diferenciado encontra justificativa suficiente na gravidade da infração disciplinar, razão pela qual se revela desnecessário subordinar a incidência da norma estatutária à existência de ação penal em curso, em concomitância com o PAD. 7. Dito isso, reitero que o arquivamento do inquérito policial instaurado contra o ora recorrente (IP nº 013/2000) não impede que a prescrição da ação disciplinar seja calculada nos termos do art. 142, § 2º da Lei nº 8.112/1990, já que a não*

instauração de ação penal teve por base, no caso, a insuficiência de provas para persecução criminal, e não outra causa que produzisse coisa julgada no cível. É dizer: não houve reconhecimento de estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito, nem foi afirmada, categoricamente, a inexistência do fato (e.g., CPP, arts. 65 e 66). 8. Em nada modifica a situação do agravante a alegação de que "não falou o Juiz do Crime da insuficiência de prova, mas, sim, que 'não há prova da ocorrência do crime do Artigo 317'. Isso porque não repercute na esfera administrativa o arquivamento do inquérito por falta de provas, como ocorreu no presente caso (arts. 66 e 67, I, do CPP). (...) (grifamos)

(Agravamento Regimental no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 31.506/DF, relatado pelo Ministro Roberto Barroso, julgado pela 1ª Turma do STF em 03/03/2015, publicado no DJe de 26/03/2015)

Na mesma linha, enfatizando-se o princípio da independência relativa entre as instâncias administrativa e penal, o STF assim se pronunciou:

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: (...) 3. A tese, contudo, fica prejudicada diante da orientação deste Supremo Tribunal no sentido de bastar a capitulação da infração administrativa como crime para ser considerado o prazo prescricional previsto na lei penal. Nesse sentido, por exemplo [Mandado de Segurança nº 24.013/DF, Agravamento Regimental no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 31.506/DF e Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 30.965/DF] (...) 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 Agravamento com Repercussão Geral n. 691.306/MS, Relator o Ministro Cezar Peluso, Plenário Virtual, DJe 11.9.2012; Embargos de Declaração no Agravamento 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. 5. Tendo o fato imputado ao Recorrente caracterizado o crime de tentativa de homicídio por motivo fútil, capitulado no art. 121, § 2º, inc. II, c/c art. 14, inc. II, do Código Penal (Ação Penal nº 2004.37.00.004862-0), incide a regra do § 2º do art. 142 da Lei n. 8.112/1990, pelo qual se determina a consideração do prazo prescricional previsto na lei penal: 20 anos, no caso (art. 109, inc. I, do Código Penal). (...)

(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)

Agravamento Regimental em Recurso Ordinário no Mandado de Segurança nº 35.383/DF, realizado na sessão virtual de 21 a 27/06/2019 - Voto do Ministro Gilmar Mendes:

(...) No que tange a alegação de prescrição da pretensão punitiva, também não assiste razão ao recorrente. Conforme exposto no julgado ora recorrido, esta Corte, à luz do art. 142, § 2º, da Lei 8.112/1990, firmou orientação no sentido de que basta a capitulação da infração administrativa como crime para ser considerado o prazo prescricional previsto na lei penal no processo administrativo disciplinar. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes [MS-ED 35631 e MS 33736] (...) No caso dos autos, constata-se que a infração disciplinar objeto do processo administrativo disciplinar instaurado pelo Corregedor-Geral da União para apurar a responsabilidade do impetrante também se qualifica como delito penal, o que atrai a aplicação do prazo prescricional diferenciado. (...) Assim, é indiferente o argumento de que o agravante 'nunca foi indiciado, denunciado ou muito menos condenado por qualquer crime, em especial aquele capitulado no art. 325 do Código Penal', uma vez que a jurisprudência firmou-se no sentido de ser irrelevante a instauração de processo penal a respeito da caracterização de crimes pelas infrações administrativas imputadas ao impetrante, para fins de cálculo da prescrição, ressalvadas as hipóteses de reconhecimento, na esfera penal, da inexistência do fato ou negativa de autoria. Cito, a propósito, os julgados a seguir [RMS 33.937 e RMS-AgR 31.506] (...) Dessa forma, sendo necessária apenas a capitulação da infração administrativa como crime para ser considerado o prazo prescricional previsto na lei criminal, não prospera o recurso, no ponto. (...) (grifamos).

(Agravamento Regimental em Recurso Ordinário no Mandado de Segurança nº 35.383/DF, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, julgado pela 2ª Turma do STF na sessão virtual de 21 a 27/06/2019,

Destarte, a Administração não pode quedar inerte aguardando uma eventual decisão que se enquadre na exceção à regra da independência das instâncias, sob pena de responsabilização disciplinar a quem der causa à prescrição. Assim, entende-se pela rejeição da tese de defesa e manutenção do entendimento da CPAR contido no Relatório Final.

2.2.1.2. ILEGALIDADE DAS PROVAS EMPRESTADAS.

Na ótica da defesa, as provas emprestadas seriam ilegais, pois não foram sujeitas a contraditório na origem, isto é, na ação penal em andamento na Seção Judiciária de Juiz de Fora/MG. Ademais, tais provas seriam as únicas a embasar o convencimento da CPAR pela condenação da empresa. Em síntese, argui-se que, para que fosse possível o traslado de provas de um processo para outro, a demandada (Tratenge) deveria ter participado do contraditório no processo em que produzida a prova que se pretende aproveitar (processo criminal), o que não teria se observado na presente hipótese. Afinal, a pessoa jurídica Tratenge não é parte no referido processo criminal e, além disso, as provas foram produzidas no curso de inquérito policial (sem contraditório).

A argumentação encontra-se alicerçada em jurisprudência do STF, de 1999 (SEI nº 1392602, parágrafo 17). Também é citada a Súmula nº 591/2017 (1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça) e julgado da mesma Corte, onde se consignou a possibilidade de utilização de prova emprestada para instrução de processo administrativo, “*desde que seja também observado no âmbito administrativo o devido processo legal*” (SEI nº 1600508, parágrafo 33). Transcreve-se, ainda, julgado do TJ/AM, onde se afirma que “*faz-se necessária a observância do contraditório no processo de origem, assim como no processo de destino, considerando-se que, neste último, a prova mantenha a natureza originária*” (idem, parágrafo 34). Além disso, o ordenamento jurídico pátrio vedaria a fundamentação de uma decisão condenatória com base, exclusivamente (ou, ao menos, sobremaneira), em provas emprestadas. Em reforço ao argumento, menciona-se outra jurisprudência do STF (SEI nº 1392602, parágrafo 24).

Novamente, tem-se na manifestação da empresa após o Relatório Final a reiteração de argumentos suscitados em suas três principais peças de defesa juntadas aos autos, mencionadas anteriormente: SEI nºs 1392602 (parágrafos 11/24), 1600508 (parágrafos 31/34 e 50/52) e 1718274 (parágrafos 15/18). Quanto ao tema, no Relatório Final a CPAR ressaltou que a exigência de identidade de partes e de contraditório nos processos de origem e destino das provas é defendida por corrente doutrinária minoritária e, além disso, não teria amparo na legislação. Foram citadas jurisprudências e doutrinas majoritárias nesse sentido (parágrafos 22/23, SEI nº 1736100).

De fato, verifica-se que a jurisprudência atual firmou-se conforme consignado no Relatório Final. Nesse sentido, no julgamento pelo STJ dos embargos de divergência EREsp nº 617.428/SP (Rel. Min. Nancy Andrighi), registrou-se na ementa:

(...) a prova emprestada não pode se restringir a processos em que figurem partes idênticas sob pena de se reduzir excessivamente sua aplicabilidade, sem justificativa razoável para tanto.

Independentemente de haver identidade de partes, o contraditório é o requisito primordial para o aproveitamento da prova emprestada, de maneira que, assegurado às partes o contraditório sobre a prova, isto é, o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente, afigura-se válido o empréstimo.

Do voto da Ministra Relatora, destaca-se:

Nos presentes embargos de divergência, contudo, impõe analisar se o fato de não terem figurado as mesmas partes no processo em que produzida a prova emprestada implica seu desentranhamento e conseqüente nulidade dos atos decisórios nela fundamentados.

(...)

Em vista das reconhecidas vantagens da prova emprestada no processo civil, é recomendável que essa seja utilizada sempre que possível, desde que se mantenha hígida a garantia do contraditório. No entanto, ao contrário do que pretendem os embargantes, a prova emprestada não pode se restringir a processos em que figurem partes idênticas, sob pena de se reduzir excessivamente sua aplicabilidade, sem justificativa razoável para tanto.

Ora, independentemente de haver identidade de partes, o contraditório é o requisito primordial para o aproveitamento da prova emprestada. Portanto, assegurado às partes o contraditório sobre a prova, isto é, o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente, afigura-se válido o empréstimo.

Nesse sentido, lecionam Marinoni e Arenhart:

*Por fim, cabe imaginar a situação em que se busca emprestar prova de um processo, em que litigaram “A” e “B”, para um processo entre “A” e “C”, ou para um processo entre “C” e “D”. Nessas hipóteses, ou apenas uma das partes é identificada com a do processo em que a prova foi produzida, ou nenhuma das partes é idêntica. Em tais situações, como o contraditório das partes não foi garantido na produção da prova, **será necessário examinar se é possível cumprir com tal garantia no processo para o qual se pretende exportar a prova. Sempre que for possível garantir o contraditório – com a mesma eficácia que se teria caso o contraditório houvesse sido observado no processo primitivo – o empréstimo da prova será admissível. Caso contrário, em princípio, a prova emprestada será inviável.***

(MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil: Processo de conhecimento, v. 2. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 289-290)

*Na hipótese dos autos, os embargantes não formularam pedido de produção de prova para infirmar as conclusões da prova pericial emprestada, como também não impugnam diretamente a perícia realizada. **A insurgência dos embargantes direciona-se apenas para a inadmissibilidade, em tese, da prova emprestada, nada contestando quanto ao seu conteúdo.***

Por oportuno, trago trecho do acórdão embargado, no que toca à garantia do contraditório:

*Neste ponto, anoto que os recorrentes não indicam objetivamente qualquer óbice ao exercício de seu direito ao contraditório. Tampouco negam a correção da perícia que veio aos autos por empréstimo e que atesta, de forma cabal, a falsidade da documentação que está na origem de toda esta demanda. Impugnam, apenas, a própria existência da prova emprestada. (...) Os recorrentes nunca discutiram a juntada da prova emprestada aos autos (ela instruiu a petição inicial, como relatado acima) ou infirmaram a nulidade da assinatura do pároco. Tampouco pleitearam a produção de nova perícia a fim de afastar a falsidade. **Impugnam, genericamente, a possibilidade (em abstrato) da apreciação da prova emprestada: buscam anular o processo pelo simples fato de ter sido apreciada a prova emprestada, sem jamais terem infirmado o seu conteúdo (a nulidade do título) ou confirmar sua validade.** (fls. 11.912-11.913 – vol. 35)*

É de se concluir, pois, que as partes deixaram, por opção própria, de exercer o seu direito a impugnar a prova emprestada, não havendo qualquer mácula ao princípio do contraditório no presente processo, de modo que o empréstimo deve ser preservado.

Outrossim, a ausência de demonstração pelos embargantes do prejuízo eventualmente advindo do aproveitamento da prova emprestada nos autos inviabiliza o reconhecimento da nulidade aventada, haja vista que a análise das nulidades no processo civil impescinde da prova do prejuízo.

(grifamos)

Quanto à natureza com que deve ser recebida a prova emprestada, a Ministra Relatora cita entendimentos firmados no REsp 836.158/SP e no REsp 683.187/RJ de que “*prova pericial trasladada para outros autos, como prova emprestada, passa à categoria de prova documental*”. No mesmo sentido, a CPAR cita ensinamento de Renato Brasileiro (parágrafo 24 do Relatório Final) de que a identidade de partes e o contraditório no processo de origem servem apenas para que a prova mantenha a sua natureza. Caso contrário, transforma-se em prova documental, mas não em prova ilícita, como argumenta a defesa.

Acerca da utilização da prova compartilhada para se fundamentar decisão condenatória, o STJ também não vislumbra impedimento, conforme ementa a seguir (REsp nº 1.561.021/RJ, Rel. p/ Acórdão Min. Nefi Cordeiro, DJe 25/04/2016):

No processo penal, admite-se a prova emprestada, ainda que proveniente de ação penal com partes distintas, desde que assegurado o exercício do contraditório.

Inexiste nulidade na condenação baseada em depoimento de testemunha colhido em outro processo criminal, uma vez oportunizada a manifestação das partes sobre o conteúdo da prova juntada, resguardando-se o direito de interferir na formação do convencimento judicial.

(grifamos)

A situação analisada na jurisprudência acima assemelha-se a que se tem nos autos deste PAR, com sua utilização como argumento importante na sugestão de decisão condenatória, consignada no Relatório Final. As provas compartilhadas, que sobremaneira fundamentaram o convencimento final do Colegiado, tiveram origem em outro processo, do qual a Tratenge não fez parte. Conforme o entendimento jurisprudencial acima transcrito, não há qualquer óbice em que seja fundamentada a condenação com base nesse tipo de prova. Em reforço a esse entendimento, destaca-se outro trecho do mesmo julgado do STJ, extraído do voto do Ministro Nefi Cordeiro (Relator para o Acórdão):

As provas no processo penal só exigem forma quando a lei o preveja, no mais aplicando-se apenas exigências do contraditório e da ampla defesa. A prova emprestada não tem forma prevista na lei; pode ela ser realizada, desde que seja moral, e sobre isso não temos qualquer questionamento. A única exigência, então, é que essa prova seja submetida ao contraditório, ou seja, à oportunidade de desdizer e de contraprovar. Nesse limite, a mera ciência da juntada de qualquer documento e de qualquer prova de outros autos ou de qualquer fonte, inclusive particular, pode ser admitida em qualquer fase do processo, e isso é expresso na letra da lei quando admite a juntada de documentos mesmo em fase de apelação.

Aqui houve a juntada da prova emprestada e manifestações posteriores das partes Nessas manifestações houve sim pedido de contraprovar ou até de complementação da prova, que o Juiz entendeu desnecessário no prudente critério que temos admitido ser possível ao julgador da causa. Então, ***oportunidade de desdizer houve, oportunidade até de pleitear provas também. A prova, então, precisa sim ser admitida como válida.***

O que se pode discutir, mas não pode ser objeto de habeas corpus, é o valor dessa prova. Se ela vai valer do mesmo modo que uma testemunha ouvida no mesmo processo, sob o contraditório das mesmas partes, se ela terá o valor de um informante, se ela terá o valor de um documento, se ela terá o valor de um mero indício, enfim, é critério de valoração da prova, mas válida essa prova é, não violando nenhuma norma legal, e não violando tampouco o princípio constitucional do contraditório.

Nesse limite, não vejo ilegalidade e denego o recurso especial.

(grifamos)

Por todo o exposto, entende-se que assiste razão à CPAR, quando afirma não haver objeção à fundamentação da condenação nesse tipo de prova, sugerindo-se, por conseguinte, que seja rejeitada a arguição da defesa.

2.2.1.3. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI Nº 12.846/2013 E DO DECRETO Nº 8.420/2015.

Alega-se na manifestação após o Relatório Final que os 7º e 8º aditivos não seriam regidos pelas normas contidas na LAC. De acordo com a empresa, “*por configurarem-se os aditivos como mera extensão do negócio principal, também devem ser regidos pelas regras aplicadas ao primeiro, sob pena de novação no negócio jurídico*”. Em reforço ao argumento, cita-se jurisprudência do TRF da 5ª Região (parágrafo 39 da peça de defesa, SEI nº 1774300).

Porém, registre-se desde logo que tal julgado trata de modo genérico sobre a impossibilidade de se aplicar a LAC para fatos ocorridos e cessados anteriormente à sua entrada em vigor. Nada se afirma de específico que guarde relação com o entendimento da defesa de que os aditivos contratuais, no presente caso, deveriam ser considerados como fatos ocorridos antes da entrada vigor da Lei nº 12.846/2013.

Também se questiona a utilização do Decreto nº 8.420/2015, de 19/03/2015, para sancionar atos praticados no final de 2014, quando foram assinados os 7º e 8º aditivos. Ademais, a multa teria sido calculada com base no valor integral do contrato. Porém, no entendimento da defesa, a LAC deveria incidir e ser aplicada exclusivamente aos aditivos. Não se poderia considerar todos os serviços previstos no contrato para o cálculo da multa, pois alguns seriam anteriores à vigência da LAC.

De modo similar aos argumentos anteriores, a defesa já havia suscitado essa questão em suas manifestações precedentes, no decorrer do processo. Em resposta, no Relatório Final, a CPAR ressaltou que a LAC seria aplicável às infrações referentes ao 7º e 8º termos aditivos, pois os fatos teriam sido praticados no fim de 2014, já perfeitamente sob a vigência da LAC (parágrafo 31, doc. SEI nº 1736100).

Quanto a tal argumento, a CGUNE/CRG manifestou-se por intermédio da Nota Técnica nº 671/2020 (Processo nº 00190.101362/2020-89, SEI nº 1452367). Exarou-se o entendimento de que a prática de ato ilícito no âmbito do aditivo pode ser caracterizada como fato novo, passível de apuração com base na lei vigente à época em que pactuado o aditivo (item 5.1 da Nota Técnica da CGUNE/CRG, item “g”). Afinal, o agente (representante da empresa) poderia agir de modo diverso quando já vigente a nova legislação. Ou seja, quando comprovada a prática de novos ilícitos quando da celebração dos aditivos, justamente visando firmá-los, serão considerados como ilícitos autônomos, com aplicação da lei vigente à época da nova ação ilícita (item 4.57 da Nota Técnica nº 671/2020/CGUNE/CRG).

Importante destacar, portanto, que houve a prática de novas ações ilícitas por parte de

representante da Tratenge no momento da celebração dos 7º e 8º aditivos, quando já vigente o feixe de proibições da LAC, aplicável às ações do representante da empresa. Assim, não há que se falar em retroatividade da lei, mas aplicação da lei vigente quando praticados os novos atos ilícitos, relativos à celebração dos aditivos contratuais.

Quanto ao Decreto nº 8.420/2015, tratando-se de ato normativo secundário, não criou ou modificou as normas proibitivas previstas no art. 5º da LAC, apenas regulamentou-as. As sanções administrativas foram previstas no art. 6º da Lei nº 12.846/2013, aplicáveis desde quando entrou em vigor a referida Lei (29/01/2014). De igual modo, todas as diretrizes para a aplicação das sanções foram previstas na LAC. Encontra-se no art. 7º da referida Lei a estrutura medular para se dar concretude às sanções previstas no artigo precedente da referida lei, não havendo inovação legislativa indevida através do decreto presidencial.

Quanto à aplicação da multa com base no valor integral do contrato, o argumento será tratado em tópico posterior desta Nota.

2.2.1.4. IMPOSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA.

A empresa argumenta que não poderia ser responsabilizada objetivamente com base na LAC, pois o Decreto nº 8.420/2015 teria entrado em vigor após os fatos sob apuração. Desse modo, para que fosse responsabilizada, deveria ser avaliada sua culpabilidade, que não estaria comprovada nos autos, pois seus dirigentes não estariam diretamente envolvidos nos fatos que são objeto do PAR. Quanto aos atos praticados por ex-colaboradora da empresa, alega-se que “*não mantinha vínculo estatutário, não era Diretora e sequer tinha vínculo empregatício com a Empresa*”. Ademais, esses atos não teriam resultado em qualquer benefício à Tratenge.

Novamente, verifica-se que a empresa já havia suscitado essa questão em suas manifestações precedentes, no decorrer do *iter* procedimental. Nesse sentido cite-se, em complemento à última manifestação da empresa (ora sob análise), o contido doc. SEI nº 1600508 (parágrafo 80), que apresenta os supostos requisitos para a comprovação da culpabilidade:

“(...) a empresa somente poderá ser responsabilizada mediante a comprovação de que ela tenha (i) conduzido proativamente a produção de tais delitos de corrupção, mesmo que estes tenham sido praticados por terceiros que não integrem seus quadros; ou que, (ii) instigado a prática do delito corruptivo por iniciativa dos agentes públicos, nada fez para coibi-los (...)”.

A CPAR tratou do tema no Relatório Final de modo bastante sucinto e objetivo (SEI nº 1736100, parágrafo 32). Entende-se que assiste razão à CPAR, não devendo prosperar a alegação da empresa, mais uma vez. Isso porque as provas citadas no Termo Acusatório bem como no posicionamento final do Colegiado Processante não deixam dúvidas de que as tratativas foram realizadas após a entrada em vigor da LAC. Nesse sentido, vejam-se os e-mails constantes nos docs. SEI nºs 1269877 e seguintes.

Aplica-se, assim, o entendimento da CGUNE/CRG, exposto no item precedente desta Nota. Consequentemente, não há que se falar em responsabilidade subjetiva e comprovação de culpabilidade por parte dos diretores da empresa, devendo-se, ao contrário, observar o disposto nos arts. 1º e 2º da Lei nº 12.846/2013, que estabelecem explicitamente a responsabilização objetiva da pessoa jurídica, como afirma a CPAR no Relatório Final (Parágrafo 32).

Quanto ao vínculo de Maria Cristina de Resende, conforme registrou a CPAR no Relatório Final (item 5.2.1, parágrafo 80), ocupou o cargo de diretora de negócios (SEI nº 0987755, p.6), tratando-se de empregada imediatamente abaixo da direção superior.

Quanto à alegação de que a empresa não obteve qualquer benefício em razão dos atos praticados por sua então representante Maria Cristina de Resende, a CPAR bem consignou no parágrafo 61 do Relatório Final que se trata de apuração de ilícitos referentes aos ajustes entre concorrentes, os quais se consumam de imediato, independentemente de efetivo prejuízo à Administração Pública e de comprovação de lucro por parte da empresa.

2.2.1.5. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA.

Ainda antes de adentrar ao mérito, a Tratenge requer que se reconheça a prescrição da pretensão punitiva. Na manifestação após o Relatório Final (SEI nº 1749602) a empresa argumenta que:

I - A CPAR teria realizado interpretação retroativa quanto à prescrição, ao aplicar

entendimento proferido em parecer da CONJUR de 2017 a fatos ocorridos em 2011;

II - O Colegiado Processante teria se equivocado no entendimento sobre o marco interruptivo do prazo prescricional.

Sobre o primeiro item acima, alega-se que não se poderia utilizar um parecer de 2017 para se analisar a prescrição de fatos ocorridos em 2011, sob pena de se incorrer em indevida interpretação retroativa (parágrafo 51, doc. SEI nº 1749602). Não obstante, conforme jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça (STJ), não há falar em irretroatividade de interpretação jurisprudencial, uma vez que o ordenamento jurídico proíbe apenas a retroatividade da lei penal mais gravosa. Portanto, conforme o entendimento da referida Corte Superior, o princípio da irretroatividade se refere à lei penal, não se aplicando em relação à orientação jurisprudencial nova (nesse sentido, dentre outros precedentes: AgRg no RHC 143.050/SP, Rel. Min Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, julgado em 16/03/2021, DJe 19/03/2021; AgRg nos Edcl no REsp 1.359.408/SP, Rel. Min Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 10/08/2021, DJe 16/08/2021). Em decorrência, aplicando-se o mesmo entendimento à seara administrativa, entende-se que deve prevalecer o entendimento da Comissão, aplicando-se o teor do Parecer nº 294/2017, da CONJUR/CGU, citado no parágrafo 33 do Relatório Final da CPAR.

Quanto ao lapso prescricional, infere-se do contido nos parágrafos 53/55 da manifestação da Tratenge (SEI nº 1749602) que, na ótica da empresa, a interrupção se daria com o termo acusatório. Não obstante, no caso dos ilícitos previstos na Lei nº 8.666/93, diz a Lei nº 9.873/99 (art. 1º, § 2º) que se interrompe a prescrição da ação punitiva por qualquer ato inequívoco que importe apuração do fato. De modo similar, o art. 25, § único da LAC afirma que a "*a prescrição será interrompida com a instauração de processo que tenha por objeto a apuração da infração*".

Desse modo, também não merece prosperar tal argumentação da empresa.

2.2.1.6. CONDENAÇÃO COM BASE EM INDÍCIOS E CONVENCIMENTO FINAL FIRMADO EM JUÍZO DE PLAUSIBILIDADE.

Na parte da manifestação relacionada ao mérito, a defesa condena o uso de indícios para se firmar o convencimento final. Ademais, reprova-se a proposta de sanção com base em um juízo de probabilidade ou verossimilhança (parágrafos 57, 59, 63, 78, 80, 81 e 86 do doc. SEI nº 1749602). As críticas recaem sobre as afirmações feitas pela CPAR de que "*boa parte do acervo do PAR consiste em indícios, e não em provas*" e de que seria possível a condenação com base somente em indícios, que seriam diferentes de verdadeiras provas (SEI nº 1736100, parágrafo 35). Não obstante, no mesmo parágrafo a CPAR menciona farta e pacífica jurisprudência quanto à possibilidade de condenação com base exclusivamente em indícios.

Trata-se, em realidade, de uma confusão de entendimentos devido à polissemia da palavra "*indícios*". Conforme ensina a doutrina^[7], o vocábulo possui dois principais significados: a) indício de prova; e b) prova por indício. Na primeira acepção, o indício seria apenas um indicativo quanto à ocorrência de um fato, uma possibilidade dentre outras que se mostram possíveis de terem ocorrido. Trata-se de um princípio ou começo de prova, que não é capaz de gerar convencimento quanto à ocorrência do fato sob apuração, apenas uma possibilidade. Porém, em determinadas situações o Direito Processual autoriza sua utilização para fundamentar decisões realizadas em cognição sumária, não exauriente, como no caso das cautelares.

No segundo significado (prova por indício) o indício é um fato indicador a partir do qual (através de um raciocínio inferencial) é possível compreender o fato que é objeto de apuração no processo. É o sentido empregado pelo art. 239 do Código de Processo Penal, que admite a utilização dos indícios para fundamentar uma decisão condenatória.

Embora a CPAR tenha sugerido que estaria se utilizando de "indícios" como "indício de prova" (conforme redação do parágrafo 35 do RF), a transcrição da jurisprudência que se segue à afirmação não deixa dúvidas de que se está a tratar de verdadeiras provas por indícios (prova indireta), e não de meras suspeitas.

Outrossim, consoante a doutrina mais moderna^[8], quando se trata de valoração da prova, não há qualquer diferença qualitativa entre provas diretas e indiretas, sendo ambas capazes de sustentar um decreto condenatório, sendo que sua valoração dependerá sempre do caso em

concreto. Registre-se além do mais que, quando a CPAR fala em “plausibilidade” (parágrafo 49 do Relatório Final) para fundamentar seu posicionamento final condenatório, deve-se considerar que “*toda prova conduz a não mais do que uma probabilidade, ainda que elevada, de um fato*”^[9].

Portanto, não há qualquer irregularidade na utilização dos indícios pela CPAR para firmar seu convencimento, conforme exposto no Relatório Final. De igual modo, não se vislumbra qualquer anomalia ao se falar em plausibilidade para se firmar o convencimento derradeiro, pois o que se tem em qualquer processo é uma provável compreensão dos fatos a partir das provas existentes (diretas e indiretas), sejam elas quais forem.

Deve-se, no entanto, atentar para o convencimento realizado com base em probabilidade capaz de suplantar a dúvida razoável, de modo a se obedecer ao princípio do *in dubio pro reo*. Quanto a esse entendimento parece concordar a própria defesa, conforme se depreende da leitura do parágrafo 86 da manifestação da empresa (SEI nº 1736100). Assim, mais do que questionar a utilização dos termos “*indícios*” e “*plausibilidade*” empregados pela CPAR, deve-se avaliar a qualidade e a força das provas, verificando se são, de fato, capazes de afastar a dúvida razoável quanto à inocência da empresa. É o que se passa a analisar no tópico a seguir.

2.2.1.7. SUPOSTOS VÍCIOS RELATIVOS À FASE LICITATÓRIA.

A partir do parágrafo 61 da manifestação ao Relatório Final (SEI nº 1749602), a defesa trata de rebater o conjunto de evidências que dão suporte ao convencimento final da CPAR. Para contestar a acusação de conluio na fase licitatória, são utilizados basicamente dois argumentos: a) O Acórdão TCU (Plenário) nº 1999/2012 teria considerado sanável todo e qualquer vício relativo à fase licitatória em prol do interesse maior da contratação, autorizando sua continuidade; b) O laudo da Polícia Federal teria concluído pela impossibilidade de identificação do conluio.

Trata-se de argumentação já suscitada anteriormente pela empresa, sendo enfrentada pela CPAR no Relatório Final, onde se consignou que “*o cumprimento das determinações do TCU não “apaga” ilícitos referentes aos ajustes entre concorrentes, os quais se consomem de imediato, independente de efetivo prejuízo à Administração pública*” (parágrafo 61, doc. SEI nº 1736100).

A defesa induz a se acreditar que haveria oposição de entendimentos entre a CPAR e a Corte de Contas, quando em realidade não há. As análises tiveram propósitos distintos. Ademais, pela leitura do Acórdão nº 1999/2012, citado pela defesa, verifica-se que a área técnica do TCU manteve seu posicionamento quanto à existência de fortes indícios de irregularidades relacionados à concorrência para a ampliação do Hospital Universitário, inclusive quanto ao conluio entre os licitantes. Afirma-se na página 18 do Acórdão (onde está transcrita a manifestação da unidade técnica) a “*presença de fortes indícios de conluio entre as licitantes*”. O Ministro Relator não afastou a existência de tais elementos probatórios relativos ao conluio, apenas a continuidade das investigações e ressaltou que a Corte de Contas já havia comunicado a Polícia Federal, “*que dispõe de um leque mais amplo de recursos investigativos, e poderá, com certeza, avançar mais no deslinde dessa questão*” (parágrafo 80 do Acórdão nº 1999/2012).

Justamente em decorrência das investigações criminais é que vieram aos autos do presente PAR elementos probatórios relacionados ao conluio, que se somam às provas por indícios citadas pelo TCU no Acórdão nº 1999/2012. Tais evidências foram citadas na peça acusatória elaborada pela CPAR em face da Tratenge (SEI nº 1266581, parágrafos 12/13):

Além dessas evidências, há nos autos informação de que Maria Cristina Resende, representante da empresa processada e responsável pela apresentação das propostas no certame, possui vínculo profissional com a outra licitante, a empresa SANTA BÁRBARA, até poucos meses antes da Concorrência nº 01/2011.

Essa vinculação pode ser verificada em depoimento prestado por Maria Cristina à Polícia Federal e através de mensagens de e-mail obtidas a partir do afastamento do sigilo telemático autorizado pela Justiça.

Outra evidência que reforça a tese de conluio entre as empresas TRATENGE e SANTA BÁRBARA S.A. é a quantidade excessiva de contatos telefônicos mantidos entre elas pouco antes da Concorrência nº 01/2011. A quebra de sigilo telefônico autorizado pela Justiça entre os dias 27/07/2011 e 30/11/2011, revelou que a representante da empresa Tratenge, Maria Cristina, falou 826 vezes com Antonio Zeferino Filho, agente ligado à empresa Santa Bárbara, e 03 vezes, diretamente, com a empresa SANTA BÁRBARA ENGENHARIA S.A. SEI nº 1269865 e 1269872.

Ademais, outra prova citada pela CPAR na peça acusatória também reforça essa

caracterização do conluio entre as empresas desde a concorrência. Afirma-se no parágrafo 14 (SEI nº 1266581) que a Sra. Maria Cristina, na qualidade de representante da Tratenge, solicitou, por e-mail a Antonio Zeferino, a apresentação de proposta de cobertura para participação no Pregão nº 13/2014. Apesar de se tratar de prova diretamente relacionada ao referido pregão, posterior à Concorrência nº 01/2011, também serve como prova indiciária do relacionamento escuso, tornando ainda mais provável que o conluio tenha se dado desde a referida concorrência. O mesmo raciocínio se aplica às demais provas, sobre as fraudes aos termos aditivos (item II da peça acusatória, SEI nº 1266581), que servem como elemento indiciário de que as ilicitudes ocorriam desde o início do certame, em 2011.

Ressalte-se também que, sobre o conteúdo desses elementos probatórios, a manifestação após o Relatório Final nada diz, não o confronta.

Quanto ao laudo da Polícia Federal (segundo ponto central da defesa abordado neste tópico), afirma-se que a PF "*concluiu pela impossibilidade de afirmar que as planilhas de preços teriam sido elaboradas conjuntamente pelas licitantes*" (parágrafo 68, SEI nº 1774300). O argumento da defesa também foi enfrentado pela CPAR no Relatório Final (parágrafo 62). Primeiramente, registre-se que tal documento policial não nega a existência de conluio, apenas afirma não ser possível comprová-lo com os elementos nele constantes. Corrobora-se o entendimento do Colegiado Processante de que as informações contidas no referido documento policial foi mais uma prova indiciária, analisada em conjunto com as demais, já mencionadas, que justamente quando vistas em conjunto são capazes de suplantar a dúvida razoável, obedecendo, assim, à aplicação do princípio do *in dubio pro reo*, isto é, a condenação fundamentada em elementos probatórios fortes o suficiente para afastar a presunção de inocência.

Portanto, ao contrário do que sugere a defesa, não há conflito entre o entendimento da CPAR e os posicionamentos da Polícia Federal e do TCU, pelo contrário.

2.2.1.8. SUPOSTA FRAUDE AOS 7º E 8º TERMOS ADITIVOS DO CONTRATO.

Inicialmente, a empresa foi acusada de: a) ter obtido acesso indevido a documentos públicos (relacionados com o processo de aprovação dos aditivos contratuais), pois deveriam ser de acesso interno, restrito aos servidores da UFJF; e b) através de sua representante (Maria Cristina Resende), ter auxiliado na contrafação de documentos públicos, necessários ao processo de aprovação dos aditivos contratuais.

No Termo de Indiciamento consignou-se o entendimento de que as condutas praticadas pela representante da adjudicatária tiveram por finalidade "*permitir à empresa TRATENGE maximizar os seus ganhos*" (SEI nº 1266581, parágrafo 19). Quanto ao enquadramento, indicou-se o tipo previsto no art. 5º, inc. IV, alínea "f" da LAC, que trata da atuação fraudulenta visando a obtenção de lucro.

Na defesa, a empresa argumentou que os aditivos foram necessários, em razão de deficiências no projeto básico e exigências feitas por outros órgãos públicos que resultaram na alteração da obra e aumento dos custos, devendo a empresa ser ressarcida desses valores (SEI nº 1392602, parágrafos 48/67).

Em seguida, a CPAR decidiu aditar a peça acusatória, alterando o enquadramento inicialmente previsto para os fatos em questão, substituindo-se a alínea "f" pela "d", ambas do art. 5º, inc. IV da LAC. Entendeu-se que não se estaria a tratar de vantagens ou benefícios ilícitos auferidos com a fraude na celebração de aditivos, mas "*com suposta fraude na obtenção dos aditivos em si*" (SEI nº 1430643).

Ou seja, independentemente de ser legítima a celebração dos aditivos, o que se estava a questionar era o modo adotado pela representante da Tratenge (Maria Cristina de Resende) para ver atendido o pleito da empresa (isto é, a celebração desses contratos complementares), fraudando o processo interno de aprovação dos aditivos no âmbito da UFJF, visando ser ressarcida dos valores que já havia despendido na obra e não estavam previstos no contrato inicial.

Não obstante a alteração da acusação, a Tratenge reiterou os argumentos inicialmente apresentados (SEI nºs 1600508 e 1600583). Do mesmo modo, em nova manifestação da empresa após a oitiva das testemunhas, idênticos argumentos foram lançados (SEI nº 1718274). Em suma, portanto, até então, a empresa estava insistindo na tese de que os aditivos eram necessários, embora a questão suscitada na acusação fosse outra, de que a empresa adotou postura indevida no curso do processo de aprovação dos aditivos.

No Relatório Final, a CPAR frisou que não se estava a discutir a necessidade (ou não) de que os aditivos fossem celebrados, mas o fato de que Maria Cristina de Resende teve acesso a minutas de documentos públicos que deveriam ser de trâmite exclusivamente interno da UFJF e, ademais, auxiliou ativamente na confecção de documento fraudulento pós-datado para burlar a fiscalização, conforme diversas evidências (e-mails). Trata-se de ilícitos que se consumam de imediato, independente de efetivo prejuízo à Administração Pública e/ou lucro à empresa, bastando que se tenha acesso indevido à documentos públicos e o documento que deu suporte ao aditivo seja fraudado.

E o Colegiado complementou seu entendimento com as seguintes observações (SEI nº 1736100, parágrafo 69):

“Acrescentamos também outros indícios não impugnados pela Tratenge, tais como o significativo trabalho de agentes públicos da UFJF em forjar documento pós-datado para apresentar ao TCU (SEI 0987815, pp. 23 a 35), que chegaram ao ponto de inseri-lo em um “apenso” para não comprometer a numeração das folhas do processo original. Ora, a numeração sequencial de folhas, além de ser mecanismo de organização, visa evitar exatamente esse tipo de fraude.”

Na última manifestação (após o Relatório Final) a empresa insistiu na questão relativa à licitude dos aditivos em si. Na ótica da defesa, eles seriam devidos, corretos do ponto de vista técnico e apoiados em parecer jurídico da UFJF. Afirmou-se que a própria CPAR teria concordado que esses aditivos seriam lícitos.

Não obstante, pela leitura do Relatório Final resta evidente que a CPAR não adentrou no mérito quanto à licitude dos aditivos em si. Afirmou, tão-somente, que essa questão é indiferente para o presente apuratório. Novamente, frisou-se que a discussão centra-se nos meios adotados pela Tratenge (através de sua representante Maria Cristina de Resende) para a celebração desses aditivos. Os e-mails citados na peça acusatória demonstram que houve acesso indevido a análises internas da UFJF e fraude na produção de documentos públicos que deram suporte à celebração dos aditivos. E a empresa, através de sua representante, colaborou significativamente com essa fraude, conforme comprovam os citados e-mails.

Em outra passagem da manifestação após o Relatório Final, a empresa esforça-se em convencer que as tratativas realizadas pela sua representante (Maria Cristina de Resende), no curso do processo de aprovação dos aditivos contratuais teriam sido lícitas. Nesse sentido, afirma-se que seria absolutamente normal a troca constante de informações entre contratante e contratado, de modo a se aprimorar a relação contratual. De fato, não há nenhum mal nisso, contanto que não se busque adulterar documentos públicos. O que se tem provado nos presentes autos (através dos diversos e-mails que fundamentaram a peça acusatória e foram mencionados no Relatório Final) é a atuação da empresa na fraude a documento público que deu suporte à celebração dos aditivos.

O entendimento da CPAR está alicerçado na Lei nº 12.846/2013, que não tolera qualquer ato fraudulento relacionado a licitações e contratos públicos delas decorrentes. Assim, por exemplo, no art. 5º da LAC, inc. IV, alínea "b", tipifica como ato lesivo à Administração Pública a fraude a " *qualquer ato de procedimento licitatório público*". A alínea "d" do mesmo inciso, por sua vez, conforme ensina a doutrina, possui caráter subsidiário, "*devendo ser aplicado quando não houver a possibilidade de enquadramento exclusivo em outro dispositivo, consistindo na mais ampla das infrações relacionadas a licitações e contratos administrativos previstos na Lei Anticorrupção, que, de certa maneira, pela generalidade de seus termos, abrange a quase totalidade dos demais ilícitos previstos no inciso IV, do art. 5º da LAC*" [10]. No mesmo sentido, afirma ZIMMER [11] que se trata de ato lesivo de natureza residual, que fere bem jurídico protegido pela LAC, aplicável quando a conduta dolosa do agente infrator não se enquadrar nas demais hipóteses; proíbe-se, através do referido dispositivo, a inserção de quaisquer elementos fraudulentos nos documentos que dão suporte às contratações públicas.

Na sequência, a defesa argumenta que não se estabeleceu uma correlação entre a troca de e-mails e a prática do ato de corrupção de fraudar um contrato público (parágrafos 96/97). Trata-se de negativa genérica, que não se sustenta. Pela leitura do Termo de Indiciamento verifica-se que nos parágrafos 21 e seguintes (SEI nº 1266581) faz-se minucioso detalhamento do raciocínio relativo à fraude aos documentos que se referem aos aditivos contendo, inclusive, o nome completo de cada um deles, o que torna evidente sua relação umbilical com a celebração dos aditivos. Do mesmo modo, no Relatório Final (parágrafos 67 e seguintes, SEI nº 1736100) traz-se a especificação da troca de e-mails contendo os documentos relativos aos aditivos.

Quanto ao acesso a documentos internos da UFJF, a defesa se apega devotamente ao termo "sigiloso", utilizado pela CPAR, para questionar em qual das hipóteses de sigilo previstas na Lei de Acesso à Informação (LAI) eles se enquadrariam, para justificar esse adjetivo (parágrafo 98). Verifica-se que a defesa tenta criar um requisito inexistente. Em realidade, a irregularidade de que foi acusada a empresa independe de tal enquadramento. O que importa é que a empresa obteve acesso a análises internas em curso na UFJF, que se tornariam públicas após consolidadas. Conforme restou consignado nos parágrafos 21 e 22 do Termo de Indiciamento (SEI nº 1266581), trata-se de ingerência indevida da empresa em documentos ainda sob análise interna, destinados a avaliar a necessidade dos aditivos.

Quanto à utilização de trechos dos depoimentos das pessoas ouvidas no curso do processo como contra-argumento, verifica-se que foram utilizados para sustentar a tese de que os aditivos eram necessários e que seu teor era lícito. Conforme visto anteriormente, essa questão é indiferente para o presente apuratório. Ademais, cita-se depoimentos de pessoas intimamente relacionadas com as irregularidades, sob investigação no âmbito penal e na seara disciplinar através do PAD nº 00190.106012/2018-94, de modo que suas afirmações devem ser tomadas com cautela, valoradas levando-se em consideração esse relacionamento estreito que possuem com os fatos.

2.2.1.9. CONCLUSÃO DOS INDÍCIOS.

Quanto a este tópico da defesa, inicialmente, a respeito do uso de prova indiciária para a caracterização de fraude à licitação, cabe transcrever o seguinte trecho do voto condutor do Acórdão 57/2003-Plenário (Ministro-Relator Ubiratan Aguiar), onde se frisa que se trata de tipo de prova essencial para a caracterização de ilícitos como os que se tem sob apuração neste PAR[12]:

5. (...). Entendo que prova inequívoca de conluio entre licitantes é algo extremamente difícil de ser obtido, uma vez que, quando 'acertos' desse tipo ocorrem, não se faz, por óbvio, qualquer tipo de registro escrito. Uma outra forma de comprovação seria a escuta telefônica, procedimento que não é utilizado nas atividades deste Tribunal. Assim, possivelmente, se o Tribunal só fosse declarar a inidoneidade de empresas a partir de 'provas inquestionáveis', como defende o Analista, o art. 46 se tornaria praticamente 'letra morta'.

(grifamos)

Conforme observado pela doutrina[13], atenta a essa realidade descrita pelo então Ministro da Corte de Contas Ubiratan Aguiar, a jurisprudência brasileira tem ressaltado a relevância e pertinência da utilização das provas indiciárias, sendo exemplo paradigmático nesse sentido sua aplicação no julgamento da Ação Penal nº 470, popularmente conhecida como "Mensalão".

Sua admissão na jurisprudência pátria, inclusive para fins de condenação criminal, tem por pressuposto (conforme já registrado anteriormente nesta Nota) que o conceito de "verdade real" é inatingível e que toda prova produzida será sempre uma prova de probabilidade[14]. Conforme a doutrina mais moderna[15], há que avaliar os elementos probatórios em seu conjunto, buscando identificar qual a melhor hipótese para explicar essa soma de informações. A valoração probatória passa por uma análise comparativa, verificando a hipótese mais plausível para explicar todas as evidências. Assim, é impossível afastar completamente todas as demais hipóteses, apenas selecionar a que melhor explica essas evidências, sem deixar parte dos fatos sem explicação convincente.

Com tais considerações, retoma-se a análise da última manifestação da defesa, apresentada após o Relatório Final.

Embora as justificativas trazidas para cada uma das provas indiciárias não possam ser afastadas por completo quando analisadas individualmente, vistas em seu conjunto é que se verifica como melhor hipótese aquela trazida pela CPAR no Termo de Indiciamento e no Relatório Final. Conforme observado pelo Juízo competente no processo criminal (SEI nº 0987755, p. 10), "*somente é possível compreender toda a suposta trama criminosa ao se cotejar os resultados das auditorias promovidas pelo Tribunal de Contas da União com as investigações da Polícia Federal e os dados reunidos pelo Ministério Público Federal, a partir do afastamento do sigilo de e-mails e de registros telefônicos dos investigados*".

Ademais de se apresentar como a hipótese mais plausível, entende-se que se encontra em grau significativamente superior às demais possibilidades, mais do que suficiente para suplantar a dúvida razoável. Em especial, torna-se muito difícil considerar outra hipótese quando se está diante de diversas provas convergentes quanto a práticas ilícitas ocorridas desde o processo licitatório (já na celebração da

Concorrência nº 9/2010, objeto do Acórdão TCU nº 1.084/2011, carregadas para a Concorrência nº 1/2011) e que se seguiram posteriormente, na celebração dos aditivos, destacando-se:

a) e-mails que demonstram esforço conjunto de representante da Tratenge e servidores da UFJF para fraudar documento público (doc. SEI nº 0987755, p. 56 e 89/90, docs. extraídos do IPL, Ap. V);

b) inúmeros contatos telefônicos entre tais pessoas às vésperas da licitação (doc. SEI nº 0987755, p. 27/28);

c) admissão de sobrepreço por parte da UFJF (de modo inusitado, conforme parágrafo 53 do Relatório Final e doc. SEI nº 0987755, p. 4/5);

d) imediato desconto de quase 8 (oito) milhões a pedido do TCU (doc. SEI nº 0987755, p. 6);

e) relacionamento estreito entre as empresas Santa Bárbara e Tratenge, através de Maria Cristina (vide doc. SEI nº 0987755, p. 22/23);

f) súbita desistência da Santa Bárbara no momento da abertura das propostas, com a consequente renúncia ao resultado da licitação (doc. SEI nº 0987755, p. 16/18).

Como se nota, são muitas provas convergentes, tendo como elo a representante da Tratenge, Sra. Maria Cristina de Resende. Destarte, a hipótese suscitada pela defesa, de que se trata de mera aparência de ilicitude e houve mera coincidência de diversas provas apontando no mesmo sentido, em que pese não seja impossível de ter ocorrido, certamente é, de longe, a menos provável.

2.2.1.10. PENALIDADES SUGERIDAS.

Quanto à dosimetria da pena, a primeira crítica da defesa reside na utilização do Decreto nº 8.420/2015 para o cálculo da multa. Afirma-se que seria ilegal a aplicação desse decreto para fatos praticados antes de sua edição. Não obstante, a crítica não merece prosperar. A aplicação de decretos regulamentadores a fatos anteriores a ele é admitida, contanto que não se trate de restrição mais gravosa do que aquela prevista na lei que está a regulamentar. A Constituição Federal protege as pessoas de detalhamentos que sejam mais gravosos, conforme reconhecido pelo STF (nesse sentido, veja-se a ADI 605 MC/DF, Rel. Ministro Celso de Mello).

O Decreto nº 8.420/2015 confere apenas executoriedade às normas previstas na LAC, não criando restrições mais gravosas do que as previstas na referida lei. Quando praticados os atos pela empresa (através de sua representante), já estavam previstas na LAC as normas que regiam essa atuação. O referido decreto nada trouxe de mais gravoso a essa realidade, ou seja, não trouxe qualquer insegurança jurídica, pelo contrário.

Dando-se sequência à análise, tem-se as seguintes críticas por parte da empresa acerca do cálculo da multa e definição da PEDC:

a) Definição do limite mínimo para o valor da multa (parágrafos 122/131);

b) A Sra. Maria Cristina de Rezende nunca teria feito parte da diretoria da Tratenge e sequer era funcionária, mas apenas prestadora de serviço, de modo que a atribuição de 2% no cálculo seria equivocada (parágrafos 133/134);

c) Utilização de anos diferentes para aferir os índices de solvência geral, liquidez geral e resultado (2014) e a base de cálculo do acréscimo de 1% (2015) - parágrafos 135/136;

d) Aplicação de alíquota de 3% sobre o valor total do contrato, quando deveria incidir apenas sobre os 7º e 8º aditivos, pois somente estes foram firmados quando já vigente a LAC (parágrafo 137);

e) O valor da multa seria desarrazoado/desproporcional - parágrafos 138/148;

f) A quantidade de dias estabelecida pela CPAR para a PEDC seria desarrazoada/desproporcional (parágrafos 150/153).

Quanto ao primeiro argumento acima elencado, critica-se o piso da multa (calculado no parágrafo 88 do Relatório Final) com base no valor total dos contratos fraudados. Conforme a defesa, não se poderia incluir nesse cálculo serviços prestados e lucros obtidos antes da vigência da LAC. Não

obstante a crítica, verifica-se que a CPAR realizou o cálculo conforme dispõem o Decreto nº 8.420/2015 e a Instrução Normativa CGU nº 2/2018, sendo considerados todos os instrumentos contaminados em razão dos atos lesivos, ou seja, o contrato inicial e seus aditivos (de acordo com o Manual Prático para o Cálculo de Sanções da CGU, p. 25).

Sobre o tipo de vínculo de Maria Cristina de Resende com a Tratenge, a defesa limita-se em negar que tenha ocupado o cargo de *Diretora de Negócios*, sem trazer qualquer elemento que permita avaliar a veracidade de tal negativa. Porém, nos autos do processo criminal encontra-se e-mail da Sra. Maria Cristina de Resende em que declara ser Diretora de Negócios da Tratenge (vide doc. SEI nº 0987755, p. 92/93 e autos IPL, Apenso V, fls. 402).

Quanto à utilização de anos diferentes para os cálculos (2014 e 2015), decorre de sutileza normativa. A Lei nº 12.846/2013 (art. 6º) determina que os dados para o cálculo da multa devem ser extraídos do ano anterior ao da instauração do PAR: “*I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo*”. E, caso não seja possível utilizar os dados do ano anterior ao da instauração, então se aplica a regra do art. 22 do Decreto (ano em que ocorreu o ato lesivo). No entanto, o Decreto 8.420/2015 (art. 17) diz que, **especificamente para o cálculo dos índices contábeis** referentes à situação econômica, o ano utilizado deve ser o ano anterior ao do ato lesivo: “*IV - um por cento para a situação econômica do infrator com base na apresentação de índice de Solvência Geral - SG e de Liquidez Geral - LG superiores a um e de lucro líquido no último exercício anterior ao da ocorrência do ato lesivo*”.

Em relação à alíquota de 3%, definida pela CPAR em razão dos contratos mantidos ou pretendidos com o órgão ou entidade lesado (parágrafo 137 das alegações finais da empresa), trata-se de dosimetria estipulada pelo Decreto nº 8.420/2015, art. 17, inc. VI, que foi devidamente observado pela Comissão para cálculo da sanção.

Sobre o valor da multa (definido em R\$ 21.617.132,93) ser desarrazoado ou desproporcional (parágrafos 138/148), conforme observado pela própria CPAR (parágrafo 89 do Relatório Final), o próprio art. 6º, inc. I da LAC diz expressamente que:

Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:

*I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual **nunca** será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação;*

(grifamos)

Trata-se, portanto, de exceção prevista na própria LAC ao teto de 20%.

Por fim, quanto à dosimetria para aplicação da Publicação Extraordinária da Decisão Condenatória (PEDC), a LAC apenas definiu o prazo mínimo, de 30 (trinta) dias, deixando uma margem de discricionariedade para a Administração na determinação do prazo conforme o caso concreto. De modo a minimizar os problemas decorrentes de tal ausência, o Manual para o Cálculo de Sanções da CGU (p. 33) orienta que a definição seja realizada com base nos parâmetros do art. 7º da LAC, juntamente com o previsto nos arts. 17 e 18 do Decreto nº 8.420/2015. Na página 34 do referido Manual consta a sugestão de correlação entre a alíquota que incidirá sobre a base de cálculo da multa e a duração da publicação extraordinária. No presente caso, tendo-se em vista que o valor final da multa acabou sendo definido pelo limite mínimo, verifica-se que se enquadra na última hipótese da sugestão apresentada no Manual (maior que 17,5%). Desse modo, entende-se que o cálculo realizado pela CPAR obedeceu os parâmetros orientativos e, portanto, considera-se razoável/proporcional.

2.2.2. EMPRESA SANTA BÁRBARA.

Conforme constou no item 1.1 desta Nota, nos termos do art. 22 da IN nº 13/2019, o Corregedor-Geral da União (na qualidade de autoridade instauradora) oportunizou às pessoas jurídicas processadas a possibilidade de se manifestarem quanto ao documento final produzido pela CPAR, no prazo de 10 (dez) dias (SEI nº 1744534, 04/12/2020). Cientes da decisão (SEI nºs 1749602 e 1753282), apenas a empresa Tratenge usufruiu de tal faculdade no prazo previsto no art. 22 da IN CGU nº 13/2019 (SEI nº 1774300).

Não obstante, em atendimento art. 23 da referida IN, já se tendo analisado a regularidade

formal deste apuratório, passa-se a analisar a regularidade processual do PAR no que se refere aos fundamentos adotados pela CPAR para firmar seu posicionamento pela condenação da empresa Santa Bárbara.

A empresa foi acusada de frustrar o caráter competitivo da Concorrência nº 01/2011 e do Pregão nº 13/2014, ambos realizados pela UFJF, em comum acordo com a empresa Tratenge (art. 88, incs. II e III da Lei nº 8.666/93 e inc. II do art. 5º da LAC).

A fundamentação do convencimento preliminar da CPAR se deu através de um conjunto de provas indiciárias. A Santa Bárbara rebateu à acusação (SEI nº 1394745), afirmando que a proposta apresentada na licitação tomou por parâmetro os preços praticados no mercado da construção civil nacional e na tabela SINAPI. Ademais, elaborou sua proposta no certame atentando-se ao Edital e ao Termo de Referência, não havendo que se falar em conluio. Nas manifestações subsequentes, limitou-se a reiterar o contido na primeira peça defensiva (SEI nº 1394745, 1598860 e 1713615).

No Relatório Final, a CPAR entendeu por afastar a acusação de que a Santa Bárbara apresentou proposta de cobertura no Pregão nº 13/2014, pois se verificou que Antônio Zeferino dos Santos Filho já não era empregado da Santa Bárbara à época dos contatos mantidos com Maria Cristina de Resende (vide parágrafos 50/51 do Relatório Final, SEI nº 1736100). De fato, pelos fundamentos expostos no documento final da CPAR, verifica-se a fragilidade da acusação.

Não obstante, quanto à combinação de propostas com a Tratenge para a Concorrência nº 01/2011 da UFJF, conforme bem demonstrou a CPAR no Relatório Final, há robusto conjunto de provas indiciárias, que justificam a condenação da empresa. Nesse sentido, destaque-se primeiramente o descuido dos envolvidos quando apresentaram suas explicações ao TCU, quando reconheceram a existência de sobrepreço (parágrafo 53 do Relatório Final). Apontando no mesmo sentido tem-se o comportamento da Tratenge, que prontamente aceitou conceder desconto de quase 8 milhões de reais assim que determinado pelo TCU (parágrafo 55 do Relatório Final).

Além da inusitada forma de reconhecimento de sobrepreço, também se tem como forte elemento de convicção das irregularidades outro fato excêntrico: o comportamento da empresa Santa Bárbara no momento da abertura das propostas. A empresa simplesmente se retirou de modo súbito do certame. Seu representante, um estagiário, afirmou que precisaria se ausentar em razão de compromisso acadêmico, deixando o caminho livre para a empresa Tratenge. Diante desse fato, concorda-se integralmente com a análise da CPAR de que "*Soa muito pouco plausível que, numa licitação de elevado porte como esse e diante de sua frágil situação financeira, a acusada fosse arriscar perder totalmente a licitação por causa de um compromisso acadêmico de um estagiário; bastaria enviar outro representante*" (parágrafo 57 do Relatório Final).

Ademais, além dos elementos probatórios acima, tem-se como relevante o fato de a visita técnica ter sido realizada conjuntamente com a Tratenge. Conforme consignou corretamente a CPAR, "*se se tratasse de concorrentes efetivos, fariam o possível para evitar contatos tão próximos entre seus representantes*" (parágrafo 58 do Relatório Final).

Destarte, considera-se adequado o entendimento da CPAR de que há fortes provas indiciárias, que convergem fortemente no sentido de que a Santa Bárbara efetivamente combinou proposta com a Tratenge para a Concorrência nº 1/2011 da UFJF.

Quanto à penalidade sugerida, a conduta ilícita comprovada foi praticada em 2011, devendo-se, portanto, obedecer ao que dispõe a Lei nº 8.666/93. Corrobora-se o entendimento da CPAR de que a conduta da empresa foi significativamente grave, pois fraudou a competição de obra de elevado valor e de grande relevância social. Ademais, também de acordo com a CPAR, tem-se comprovada a gravidade ao se verificar que as pessoas físicas envolvidas em atos dessa natureza tem sua conduta enquadrada como crime (art. 90 da Lei nº 8.666/93).

Desse modo, dada a gravidade do ato de corrupção apurado, não se vislumbra a aplicação de outra penalidade que não a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, prevista no art. 87, inc. IV da Lei nº 8.666/93 justamente para transgressões de alta reprovabilidade, como se tem nos presentes autos. Guarda-se, assim, adequada relação de proporcionalidade entre a gravidade da conduta e a pena sugerida pela CPAR.

2.2.3. PRESCRIÇÃO.

Quanto aos fatos relativos à Concorrência nº 01/2011, foram enquadrados na Lei nº 8.666/93, que não estabeleceu um prazo prescricional. Tal omissão é suprida pela Lei nº 9.873, de 1999, nos termos do artigo 1º, que dispõe:

“Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

(...)

§ 2º Quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição rege-se-á pelo prazo previsto na lei penal”.

Considerando que as condutas apuradas no presente processo também foram objeto de ação penal, cabe a aplicação dos prazos de prescrição previstos na lei penal. As infrações objeto deste PAR correspondem ao crime tipificado no art. 90 da Lei nº 8.666/93. Como a pena máxima para esse crime é de 4 (quatro) anos, seu prazo prescricional será de 8 (oito) anos (conforme art. 109, inc. IV, do Código Penal). Tendo-se instaurado o PAR em 2018, verifica-se que tal lapso temporal não transcorreu em sua integralidade antes da deflagração deste apuratório.

Interrompida a prescrição com a instauração deste PAR em 08/06/2018 (Portaria CRG/CGU nº 1.506, SEI nº 0750660), a contagem do prazo passou novamente a correr em sua integralidade a partir de então. Devido à MP nº 928/2020, a contagem final do prazo prescricional deve ser acrescida de 120 dias. Assim, a data limite para a aplicação dessas sanções é 08/10/2026.

Quanto aos ilícitos relacionados aos 7º e 8º aditivos, ocorreram quando já vigente a LAC. Portanto, aplica-se o disposto no art. 25 da referida lei, que estabelece o prazo de 5 anos para a Administração Pública exercer o seu *ius puniendi*. Ainda nos termos do citado artigo, a contagem do referido lapso temporal somente tem início quando da ciência dos fatos por parte da Administração (no caso de a infração ser instantânea), sendo interrompida com a instauração do PAR.

No presente caso, tal deflagração ocorreu através da Portaria CRG/CGU nº 1.506, publicada no DOU em 08/06/2018 (SEI nº 0750660). Tendo sido praticados os fatos após a entrada em vigor da LAC (2014), verifica-se que não transcorreram os cinco anos antes da instauração deste PAR. Ademais, com a interrupção desse lapso temporal a partir da publicação da portaria inaugural (08/06/2018), a contagem do prazo passou novamente a correr em sua integralidade a partir de então. 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). Assim, a data limite para a aplicação das sanções aqui discutidas é 08/10/2023.

2.3. CONCLUSÃO

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

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 (TRATENGE ENGENHARIA S/A, CNPJ nº 06.098.460/0001-80) não foram suficientes para afastar as irregularidades apontadas. Ademais, concorda-se com a fundamentação trazida pelo Colegiado Processante para sugerir a condenação da empresa SANTA BÁRBARA S/A (CNPJ nº 17.290.057/0001-75). Ressalte-se que a outra empresa (BASE ENGENHARIA E SERVIÇOS DE PETRÓLEO E GÁS S/A, CNPJ nº 61.226.890/0001-49) foi excluída do polo passivo deste PAR por decisão do Sr. Corregedor-Geral da União, conforme relatado no item 1.1, supra.

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

Por fim, nos termos do art. 55, II, in fine, da Portaria nº 3553/2019, encaminha-se a Minuta de Decisão SEI nº 2240302 subsequente.

Com tais considerações, encaminhamos as autos à apreciação superior.

2.4. NOTAS DE RODAPÉ

- [1] Conforme consta no Acórdão TCU nº 3081/2011 (Plenário), de 23/11/2011, citado nas peças acusatórias em face das empresas Tratenge e Santa Bárbara (SEI nº 1266581 e 1267503).
- [2] Vide vols. I a III dos autos.
- [3] Vide ata deliberativa SEI nº 1113514 e confirmações das notificações SEI nºs 1122549, 1132319 e 1133640.
- [4] Registre-se que os prazos ficaram suspensos até 20/07/2020, em razão da pandemia de COVID-19, como registrado no parágrafo 8 do Relatório Final.
- [5] Destaque-se o início do prazo de contagem, que ocorreu em 03/11/2020, conforme consta no e-mail de notificação encaminhado pela CPAR à empresa (SEI nº 1701261). As alegações foram apresentadas em 10/11/2020, portanto, dentro do prazo previsto na IN nº 13/2019, art. 20, § 4º, inc. I.
- [6] Ícone “Gerenciar Disponibilizações de Acesso Externo”, Sistema SEI.
- [7] Dallagnol, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções*, p. 152. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.
- [8] Conforme Dallagnol, “há inferência racional e passo argumentativo em qualquer prova, o que coloca em xeque a distinção entre prova direta e indireta colocada pela doutrina tradicional”. O mesmo autor acrescenta que ambos os tipos de prova são inferenciais, isto é, qualquer raciocínio que se faz para sair de um fato e chegar a outro passa por uma inferência. Em suma, **não há diferença ontológica ou mesmo lógica entre os dois tipos de prova**. A força de uma prova é sempre e apenas determinável em concreto (obra já citada, págs. 184 e 208/209). Não se pode presumir que sempre a prova direta (ou a indireta) possui maior força probatória.
- [9] Dallagnol, op. cit., p. 259.
- [10] De Aguiar Ribeiro, Márcio. *Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à Luz da Lei Anticorrupção Empresarial*, ed. Fórum, 2017, p. 169.
- [11] ZIMMER, Aloísio. *Lei Anticorrupção – Lei 12.846/2013*, Ed. Thomson Reuters Brasil, 2020. Conforme a parte final do *caput*, são atos lesivos todos aqueles que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra os princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.
- [12] Conforme citação contida no Acórdão nº 299/2013 (Plenário), do Tribunal de Contas da União. Disponível em: www.tcu.gov.br. Último acesso: 22/12/2021.
- [13] Ribeiro, Márcio de Aguiar. *Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas à Luz da Lei Anticorrupção Empresarial*, ed. Fórum, 2017, p. 135/136.
- [14] Ribeiro, Márcio de Aguiar, op. cit., p. 135.
- [15] Dallagnol, Deltan Martinazzo. *As Lógicas das Provas no Processo: Prova Direta, Indícios e Presunções*, ed. Livraria do Advogado, 2015, p. 148.



Documento assinado eletronicamente por **WALTER GODOY NETO, Auditor Federal de Finanças e Controle**, em 09/02/2022, às 11:00, 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 2184186 e o código CRC EA6883C2



CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

DESPACHO COREP - ACESSO RESTRITO

1. Estou de acordo com a Nota Técnica N° 2968/2021 (SEI 2184186), 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 09/02/2022, às 11:39, 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 2247119 e o código CRC F3271086

Referência: Processo nº 00190.106432/2018-71

SEI nº 2247119



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 o Despacho COREP SEI 2247119 para me manifestar pela regularidade do presente Processo Administrativo de Responsabilização.
2. Com efeito, os argumentos de fato e de direito externados pelas peças técnicas anteriores constantes dos autos (Relatório Final da CPAR e Nota Técnica nº 2968/2021/COREP, SEI 2184186, que analisou a alegação final apresentada) demonstram as justificativas para a imposição das sanções administrativas sugeridas. 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 10/02/2022, às 10:18, 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 2268511 e o código CRC EF6C7C0E

Referência: Processo nº 00190.106432/2018-71

SEI nº 2268511



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 10/02/2022, às 11:20, 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 2269642 e o código CRC F066026C

Referência: Processo nº 00190.106432/2018-71

SEI nº 2269642