MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Nº 36.061/CS

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 38.025/DF
IMPTE.(S): IESA OLEO&GAS S/A
ADV.(A/S): FLORIANO PEIXOTO DE AZEVEDO MARQUES NETO
ADV.(A/S): LUIS JUSTINIANO DE ARANTES FERNANDES
ADV.(A/S): LUCAS CHEREM DE CAMARGO RODRIGUES
ADV.(A/S): KAMILE MEDEIROS DO VALLE
ADV.(A/S): SOCIEDADE DE ADVOGADOS MANESCO, RAMIRES, PEREZ, AZEVEDO MARQUES (OAB/SP 1.963)
IMPDO.(A/S): TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO
PROC.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
RELATOR: **MINISTRO NUNES MARQUES**

MANDADO DE SEGURANÇA. FRAUDE À LICITAÇÃO. FISCALIZAÇÃO REALIZADA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU) SOBRE O PROCESSO LICITATÓRIO E A CONTRATAÇÃO DAS OBRAS DE IMPLANTAÇÃO DA REFINARIA ABREU E LIMA. IMPUGNAÇÃO A ACÓRDÃOS DO TCU EM REPRESENTAÇÃO. DECLARAÇÃO, COM FUNDAMENTO NO ART. 46 DA LEI 8.443/1992, DE INIDONEIDADE DA IMPETRANTE PARA PARTICIPAR, POR CINCO ANOS, DE LICITAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO; DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO, EM VIRTUDE DE NÃO TER SIDO OFERECIDA À IMPETRANTE A OPORTUNIDADE DE PROPOR E PRODUZIR PROVAS QUE DEMONSTRARIAM A IMPROCEDÊNCIA DAS ACUSAÇÕES CONSTANTES DE DOCUMENTOS ABSOLUTAMENTE ESTRANHOS À ATIVIDADE FISCALIZADORA DO TCU, TENDO UTILIZADO EXCLUSIVAMENTE PROVAS PRECÁRIAS E IMPARCIAIS NO JULGAMENTO; DE NÃO REALIZAÇÃO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DAS CONDUTAS DOS ENVOLVIDOS NOS FATOS; DE ILEGALIDADE AO SEPARAR OS PROCESSOS SANCIONATÓRIOS DE EMPRESAS QUE SUPOSTAMENTE AGIRAM EM CONLUIO, APLICANDO-LHES PENALIDADES SEPARADAS E EM MOMENTOS DISTINTOS; DE VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL AO PENALIZAR A IMPETRANTE SEM PRÉVIA INSTAURAÇÃO DE TOMADA DE CONTAS; DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LIVRE INICIATIVA, DA RAZOABILIDADE E DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA, POIS, AO LHE APLICAR DE FORMA DEFINITIVA A SANÇÃO DE INIDONEIDADE, SEM A DEVIDA DOSIMETRIA DA PENA, TERIA PREJUDICADO SUBSTANCIALMENTE A SUA RECUPERAÇÃO; E DE MANIFESTO VÍCIO QUANTO À COMPETÊNCIA, POIS O TCU TERIA ADENTRADO NA COMPETÊNCIA DO CADE, ÓRGÃO QUE TEM PROCESSO EM CURSO PARA APURAR A MESMA ACUSAÇÃO DE CARTEL. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE LESÃO OU AMEAÇA DE LESÃO

Documento assinado via Token digitalmente por CLAUDIA SAMPAIO MARQUES, em 03/09/2021 10:24. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 91796ba1.70d620f5.5fff6b51.d74fce25

A DIREITO LÍQUIDO E CERTO DA IMPETRANTE. PRECEDENTES DO STF. PARECER PELA DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA.

1. Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por **IESA OLEO&GAS S/A** (em recuperação judicial) contra o Tribunal de Contas da União, visando a declaração de nulidade do "ato *coator, tornando sem efeito a sanção de declaração de inidoneidade da Impetrante disposta nos Acórdãos 2.355/2018, 1.556/2020 e 432/2021, todos do Plenário do TCU, reconhecendo-se que as decisões violaram os inúmeros dispositivos constitucionais e legais acima apontados"* (fls. 67).

2. A impetrante afirma, em suma, que o ato coator

> *(i) Violou direito líquido e certo da impetrante ao não reconhecer a ocorrência da **prescrição** quinquenal da pretensão punitiva da Corte de Contas;*
> *(ii) violou os **princípios da ampla defesa e do contraditório** (CF, art. 5º, LV; Lei nº 9.784/99, art. 3º, III e 50, caput, II e §1º), em virtude de não ter sido oferecida à Impetrante a **oportunidade de propor e produzir todas as provas** que demonstrariam a absoluta improcedência das acusações constantes de documentos absolutamente estranhos à atividade fiscalizadora do TCU, tendo utilizado exclusivamente provas precárias e imparciais no julgamento;*
> *(iii) não realizou a **individualização das condutas** dos alegadamente envolvidos nos fatos, violando os princípios do contraditório e ampla defesa e da motivação (art. 2º da Lei nº 9.784/99);*
> *(iv) incorreu em premente **ilegalidade ao separar os processos sancionatórios** de empresas que supostamente agiram em conluio, aplicando-lhes penalidades separadas e em momentos distintos por condutas conjuntas;*
> *(v) violou o devido processo legal e **excedeu o poder sancionador da Corte de Contas** ao penalizar a Impetrante sem prévia instauração de Tomada de Contas, isto é, sem apurar "ilegalidade de despesa" ou "irregularidade de contas" (art. 71, VIII, CF/88);*
> *(vi) violou os princípios constitucionais da livre iniciativa (CF, arts. 1º, IV, 5º, caput e inciso XXIII, e 170), da razoabilidade (art. 2º da Lei nº 9.784/99), e da preservação da empresa (Lei nº 11.101/05, art. 47), pois, ao aplicar de forma definitiva a sanção de inidoneidade à Impetrante, sem a devida **dosimetria da pena**, prejudica substancialmente a recuperação da Impetrante; e*
> *(vii) incorreu em manifesto **vício quanto à competência** (CF, art. 173, §§ 4º e 5º, Lei nº 12.529/11, arts. 9º, II, 13, V), pois o TCU adentrou na competência do CADE, órgão que tem processo em curso para apurar a mesma acusação de cartel que levou a Corte de Contas a praticar o ato coator* (fls. 6/7 – destaques originais)

Documento assinado via Token digitalmente por CLAUDIA SAMPAIO MARQUES, em 03/09/2021 10:24. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 91796ba1.70d620f5.5fff6b51.d74fce25

3. Argumenta inicialmente que "*A prescrição da pretensão punitiva é o primeiro tema que merece a atenção do Poder Judiciário, eis que deveria ter sido reconhecida pelo TCU",* que, *"Afinal, deliberou-se apenas em **22/06/2016** instaurar um processo sancionador versando sobre fatos supostamente ocorridos em licitação datada de **11/03/2009** e contrato assinado em **13/03/2010**",* e que, *"Neste caso, deveria ter sido acolhido o argumento da Impetrante de que a pretensão punitiva do TCU se exauriu, pois o prazo prescricional aplicável é o da Lei Federal nº 9.873/1999 (quinquenal) contado do fato alegadamente ilícito, e não o decenal previsto no art. 205 do Código Civil, como já decidiu este E. STF"* (fls. 7 – destaques originais).

4. Defende, a seguir, ausência de provas suficientes e imparciais, apontando violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório (CF/88, art. 5º, LV; Lei Federal nº 9.784/99, art. 3º, III e 50, *caput*, II e § 1º), visto que, "*no caso concreto, o suposto conluio com outras empresas e suas supostas consequências sobre as licitações no âmbito da Rnest foi o ponto central sobre o qual se fundou o procedimento administrativo do TCU em face da Impetrante e sobre tal alegação não foi produzida uma prova sequer nos autos*", e que "*o TCU utilizou **prova emprestada** de processos em trâmite em outros órgãos, sem que à Impetrante fosse assegurado o contraditório e a ampla defesa, e outras alegadas provas produzidas por meio de declaração de pessoas com inegável interesse em serem beneficiadas com a extinção da ação punitiva, haja vista que delações são feitas com a voluntariedade comprometida*" (fls. 18/19 – destaque original). E, no ponto, conclui:

> "121. Nesse contexto, há que se convir a existência de limitação para a aceitação probatória de indícios de participação em ato ilícito, principalmente se considerada a gravosa pena aplicada, e que a única alegada prova da participação da Impetrante no alegado conluio para fraudar as licitações da Rnest são planilhas unilateralmente produzidas e sem assinatura, consistindo, em verdade, em alegações circunstanciais que não podem ser consideradas como "prova indiciária".
> 122. Portanto, também em razão de a Corte de Contas não ter apresentado naqueles autos nenhuma prova suficiente e imparcial que pudesse fundamentar a condenação de inidoneidade imputada à Impetrante, <u>o ato coator é nulo</u>." (fls. 34)

Documento assinado via Token digitalmente por CLAUDIA SAMPAIO MARQUES, em 03/09/2021 10:24. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 91796ba1.70d620f5.5fff6b51.d74fce25

5. Por outro lado, assevera que *"O ato coator também é nulo por não ter realizado a devida individualização da conduta da Impetrante antes de atribuir a ela gravíssima penalidade*" (fls. 35), o que violaria os princípios do contraditório e ampla defesa e da motivação. Acrescenta que "*A individualização da conduta da Impetrante não foi realizada devidamente pela Corte de Contas*", visto que "*a alegada participação da IESA no conluio de empresas é fundamentada em declarações que apenas informam que a empresa participou de certames licitatórios, apresentou propostas e venceu um dos contratos*" (fls. 36).

6. Entende, porém, o seguinte: "*o fato de que a empresa tenha participado das licitações não constitui o fato típico que permitiria a aplicação da sanção pelo TCU (que exige que ela as tenha fraudado). A participação não implica que tenha presumidamente combinado preços ou se abstido de apresentar proposta para beneficiar terceiros. Nesse caso,* ***a conduta deveria estar perfeitamente descrita e imputada*** *como a causa do ato reputado como ilícito, até pela natureza subjetiva da imputação: a participação em consórcio não é causa legal para autorizar uma verdadeira responsabilização objetiva, como pretendeu o TCU ao imputar como conduta ilícita uma contratação efetivada por um consórcio do qual a IESA foi integrante*" (fls. 36 – destaque original).

7. Informa, ainda, que "*Outro vício do ato coator é o fato de que as demais empresas supostamente envolvidas no conluio* ***não responderam à Corte de Contas no mesmo processo administrativo que a Impetrante***", que, "*em se tratando de conduta necessariamente conjunta, se houvesse conluio entre empresas, estas deveriam responder também em conjunto no mesmo processo administrativo, pois o reconhecimento de ajustes visando resultados ilícitos por determinada empresa sem dúvidas implicaria em interferência na esfera jurídica das empresas partícipes*", e que, "*Nesse caso, a Corte de Contas não observou o litisconsórcio necessário, em mais uma nulidade do procedimento instaurado*" (fls. 44 – destaque original).

Documento assinado via Token digitalmente por CLAUDIA SAMPAIO MARQUES, em 03/09/2021 10:24. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 91796ba1.70d620f5.5fff6b51.d74fce25

8. Pondera também que houve violação ao art. 71, VIII, da CF/88, visto que "*a Corte de Contas violou o devido processo legal e* ***excedeu seu próprio poder sancionador*** *ao penalizar a Impetrante sem prévia instauração de Tomada de Contas, isto é, sem apurar 'ilegalidade de despesa' ou 'irregularidade de contas*'" (fls. 50). E prossegue:

> *165. O inciso VIII do art. 71 da Constituição Federal assim preceitua expressamente:*
>
> > *Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...)*
> > *VIII - aplicar aos responsáveis,* ***em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas****, as* ***sanções previstas em lei****, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário; (...)*
>
> *166. Nesse cenário, embora a CF/88 autorize o exercício do poder sancionatório por parte do TCU, e tenha conferido ao legislador a prerrogativa de editar lei prevendo competências sancionatórias, determina a* ***aferição da ocorrência de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas*** *para tanto.*
> *167. Isto é, deve ser reconhecida a* ***limitação constitucional*** *ao legislador e, por via de consequência, ao controle externo realizado pela Corte de Contas, sob pena de violação ao devido processo legal, cujo resultado é a inconstitucionalidade na sanção aplicada à Impetrante.*
> *168. A Impetrante não desconhece o julgamento desta E. Corte no MS 30.788, no qual o Plenário decidiu pela constitucionalidade do art. 46 da LOTCU.*
> *169. O que se alega neste mandamus é a obrigatoriedade de que* ***o TCU exerça sua competência sancionadora nos limites constitucionais impostos pelo art. 71 da CF****, devendo, para fins de aplicação de qualquer sanção ao administrado, instaurar a respectiva Tomada de Contas, só podendo punir agentes quando demonstrada a* ***ilegalidade de despesa*** *ou a* ***irregularidade de contas****.* (fls. 50 – destaques originais)

9. Assenta que "*O ato coator, ao imputar definitivamente à Impetrante a sanção de inidoneidade pelo prazo máximo, isto é, cinco anos, também violou os princípios constitucionais da livre iniciativa (CF, arts. 1º, IV35, 5º, caput e inciso XXIII36, e 17037), ao princípio da razoabilidade (art. 2º da Lei Federal nº 9.784/199938) e da preservação da empresa (art. 47 da Lei Federal nº 11.101/200539)*", visto que "*atribuiu a penalidade mais gravosa possível à Impetrante sem realizar a necessária dosimetria da pena e sem levar em consideração as circunstâncias fáticas que sequer apontam para uma conduta ilícita imputável a ela no caso em concreto*" (fls. 52).

Documento assinado via Token digitalmente por CLAUDIA SAMPAIO MARQUES, em 03/09/2021 10:24. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 91796ba1.70d620f5.5fff6b51.d74fce25

10. Por fim, reconhece a existência de vícios quanto à competência (*violação aos arts. 70, 173, §§ 4º e 5º, CF/88, e arts. 9º, II, 13, V, Lei nº 12.529/11*), defendendo que, *"Como exposto neste mandamus, a alegada existência de fraude à licitação decorrente de um suposto CARTEL é o ponto central e pressuposto adotado pelo TCU no TC 013.385/2017-8 para a prática do ato coator",* mas que, *"decidir sobre a existência ou não de qualquer conduta de cartel, que é uma infração à ordem econômica, compete materialmente ao CADE que, atualmente, está se debruçando sobre a questão* ***no Processo Administrativo nº 08700.009125/2014-23, em que constam como representadas todas as empresas integrantes dos consórcios vencedores do certame cujos fatos são objeto do processo no TCU em que foi praticado o ato coator (doc. 8.a)***" (fls. 57 – destaques originais).

11. Ao prestar informações nos presentes autos, o Tribunal de Contas da União opinou pela "***denegação da segurança pretendida****, diante da ausência de lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo a merecer amparo por meio do presente writ*" (fls. 13.733 – destaque original). Eis a ementa da referida manifestação, *in verbis*:

> **"EMENTA**: Mandado de Segurança, com pedido de liminar, impetrado em face do Acórdão 2355/2018-Plenário, por meio do qual o TCU declarou, com fundamento no art. 46 da Lei 8.443/1992, a inidoneidade da impetrante para participar, por cinco anos, de licitação na administração pública federal.
> **1**. No que se refere à penalidade de declaração de inidoneidade, a prescrição da pretensão punitiva da Administração é regida pelo Código Civil, conforme Acórdão 1.441/2016–TCU–Plenário, exarado em sede de incidente de uniformização de jurisprudência.
> **2**. Praticadas as irregularidades em 11/03/2009 (Voto do Acórdão 1556/2020-Plenário), iniciou-se o transcurso do prazo de 10 anos, estabelecido pelo CC de 2002. Esse prazo foi interrompido em 22/6/2016 com a autorização das oitivas das empresas (Acórdão 1.583/2016-Plenário) e houve condenação em 10/10/2018, data da prolação do Acórdão 2355/2018-Plenário. Logo, em momento algum o prazo decenal foi extrapolado.
> **3**. Ainda que utilizado o prazo quinquenal para determinação da eventual incidência da prescrição da pretensão punitiva, por aplicação analógica da Lei 9.873/1999, também este prazo reduzido não teria transcorrido antes da concretização da condenação. Aplicação das causas interruptivas conforme parâmetros fixados pelo Supremo Tribunal Federal no MS 32.201, *leading case* sobre o tema naquela Corte. Aplicação de tal entendimento pela 2ª Turma do STF no MS 36.067, com a incidência de 5 causas interruptivas.

Documento assinado via Token digitalmente por CLAUDIA SAMPAIO MARQUES, em 03/09/2021 10:24. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 91796ba1.70d620f5.5fff6b51.d74fce25

4. Isto é, segundo o entendimento que prevaleceu no MS 32.201, haveria a seguinte situação: **o termo inicial** para a contagem do prazo prescricional seria extraído a partir das datas dos ilícitos, ocorridos, por último, em 11/03/2009 (Voto do Acórdão 1556/2020-Plenário).
5. Adotando-se a tese exposta no MS 32.201, e considerando o **termo inicial** como **11/03/2009**, constataríamos a incidência de quatro causas interruptivas do prazo prescricional: **a)** o Acórdão 2270/2011, de **24/08/2011**, prolatado no âmbito do TC 009.758/2009-3, o qual tem por objeto fiscalização realizada nas obras de construção da Refinaria Abreu e Lima, sendo este, certamente, um ato inequívoco que importou a apuração do fato (art. 2º, II, da Lei n. 9.873/1999); **b)** o Acórdão 2056/2012-Plenário, de **08/08/2012**, prolatado no âmbito do TC 009.758/2009-3, o qual tem por objeto fiscalização realizada nas obras de construção da Refinaria Abreu e Lima, sendo este, certamente, um ato inequívoco que importou a apuração do fato (art. 2º, II, da Lei n. 9.873/1999); **c)** a citação da impetrante no âmbito do TCU, ocorrida em **25/07/2016** (art. 2º, I, da Lei n. 9.873/1999); e **d)** o exercício do poder punitivo ocorrido em **10/10/2018**, data da prolação do Acórdão 2355/2018-Plenário. (art. 2º, III, da Lei n. 9.873/1999).
6. Como se vê, ainda que aplicadas as normas da Lei n. 9.873/1999, não teria ocorrido a prescrição da pretensão punitiva do TCU em relação ao autor.
7. A processualística do TCU é baseada, em essência, em provas documentais. Logo, não procede a alegação da impetrante de que deveria participar da produção de provas. O exercício do direito de defesa acontece, como de fato ocorreu, dando-se à parte a possibilidade de questionar os documentos acostados nos autos.
8. A jurisprudência do TCU é firme no sentido de que não compete ao Tribunal determinar, a pedido do responsável, a realização de diligência, perícia ou inspeção para a obtenção de provas, uma vez que constitui obrigação da parte apresentar os elementos que entender necessários para a sua defesa.
9. A simples leitura do Voto do Acórdão 2355/2018-Plenário já fulmina a alegação de que o TCU deixou de individualizar as condutas perpetradas pela impetrante. Ademais, ao contrário do que alega a impetrante, o Ofício 124/2016-TCU/SeinfraOperações, de 5/7/2016, por meio do qual se procedeu à sua oitiva, lista com precisão as condutas que lhe foram imputadas.
10. Ao longo de seu Voto, o Exmo. Ministro Benjamin Zymler, além de precisar as condutas perpetradas pela impetrante, fez, em extenso tópico próprio, a devida dosimetria da pena. Disse Sua Excelência: "Nessa linha, por concordar com os fundamentos do Acórdão 348/2016-Plenário, entendo que a pena máxima aplicável no presente caso é de cinco anos.
Tal entendimento foi recentemente corroborado por esta Corte mediante os Acórdãos Plenário 300/2018, 414/2018, 1.221/2018, 1.744 e 2.135, todos referentes à apuração de fraude em licitações no âmbito da Rnest."
11. Ausência de usurpação de competência do CADE. As competências do TCU têm sede na Constituição Federal e em sua Lei Orgânica, e em nada se confundem com as competências do CADE. No âmbito do TC 013.385/2017-8 apurou-se a ocorrência de fraude a licitação, que pode ou não se dar juntamente com a formação de cartel. Não pretendeu o TCU apurar ilícitos concorrenciais, de forma que não há nenhum conflito entre o presente processo e o que tramita no CADE.
12. A ação do CADE se deve à concentração econômica das construtoras em ação cartelizada, enquanto a competência do TCU é de controle constitucional para verificar a escorreita aplicação dos recursos públicos.
De outro modo, se a atuação dessas empresas cartelizadas tivesse sido no âmbito exclusivo do mercado privado de construção civil, a competência seria

Documento assinado via Token digitalmente por CLAUDIA SAMPAIO MARQUES, em 03/09/2021 10:24. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 91796ba1.70d620f5.5fff6b51.d74fce25

> realmente exclusiva do CADE, contudo, esse grupo de empresas atuou, em conluio, mediante fraude à licitação pública, para obter contratação ilegal junto à Petrobras.
> **13**. Não há qualquer incompatibilidade entre o art. 46 da Lei 8.443/92 e o art. 71, inciso VIII, da Constituição Federal, o qual, diga-se, é amplo o suficiente para eventualmente abarcar cominações decorrentes de fraude à licitação. Jurisprudência do STF no sentido de que "É constitucional o art. 46 da *Lei nº 8.443/1992*, que institui sanção de inidoneidade a particulares por fraude a licitação, aplicável pelo TCU." (MS 30788, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 21/05/2015).
> **14**. O objeto do TC 013.385/2017-8 era a averiguação da existência de fraude à licitação, e não de dano ao erário. Daí, ser absolutamente dispensável a instauração do processo de tomada de contas ordinária ou especial. O TC 013.385/2017-8 possui natureza jurídica de representação, nos termos do art. 86, inciso II, da Lei 8.443/92 e do art. 237 do Regimento Interno do TCU, e, corretamente, foi autuado como tal.
> **15**. A processualística que disciplina o desempenho das atividades do TCU, composta sobretudo pela Lei 8.443/92 e pelo Regimento Interno, não impede a formação de processos apartados, a qual, em essência, tem por finalidade racionalizar o andamento dos atos processuais de controle e dar máxima densidade aos princípios do contraditório e da ampla defesa.
> **16**. Logo, é evidente que a atuação do TC 013.385/2017-8 não trouxe qualquer prejuízo à impetrante. Não há qualquer vício de legalidade nessa autuação. E ainda que em exercício de imaginação houvesse não seria o caso de declarar-se nulidade. Seria o caso de aplicação brocardo *pas de nullité sans grief*, *o qual se encontra positivado no art. 171 do Regimento Interno*.
> **17**. Parecer pelo indeferimento da medida liminar requerida, e, no mérito, pela denegação da segurança.
> **18**. Proposta de encaminhamento de cópia deste Parecer ao órgão solicitante" (fls. 13.701/13.703 – destaques originais).

12. O pedido é improcedente.

13. Consta dos autos que o Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão 2355/2018-Plenário (TC 013.385/2017-8), declarou, com fundamento no art. 46 da Lei 8.443/1992, a inidoneidade da impetrante para participar, por cinco anos, de licitação na administração pública federal, em razão de fraudes à licitação envolvendo a refinaria Abreu e Lima.

14. Na sequência, por meio do Acórdão 1556/2020-Plenário/TCU, foi conhecido o recurso interposto pela impetrante para, no mérito, negar-lhe provimento. Por fim, através do Acórdão 432/2021-Plenário/TCU, os seus embargos de declaração foram conhecidos e, no mérito, rejeitados.

Documento assinado via Token digitalmente por CLAUDIA SAMPAIO MARQUES, em 03/09/2021 10:24. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 91796ba1.70d620f5.5fff6b51.d74fce25

15. A primeira discussão suscitada concerne ao cálculo da prescrição para a aplicação da mencionada penalidade,[1] uma vez que a Lei Orgânica do TCU é silente sobre o tema, sendo certo que, em casos análogos, esse Pretório Excelso firmou o entendimento de que incide o prazo de cinco anos previsto na Lei n. 9.873/99,[2] conforme os seguintes julgados:

> "MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO ADMINISTRATIVO. **TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**. SERVIDOR DA SECRETARIA DE SAÚDE DO ESTADO DO ACRE. **FISCALIZAÇÃO OMISSA E DEFICIENTE NA EXECUÇÃO DE DOIS CONVÊNIOS FIRMADOS ENTRE A SECRETARIA ESTADUAL E O MINISTÉRIO DA SAÚDE. APLICAÇÃO DE MULTA.** ARTS. 28, II, E 58, II, DA LEI 8.443/1992. ART. 268, II, DO REGIMENTO INTERNO DO TCU. **PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO SANCIONATÓRIA. OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DA LEI 9.873/1999. PRECEDENTES DESTE STF.** MEDIDA LIMINAR DEFERIDA E RATIFICADA NO EXAME DE MÉRITO. SEGURANÇA CONCEDIDA PARA AFASTAR A MULTA APLICADA. 1. **A prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada pela Lei 9.873/1999, descabendo a aplicação do prazo decenal previsto na legislação civil (art. 205 do Código Civil). Ao revés, <u>incide o prazo quinquenal previsto na Lei 9.873/1999</u>** (MS 32201, Rel. Min. Roberto Barroso, PRIMEIRA TURMA, DJe 7/8/2017; MS 35.512-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, SEGUNDA TURMA, DJe 21/6/2019). 2. **In casu,** na linha do parecer apresentado pelo Ministério Público Federal e da decisão liminar de minha lavra, é inequívoca a superação do prazo prescricional quinquenal. Os ilícitos apontados pela Corte de Contas ocorreram em julho de 2006, tendo o processo de auditoria sido instaurado em 9/10/2006. A ordem de citação do responsável para a audiência, por sua vez, ocorreu em 25/6/2007. Entretanto, a decisão condenatória recorrível foi exarada somente em 31/5/2016, data da prolação do Acórdão 3.513/2016-TCU-1ª Câmara. 3. *Ex positis,* CONCEDO A SEGURANÇA unicamente para afastar a sanção de multa aplicada ao impetrante, nos autos da Tomada de Contas 023.288/2006-0, máxime da ocorrência de prescrição da pretensão punitiva do Tribunal de Contas da União" - grifo do MPF (MS 35940, Rel. LUIZ FUX, Primeira Turma, Dj de 14-7-2020).

> "AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. **PRETENSÃO PUNITIVA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. <u>PRESCRIÇÃO. OBSERVÂNCIA DA LEI 9.873/1999</u>.** SUBSISTÊNCIA DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - As razões do agravo regimental são inaptas para desconstituir os fundamentos da decisão agravada, que, por isso, se mantêm hígidos. II - **Excetuados os ressarcimentos de valores perseguidos na esfera judicial decorrentes da ilegalidade de despesa ou da irregularidade de contas, <u>a aplicabilidade de sanções administrativas pelo TCU sofrem os efeitos fulminantes da passagem de tempo, de acordo com os prazos previstos em lei</u>**. III - Agravo regimental a que se nega provimento" - grifo do MPF (MS 35512 AgR, Rel. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, Dj de 21-6-2019).

[1] A hipótese não se confunde com casos de ressarcimento ao Erário, considerados imprescritíveis.

[2] "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" (Lei n. 9.873/99).

Documento assinado via Token digitalmente por CLAUDIA SAMPAIO MARQUES, em 03/09/2021 10:24. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 91796ba1.70d620f5.5fff6b51.d74fce25

16. Superada a questão referente ao prazo prescricional aplicável, faz-se necessária a análise sobre o termo *a quo* e os marcos legais interruptivos, para fins do respectivo cálculo.

17. A impetrante afirma que "*A prescrição da pretensão punitiva é o primeiro tema que merece a atenção do Poder Judiciário, eis que deveria ter sido reconhecida pelo TCU",* que, *"Afinal, deliberou-se apenas em **22/06/2016** instaurar um processo sancionador versando sobre fatos supostamente ocorridos em licitação datada de **11/03/2009** e contrato assinado em **13/03/2010**",* e que, *"Neste caso, deveria ter sido acolhido o argumento da Impetrante de que a pretensão punitiva do TCU se exauriu, pois o prazo prescricional aplicável é o da Lei Federal nº 9.873/1999 (quinquenal) contado do fato alegadamente ilícito, e não o decenal previsto no art. 205 do Código Civil, como já decidiu este E. STF"* (fls. 7 – destaques originais).

18. Não se pode desconsiderar, entretanto, a existência de outros marcos interruptivos, como bem elucida o voto do Ministro Roberto Barroso, no julgamento do **MS nº 32.201/DF** (Primeira Turma, DJe-173 DIVULG 04-08-2017 PUBLIC 07-08-2017), de sua relatoria:

> "(…) 29. **No caso concreto, examina-se a aplicação de multa pelo TCU àqueles submetidos à sua fiscalização. Também em relação a estas pessoas, o princípio da segurança jurídica impõe a extinção da pretensão punitiva em razão do decurso do tempo.** Como já reconhecido pela doutrina há bastante tempo, a alegação de uma suposta "relação de sujeição especial" com a Administração Pública não pode servir de subterfúgio retórico para a violação de direitos fundamentais.
> 30. Presente o mesmo fundamento jurídico, idêntico deve ser o regime jurídico. Diante da existência de norma de características tão próximas ao caso examinado, não se justificaria, por exemplo, pretender aplicar analogicamente a regulamentação do Decreto nº 20.910/1932, referente ao prazo prescricional das ações movidas contra a Fazenda Pública.
> 31. **Pois bem. Aplicando-se, seja por interpretação direta seja por analogia, a regulamentação da Lei nº 9.783/1999 ao caso concreto, verificam-se os seguintes marcos temporais**: a) o impetrante foi sancionado por conduta omissiva, na medida em que teria, segundo o TCU, deixado de concluir tempestivamente Plano de Desenvolvimento do Assentamento Itamarati I, na condição de Superintendente do INCRA/MS, cargo que deixou de exercer em 13.02.2003 (e-doc. 74); b) em 16.05.2007, por meio do Acórdão nº 897/2007, o TCU, ao conhecer de solicitação da Comissão de Fiscalização

Documento assinado via Token digitalmente por CLAUDIA SAMPAIO MARQUES, em 03/09/2021 10:24. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 91796ba1.70d620f5.5fff6b51.d74fce25

Financeira e Controle da Câmara dos Deputados, determinou a realização de auditoria na Superintendência Regional do Incra em Mato Grosso do Sul, com o objetivo de verificar a regularidade dos recursos federais aplicados na operacionalização dos Assentamentos Itamarati I e II (e-doc 3, fl. 2); c) em 11.09.2008, o impetrante foi notificado para apresentar justificativa, nos termos do art. 12, III, da Lei Orgânica do TCU (e-doc 11, fl. 169); d) na sessão de 15.02.2012, foi proferido o Acórdão nº 356/2012, por meio do qual o Plenário do TCU condenou o impetrante ao pagamento de multa no valor de R$ 10.000,00 (e-doc 37, fl. 30); e) na sessão de 13.03.2013, através do Acórdão nº 516/2013, o valor da multa foi reduzido para R$ 5.000,00 (e-doc 63, fl. 37).

32. **Estabelece o art. 1º da Lei nº 9.873/1999 que o prazo prescricional se inicia "da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado".** Considerando que a conduta imputada ao impetrante possui natureza omissiva, a infração deve ser tida como permanente, somente tendo cessado com a exoneração do impetrante do cargo, o que ocorreu com a publicação da respectiva portaria em 13.02.2003. Este é, portanto, o termo inicial da prescrição.

33. **De acordo com o art. 2º, II, da Lei nº 9.873/1999, a prescrição da ação punitiva se interrompe "por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato". A irregularidade atribuída ao impetrante foi apurada através de auditoria realizada pela Superintendência Regional do INCRA/MS.** Tal auditoria foi determinada pelo TCU através do Acórdão nº 897/2007, prolatado na sessão de 16.05.2007. Ao determinar a realização da auditoria, o TCU indubitavelmente praticou ato inequívoco a importar a apuração do fato, interrompendo, portanto, a prescrição, antes de decorrido o prazo de 5 (cinco) anos.

34. **Em 11.09.2008, o impetrante foi notificado para apresentar justificativa, nos termos do art. 12, III, da Lei Orgânica do TCU (e-doc 11, fl. 169). A notificação do investigado por possível irregularidade é causa de interrupção da prescrição da ação punitiva, nos termos do artigo 2º, I, da Lei nº 9.873/1999.**

35. Posteriormente, na sessão de 15.02.2012 – mais uma vez antes de completado o lapso temporal de 5 (cinco) anos –, foi proferido o Acórdão nº 356/2012, por meio do qual o Plenário do TCU condenou o impetrante ao pagamento de multa no valor de R$ 10.000,00. Trata-se de decisão condenatória recorrível, que também interrompe o prazo prescricional (Lei nº 9.873/1999, art. 2º, III).

36. **Conclui-se, portanto, que, aplicadas as normas da Lei nº 9.873/1999, não ocorreu a prescrição da pretensão punitiva do TCU em relação ao impetrante**" (destaques do MPF).

19. Nesse contexto, nos exatos termos do art. 2º, I, II e III, da Lei nº 9.873/1999,[3] segundo o qual a prescrição da pretensão punitiva se interrompe *"pela notificação ou citação do indiciado ou acusado"*, "*por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato*", e por "*decisão condenatória*

[3] "Art. 2º Interrompe-se a prescrição da ação punitiva:
I – **pela notificação ou citação do indiciado ou acusado,** inclusive por meio de edital;
II – **por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato;**
III – **pela decisão condenatória recorrível;**
IV – por qualquer ato inequívoco que importe em manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória no âmbito interno da administração pública federal." (grifo do MPF).

Documento assinado via Token digitalmente por CLAUDIA SAMPAIO MARQUES, em 03/09/2021 10:24. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 91796ba1.70d620f5.5fff6b51.d74fce25

recorrível", verifica-se que os documentos constantes dos autos revelam a existência de vários marcos interruptivos do prazo prescricional, relacionados ao objeto da TC nº 013.385/2017-8. No ponto, a Corte impetrada enumerou os seguintes atos praticados pela Administração:

> "(…) 31. Portanto, deve-se rechaçar qualquer tentativa de limitação da incidência de causas interruptivas, ou mesmo de redução de prazo prescricional, com fundamento em incidência de dispositivos do Decreto-Lei 20.910/1932, sob pena de se criar um regime híbrido em manifesto prejuízo ao interesse público. Nesse diapasão é o seguinte trecho do voto do Relator, Ministro Roberto Barroso, no já mencionado MS 32.201:
>
> > "30. Presente o mesmo fundamento jurídico, idêntico deve ser o regime jurídico. Diante da existência de norma de características tão próximas ao caso examinado, não se justificaria, por exemplo, pretender aplicar analogicamente a regulamentação do Decreto nº 20.910/1932, referente ao prazo prescricional das ações movidas contra a Fazenda Pública."
>
> 32. O art. 2º da Lei 9.873/1999 estabelece as causas interruptivas da prescrição punitiva, consoante abaixo transcrito, já na redação conferida pela Lei 11.941/2009:
>
> > "Art. 2º Interrompe-se a prescrição da ação punitiva:
> > I – pela notificação ou citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital;
> > II - por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato;
> > III - pela decisão condenatória recorrível.
> > IV – por qualquer ato inequívoco que importe em manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória no âmbito interno da administração pública federal."
>
> 33. Como visto no tópico anterior, o termo inicial para contagem do prazo prescricional é o dia **11/03/2009**, nos termos do Voto do Acórdão 1556/2020-Plenário.
> 34. A primeira causa interruptiva é o Acórdão 2270/2011-Plenário, de **24/08/2011**, prolatado no âmbito do TC 009.758/2009-3, o qual tem por objeto fiscalização realizada nas obras de construção da Refinaria Abreu e Lima. Por meio do Acórdão 2270/2011-Plenário (subitem 9.6) determinou-se, dentre outras providências, que Unidade Técnica do TCU procedesse ao exame de mérito do processo, sendo este Acordão, portanto, um ato inequívoco que importou a apuração do fato (art. 2º, II, da Lei n. 9.873/1999).
> 35. A segunda causa interruptiva é o Acórdão 2056/2012-Plenário, de **08/08/2012**, prolatado no âmbito do TC 009.758/2009-3, o qual tem por objeto fiscalização realizada nas obras de construção da Refinaria Abreu e Lima. Por meio deste Acórdão foram feitas diversas determinações no sentido de sanear os autos, sendo este, portanto, um ato inequívoco que importou a apuração do fato (art. 2º, II, da Lei n. 9.873/1999).
> 36. A terceira causa interruptiva é a citação da impetrante (docs. 1 e 2) no âmbito do TCU, ocorrida em **25/07/2016** (art. 2º, I, da Lei n. 9.873/1999).
> 37. Por fim, temos a última data relevante que é o exercício do poder punitivo ocorrido em **10/10/2018**, data da prolação do Acórdão 2355/2018-Plenário (art. 2º, III, da Lei n. 9.873/1999).

Documento assinado via Token digitalmente por CLAUDIA SAMPAIO MARQUES, em 03/09/2021 10:24. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 91796ba1.70d620f5.5fff6b51.d74fce25

> 38. **É de se destacar ainda que antes da autuação do TC – 013.385/2017-8 as obras relativas à implantação da Refinaria Abreu e Lima em Ipojuca/PE já vinham sendo fiscalizadas no âmbito de outros processos em trâmite no TCU, como o TC 016.119/2016-9 e o TC 009.758/2009-3**.
> 39. Frise-se, ainda, que embora as fiscalizações realizadas pelo TCU desde 2009 – que constituem causas interruptivas do prazo prescricional, conforme Lei 9873/1999, art. 2º, II – não tenham especificamente constatado a existência de fraude, diversas irregularidades graves foram constatadas em tais auditorias que vieram posteriormente a corroborar essa ocorrência, que veio a ser efetivamente comprovada a partir das investigações levadas a efeito pela Operação Lava a Jato, cujo compartilhamento de provas com o TCU foi autorizado pela 13ª Vara Federal de Curitiba." (destaques originais - fls. 13.715/13.717).

20. Como visto, a partir do cometimento das infrações apuradas pela Corte de Contas e entre os mencionados marcos interruptivos, assim reconhecidos por aplicação dos arts. 1º e 2º da Lei nº 9.873/1999 (com amparo em entendimento firmado sobre o tema no âmbito dessa Corte Suprema - MS nº 32.201/DF), não houve o transcurso do prazo prescricional de 5 anos.

21. Já quanto à alegação de que houve violação aos "***princípios da ampla defesa e do contraditório*** *(CF, art. 5º, LV; Lei nº 9.784/99, art. 3º, III e 50, caput, II e §1º), em virtude de não ter sido oferecida à Impetrante a* ***oportunidade de propor e produzir todas as provas*** *que demonstrariam a absoluta improcedência das acusações constantes de documentos absolutamente estranhos à atividade fiscalizadora do TCU, tendo utilizado exclusivamente provas precárias e imparciais no julgamento*" (fls. 6 – destaques originais), tampouco há o que prover.

22. Ao prestar informações, asseverou a Corte impetrada o seguinte:

> "45. Não assiste razão à impetrante. Nesse sentido, cabe transcrever o seguinte trecho do Voto do Acórdão 2355/2018-Plenário:
>
> > 68. Desta feita, como a processualística do TCU é baseada, em essência, em provas documentais, não procede a alegação da empresa de que deveria participar da produção de provas. O exercício do direito de defesa acontece, como de fato ocorreu, dando-se à parte a possibilidade de questionar os documentos acostados nos autos. Assim, não cabe falar que não foi dado o pleno direito de defesa e possibilitado o contraditório.
> > 69. Quanto à específica alegação de que deveria ter sido realizada diligência ou exame pericial, a jurisprudência do TCU é firme no sentido de que não compete ao Tribunal determinar, a pedido do responsável, a

Documento assinado via Token digitalmente por CLAUDIA SAMPAIO MARQUES, em 03/09/2021 10:24. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 91796ba1.70d620f5.5fff6b51.d74fce25

> realização de diligência, perícia ou inspeção para a obtenção de provas, uma vez que constitui obrigação da parte apresentar os elementos que entender necessários para a sua defesa (v.g. Acórdãos Plenário 1.190/2018, 1.241/2017 e 859/2013).
> 70. O Regimento Interno do TCU, por sua vez, assim dispõe:
>
> > *'Art. 162. As provas que a parte quiser produzir perante o Tribunal devem sempre ser apresentadas de forma documental, mesmo as declarações pessoais de terceiros*.'
>
> 71. Em sendo assim, eventual elemento probante que o responsável julgue pertinente apresentar deveria ter sido providenciado pelo próprio e acostado aos autos no momento oportuno. (grifamos)

46. A impetrante questiona também a utilização de prova emprestada no âmbito do TC 013.385/2017-8.
47. Outrossim não lhe assiste razão. A utilização de prova emprestada não se reveste de ilegalidade alguma, conforme explicitado no Voto do Acórdão 2355/2018-Plenário:

> 62. Quanto à próxima alegação, tal qual salientado pela unidade técnica, a jurisprudência do TCU consigna o entendimento de que a existência de outros processos judiciais ou administrativos acerca dos mesmos fatos ilícitos não caracteriza litispendência nem repetição de eventual sanção sobre mesmo fato (**bis in idem**), considerando que, no ordenamento jurídico brasileiro, vigora o princípio da independência das instâncias.
> 63. Outrossim, o fato de se utilizar de provas produzidas em processos judiciais também não repercute nesse entendimento, pois esta Corte fará juízo próprio do valor dessas provas, independentemente da valoração efetuada em outras instâncias.
> 64. Quanto à validade das provas emprestadas acostadas nos autos, trago à baila as considerações efetuadas no voto condutor do Acórdão 414/2018-Plenário, quando registrou-se ser a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assente quanto à possibilidade de utilização, em determinado processo, de provas produzidas em outros processos:(...)

(...)
48. Cabe ainda transcrever o seguinte trecho do Voto do Acórdão 1566/2020-Plenário:

> > 29. Corroboro o entendimento do MPTCU no sentido de que o exercício do contraditório pela empresa deu-se no âmbito desta Corte e prescinde de sua oitiva em outras instâncias. As evidências contidos nestes autos, sobre as quais a recorrente teve oportunidade de se manifestar, constituem indícios vários e coincidentes da ocorrência de fraude e de sua participação no ilícito.
> > 30. Em acréscimo, endosso o posicionamento da Serur quando defende a robustez e a suficiência da planilha apreendida pela Polícia Federal na sede da Engevix como prova da existência do cartel e da participação da Iesa.
> > 31. Sendo assim, não há que se falar em nulidade do acórdão recorrido ou em reabertura da instrução dos autos para produção de provas pela Iesa.” (fls. 13.720/13.722 – destaques originais)

Documento assinado via Token digitalmente por CLAUDIA SAMPAIO MARQUES, em 03/09/2021 10:24. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 91796ba1.70d620f5.5fff6b51.d74fce25

23. De fato, o entendimento adotado está afinado com a jurisprudência desse Pretório Excelso, que é justamente no sentido de que "*o Regimento Interno do Tribunal de Contas da União prevê diversas oportunidades para que as partes produzam as provas necessárias à elucidação dos fatos e à comprovação da regularidade dos atos por elas praticados*", e de que "*A circunstância de a produção dessas provas naquele Tribunal ser feita apenas de forma documental não conduz ao reconhecimento da alegada contrariedade ao princípio da ampla defesa*" (**MS nº 29.137/DF**, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe de 28.2.2013). Da mesma forma, "*É assente na jurisprudência desta Corte a admissibilidade, em procedimentos administrativos ou civis, de prova emprestada produzida em processo penal, mesmo que sigilosos os procedimentos criminais*" (**Inq. Nº 3.305-AgR/RS**, Relator p/ acórdão Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe de 1º.7.2016).

24. E vale a pena conferir ainda, no mesmo sentido, os seguintes precedentes:

> "CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. **MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER NÃO CARACTERIZADOS. INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL NÃO VERIFICADO. PRODUÇÃO FACULTADA AO INVESTIGADO. OBSERVÂNCIA AOS POSTULADOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. DECISÃO EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL FIXADA POR ESTA CORTE. PRECEDENTES. RECURSO DE AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO." (destaques do MPF)
> (**MS nº 33.441-AgR/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJe de 1º.8.2018**)

> "AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO. **TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**. COMPETÊNCIA. CONCURSO MATERIAL. FRAUDE. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. ADMINISTRADOR DE HOSPITAL. SIGILOS BANCÁRIO E FISCAL. **PROVA EMPRESTADA**. APLICAÇÃO RETROATIVA DE LEI. CARÁTER SANCIONADOR.
> 1. A competência do TCU é fixada a partir da origem dos recursos públicos, logo independe da natureza do ente envolvido na relação jurídica, inclusive na seara do Sistema Único de Saúde.
> 2. É possível a utilização em processo administrativo de provas emprestadas de processo penal, quando haja conexão entre os feitos.
> 3. A controvérsia relativa à retroatividade da aplicação da Lei 8.443/92 ao caso concreto cinge-se ao âmbito infraconstitucional.
> 4. Agravo regimental a que se nega provimento." (destaques do MPF)

Documento assinado via Token digitalmente por CLAUDIA SAMPAIO MARQUES, em 03/09/2021 10:24. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 91796ba1.70d620f5.5fff6b51.d74fce25

> **(RE nº 934.233-AgR/RS, Rel. Min. Edson Fachin, Primeira Turma, julgado em 14/10/2016**)

25. Alega a impetrante, a seguir, que o ato coator "*não realizou a **individualização das condutas** dos alegadamente envolvidos nos fatos, violando os princípios do contraditório e ampla defesa e da motivação (art. 2º da Lei nº 9.784/99)"* (fls. 6 – destaque original).

26. Sem razão, novamente.

27. Conforme se infere da leitura do voto proferido no Acórdão nº 2355/2018-Plenário/TCU, o Ministro Relator, Benjamin Zymler, detalhou com precisão todas as condutas que levaram à condenação da empresa impetrante, bastando trazer à colação o seguinte trecho do Relatório do Acórdão nº 1556/2020-Plenário (de onde se extrai as alegações da impetrante e a análise da Secretaria de Recursos, acolhida pelo Relator, sobre a questão), *in verbis* (v. fls. 13.722/13.724):

> "**108. MÉRITO**
> **109. A validade dos fundamentos para a condenação da recorrente à pena de inidoneidade para participar de licitação da Administração Pública Federal.**
> 110. A não individualização da conduta ilícita (p. 26-32):
> 111. As únicas alusões pontuais feitas à Iesa foram com referência a planilha apreendida na sede da empresa Engevix e a declarações prestadas por Dalton Avancini. Não há qualquer descrição individualizada da conduta supostamente imputável à recorrente.
> 112. O acórdão recorrido sustenta que houve a individualização da conduta em itens do respectivo relatório e no ofício de notificação da oitiva. Mas os outros processos e decisões referidos fazem apenas a mesma descrição genérica.
> 113. Não se verifica nos autos imputação específica em relação à Iesa, o que é reprovado pelo STF (RHC 85658/ES, Relator Cezar Peluso).
> Presumiu-se a culpa da recorrente, simplesmente por ter participado da licitação em consórcio.
> 114. Assim sendo, deve-se reconhecer a nulidade do presente processo e, por consequência, do acórdão recorrido.
> 115. Análise:
> **116. Ao contrário do que alega a empresa recorrente, o Ofício 124/2016-TCU/SeinfraOperações, de 5/7/2016 (peça 74 do TC 016.119/2016-9), por meio do qual se procedeu à sua oitiva, lista com precisão as condutas que lhe foram imputadas nestes autos, nos seguintes termos (peça 69, p. 4):**
> '1.1. irregularidade: Conluio entre as empresas e fraude às licitações mediante as seguintes condutas:

Documento assinado via Token digitalmente por CLAUDIA SAMPAIO MARQUES, em 03/09/2021 10:24. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 91796ba1.70d620f5.5fff6b51.d74fce25

1.1.1. combinação de preços;
1.1.2. quebra de sigilo das propostas;
1.1.3. divisão de mercado;
1.1.4. oferta de propostas de cobertura para justificar o menor preço ofertado;
1.1.5. combinação prévia de resultados e consequente direcionamento das licitações; e
1.1.6. ausência de formulação de proposta para beneficiar a empresa escolhida pelo cartel.'
117. O ofício também deixa claro que essas condutas sujeitavam a recorrente à pena de inidoneidade para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal, nos termos do art. 46 da Lei 8.443/1992.
118. Como visto acima, o voto condutor do acórdão recorrido apresenta compilação das evidências probatórias da ocorrência de fraudes nas licitações da Rnest (peça 68, p. 2-5) e da participação da empresa recorrente no cartel que praticou essas ilicitudes (peça 68, p. 5-11).
119. Em particular, ao contrário do que alega a recorrente, além dos elementos que menciona, são citadas as seguintes evidências específicas do seu envolvimento nas referidas fraudes: informações da empresa SOG Óleo e Gás no histórico de conduta do acordo de leniência firmado com o Cade (peça 31, p. 25-26); termos de colaboração de Pedro Barusco Filho, Gerente da Diretoria de Serviços da Petrobras (peça 20, p. 2 e 4), e de Augusto Mendonça Neto, executivo da empresa Setal Engenharia e Construções (peça 34, p. 5-7); e interrogatório, em ação penal, de Paulo Roberto Costa, Diretor de Abastecimento da Petrobras (peça 30, p. 8).
120. Também se destacou acima a força probatória da planilha apreendida na Engevix, capaz de, em conjunto com as demais evidências apresentadas, formar convicção segura acerca da irregularidade praticada pela recorrente.
121. Não houve, portanto, a pretensa presunção de culpa da recorrente, nem a narração deficiente ou insuficiente, a dificultar ou impedir o pleno exercício dos poderes da defesa, reprovada pela jurisprudência do STF, mas sim a detalhada individualização de sua conduta, secundada por diversos elementos comprobatórios.
122. Não deve ser acolhido, portanto, o pleito da recorrente de anulação do acórdão decorrido em decorrência de suposta fata de individualização de sua conduta ilícita. (grifamos)" (destaques originais)

28. Defende ainda que o ato coator "*incorreu em premente **ilegalidade ao separar os processos sancionatórios** de empresas que supostamente agiram em conluio, aplicando-lhes penalidades separadas e em momentos distintos por condutas conjuntas*" (fls. 6 – destaque original). Porém, tal como corretamente assinalado nas informações prestadas pela Corte impetrada, "*A processualística que disciplina o desempenho das atividades do TCU, composta sobretudo pela Lei 8.443/92 e pelo Regimento Interno, não impede a formação de processos apartados, a qual, em essência, tem por finalidade racionalizar o andamento dos atos processuais de controle e dar máxima densidade aos princípios do contraditório e ampla defesa*" (fls. 13.732). E continua:

Documento assinado via Token digitalmente por CLAUDIA SAMPAIO MARQUES, em 03/09/2021 10:24. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 91796ba1.70d620f5.5fff6b51.d74fce25

> 69. Logo, é evidente que a atuação do TC 013.385/2017-8 não trouxe qualquer prejuízo à impetrante. Não há qualquer vício de legalidade nessa autuação. E ainda que em exercício de imaginação houvesse não seria o caso de declarar-se nulidade. Seria o caso de aplicação brocardo *pas de nullité sans grief*, o qual se encontra positivado no art. 171 do Regimento Interno:
>
> > Art. 171. Nenhum ato será declarado nulo se do vício não resultar prejuízo para a parte, para o erário, para a apuração dos fatos pelo Tribunal ou para a deliberação adotada. (fls. 13.732/'3.733)

29. Ainda irresignada, pondera a impetrante que o ato coator "*violou o devido processo legal e* ***excedeu o poder sancionador da Corte de Contas*** *ao penalizar a Impetrante sem prévia instauração de Tomada de Contas, isto é, sem apurar "ilegalidade de despesa" ou "irregularidade de contas" (art. 71, VIII, CF/88)* (fls. 6 – destaque original).

30. Tal alegação, da mesma forma, não prospera. Consta das informações prestadas pelo TCU o seguinte:

> "61. Inicialmente, há de se destacar que a impetrante, por meio do Acórdão 2355/2018-Plenário (mantido inalterado pelos Acórdãos subsequentes), foi declarada inidônea para participar de licitação na administração pública federal com base no art. 46 da Lei 8.443/92. Não há qualquer incompatibilidade entre esse art. 46 e o art. 71, inciso VIII, da Constituição Federal, o qual, diga-se, é amplo o suficiente para eventualmente abarcar cominações decorrentes de fraude à licitação.
> 62. No que se refere a compatibilidade entre o art. 46 da Lei 8.443/92 e a Constituição Federal cite-se o seguinte precedente da Suprema Corte:
>
> > Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. DEVIDO PROCESSO LEGAL. SANÇÃO DE INIDONEIDADE. 1. Em processo administrativo no âmbito do Tribunal de Contas, é válida a comunicação por edital depois de tentativa frustrada de comunicação postal (**Lei** nº **8.443**/1992, **art**. 23, III). **2. É constitucional o art. 46 da Lei nº 8.443/1992, que institui sanção de inidoneidade a particulares por fraude a licitação, aplicável pelo TCU. Precedente: Pet 3.606 AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence**. 3. Ordem denegada. (MS 30788, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 21/05/2015)" (fls. 13.729 – destaques originais)

31. De fato, está correta a Corte de Contas ao afirmar que "*não há norma alguma que estabeleça, como pressuposto de aplicação do dito art. 46, a instauração de processo de tomada de contas ordinária ou especial*", que, "*À*

Documento assinado via Token digitalmente por CLAUDIA SAMPAIO MARQUES, em 03/09/2021 10:24. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 91796ba1.70d620f5.5fff6b51.d74fce25

luz da processualística da Corte de Contas, a instauração de tomada de contas especial é necessária quando se vislumbra possível condenação do responsável por dano ao erário" e que, "*Com efeito, uma das finalidades da tomada de contas especial é justamente a quantificação do dano ao erário (art. 8º, Lei 8.443/92)*" (fls. 13.729/13.730).

32. E, conforme se infere dos autos, o objeto do TC nº 013.385/2017-8 era a averiguação da existência de **fraude à licitação**, e não de dano ao erário, razão pela qual se mostra dispensável, realmente, a instauração do processo de tomada de contas especial como pretende a empresa impetrante. De se notar, ademais, que o TC nº 013.385/2017-8 possui natureza de "*representação*", nos termos dos arts. 86, inciso II, da Lei nº 8.443/92 e 237 do Regimento Interno do TCU.

33. Acerca dos questionamentos envolvendo a dosimetria da pena, melhor sorte não socorre a impetrante. Eis, no que interessa, o seguinte trecho do Acórdão nº 2355/2018-Plenário/TCU, *in verbis*:

> "VII – DA DOSIMETRIA DA PENA
> 78. O envolvimento da Iesa Óleo & Gás S/A na atuação do cartel na Rnest pode ser assim sintetizado: i) UCR-Rnest, foi convidada duas vezes e não apresentou propostas; ii) UDA-Rnest, foi convidada duas vezes e apresentou propostas não vencedoras; iii) Tubovias, foi convidada três vezes e apresentou propostas, sendo a última vencedora; iv) UHDT-Rnest, foi convidada duas vezes e não apresentou propostas. Ou seja, a empresa contribuiu para a fraude em nove processos licitatórios.
> 79. A unidade técnica manifestou-se no sentido de que a empresa deveria ser declarada inidônea pelo período de cinco anos. O Ministério Público junto ao TCU propôs que a condenação seja pelo período de oito anos e quatro meses.
> 80. Por um lado, a unidade técnica considerou que a prática delituosa ocorreu de forma reiterada e ampla nas licitações da Petrobras, não se tratando de incidência isolada. Dessa forma, a sanção deveria guardar proporção com a reiteração da prática, com a gravidade dos atos ilícitos e com materialidade das irregularidades.
> 81. O **Parquet**, por sua vez, entendeu que a sanção deve ser aplicada separadamente para cada licitação fraudada e depois somada de acordo com a regra do concurso material, aplicando-se, quando for o caso, a continuidade delitiva prevista no art. 71 do Código Penal.
> 82. O ponto fulcral de divergência entre a unidade técnica e o Ministério Público junto ao TCU está centrado na limitação das penas e na aplicação do disposto no Acórdão 348/2016-Plenário, mediante o qual foi firmado entendimento sobre o limite temporal da sanção de inidoneidade aplicada pelo TCU com base no art. 46 da Lei 8.443/1992, no sentido de que a cumulação

Documento assinado via Token digitalmente por CLAUDIA SAMPAIO MARQUES, em 03/09/2021 10:24. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 91796ba1.70d620f5.5fff6b51.d74fce25

de mais de uma sanção desse tipo estaria temporalmente limitada, em seu conjunto, a cinco anos.
83. Insta salientar que o entendimento presente no Acórdão 348/2016-Plenário vem sendo, desde então, aplicado pela jurisprudência subsequente desta Corte de Contas, conforme se dessume do Acórdão 1.704/2017-Plenário. Além disso, as regras de limitação temporal para cumulação de sanções de declaração de inidoneidade, definidas no Acórdão 348/2016-Plenário, foram adaptadas para as sanções de inabilitação para o exercício de cargo em comissão e função de confiança no âmbito da administração pública impostas ao mesmo responsável, limitando-as, nos termos do art. 60 da Lei 8.443/1992, ao total de oito anos, a serem cumpridas sucessivamente (Acórdão 714/2016-Plenário).
84. Nessa linha, por concordar com os fundamentos do Acórdão 348/2016-Plenário, entendo que a pena máxima aplicável no presente caso é de cinco anos. Tal entendimento foi recentemente corroborado por esta Corte mediante os Acórdãos Plenário 300/2018, 414/2018, 1.221/2018, 1.744 e 2.135, todos referentes à apuração de fraude em licitações no âmbito da Rnest.
85. Sob essa premissa, acolho a argumentação do Ministério Público junto ao TCU no sentido de que a pena máxima deve ser reservada àqueles que praticaram conduta de maior gravidade em cada fraude. Nesse sentido, transcrevo as seguintes ponderações do **Parquet**:

> "*Contudo, a pena máxima não deve recair igualmente sobre todas as empreiteiras, mas somente sobre as que praticaram as condutas mais graves em cada fraude.*
> *Proponho, então, os critérios seguintes para que se possa sopesar o grau de culpabilidade em função das condutas empregadas.*
> *A conduta mais gravosa corresponde à apresentação de proposta próxima ao limite admitido pela Petrobras, a fim de vencer o certame e celebrar contrato com preços excessivos. ...*
> *Às licitantes que apresentaram proposta de cobertura para conferir uma aparência de regularidade ao certame seria imputado prazo menor ...*
> *Sanção menor ainda seria imposta às empresas que adotaram conduta omissiva dolosa, que foram convidadas para o certame, mas se abstiveram de oferecer proposta...*" (Grifou-se).

86. O caso em tela se aproxima daqueles em que foi apreciada a conduta das empresas Queiroz Galvão e OAS, as quais foram declaradas inidôneas pelo período de cinco anos para participar de licitações no âmbito da administração pública federal.
87. Para se chegar nessa dosimetria, foi considerado que as empresas auferiram benefício direto decorrente em pelo uma das contratações objeto destes autos, os seja, as condutas impugnadas não se limitaram a dar suporte a contratações de outras empresas, pois se prestaram para que a própria infratora se beneficiasse de determinada contratação – no caso, a das Tubovias. Em sendo assim, sopesando a gravidade da conduta imputada à Iesa Óleo & Gás S/A, principalmente os comportamentos referentes aos processos licitatórios fraudados que redundaram em contratação, entendo que a sanção de inidoneidade a ser aplicada no presente caso deva ser de cinco anos." (fls. 13.724/13.726 – destaques originais)

34. Está claro, nesses termos, que a sanção de inidoneidade aplicada no presente caso (de cinco anos) levou em consideração não apenas o fato de a

Documento assinado via Token digitalmente por CLAUDIA SAMPAIO MARQUES, em 03/09/2021 10:24. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 91796ba1.70d620f5.5fff6b51.d74fce25

impetrante ter contribuído **para a fraude em nove processos licitatórios**, mas também a gravidade da sua conduta, "*principalmente os comportamentos referentes aos processos licitatórios fraudados que redundaram em contratação*", e a circunstância de o presente caso se aproximar daqueles em que foi apreciada a conduta das empresas Queiroz Galvão e OAS (que foram declaradas inidôneas também pelo período de cinco anos), razão porque não há que se falar em violação aos princípios constitucionais da livre iniciativa (CF/88, arts. 1º, IV, 5º, *caput* e inciso XXIII, e 170), da razoabilidade (art. 2º da Lei nº 9.784/99) e da preservação da empresa (Lei nº 11.101/05, art. 47).

35. Por fim, sem razão a impetrante quanto ao suposto vício quanto à competência.

36. De fato, tal como acertadamente concluiu a autoridade impetrada, as competências do Tribunal de Contas da União têm sede na Constituição Federal e também na sua Lei Orgânica, não se confundindo, portanto, com as competências do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). E, de fato, no âmbito do TC nº 013.385/2017-8 apurou-se a ocorrência de **fraude à licitação** envolvendo a refinaria Abreu e Lima, que pode ou não se dar juntamente com a formação de cartel.

37. Logo, não pretendeu a Corte de Contas apurar quaisquer ilícitos concorrenciais, não sendo o caso, dessa forma, de se cogitar de conflito entre o processo que culminou na declaração de inidoneidade da impetrante com aquele que tramita no CADE. A esse respeito, vale a pena conferir a seguinte passagem do Acórdão nº 2355/2018-Plenário/TCU, *in verbis*:

"**RELATÓRIO**

(II) Das questões preliminares
(II.1) Da alegação de incompetência do TCU
2. A lesa alega que a presente representação está ligada a análise de matéria concorrencial, que o enfrentamento das questões de fato levantadas nestes autos impõe a análise da ocorrência de condutas anticompetitivas e que tal análise implica em intrusão em competência específica e exclusiva do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, por expressa previsão da Lei 12.529/2011 (Peça 253 do TC 016.119/2016-9, pg. 7).

Documento assinado via Token digitalmente por CLAUDIA SAMPAIO MARQUES, em 03/09/2021 10:24. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 91796ba1.70d620f5.5fff6b51.d74fce25

Análise

3. As competências do TCU têm sede na Constituição Federal e em sua Lei Orgânica, e em nada se confundem com as competências do CADE. No presente processo, apura-se a ocorrência de fraude a licitação, que pode ou não se dar juntamente com a formação de cartel. Não pretende o TCU apurar ilícitos concorrenciais, de forma que não há nenhum conflito entre o presente processo e o que tramita no CADE.

4. A ação do CADE se deve à concentração econômica das construtoras em ação cartelizada, enquanto a competência do TCU é de controle constitucional para verificar a escorreita aplicação dos recursos públicos. De outro modo, se a atuação dessas empresas cartelizadas tivesse sido no âmbito exclusivo do mercado privado de construção civil, a competência seria realmente exclusiva do CADE, contudo, esse grupo de empresas atuou, em conluio, mediante fraude à licitação pública, para obter contratação ilegal junto à Petrobras. Portanto, conforme art. 71, inciso II c/c VIII, da Constituição Federal/1988 e artigo 46 da LOTCU, é competência do TCU reprimir fraude a licitação promovida por sociedade de economia mista, ente da Administração Indireta, de forma concorrente à competência do CADE para reprimir a ocorrência de concentração econômica mediante cartel.

5. Não custa lembrar que o Ofício 0124/2016-TCU/SeinfraOperações, de 05/07/2016 (peça 74 do TC 016.119/2016-9) determinou à Iesa Óleo & Gás S/A que se pronunciasse quanto às seguintes ocorrências:

1.1. irregularidade: Conluio entre as empresas e fraude às licitações mediante as seguintes condutas:
1.1.1. combinação de preços;
1.1.2. quebra de sigilo das propostas;
1.1.3. divisão de mercado;
1.1.4. oferta de propostas de cobertura para justificar o menor preço ofertado;
1.1.5. combinação prévia de resultados e consequente direcionamento das licitações; e
1.1.6. ausência de formulação de proposta para beneficiar a empresa escolhida pelo cartel.

6. O mesmo ofício segue ressaltando que, caso confirmada a ocorrência de fraude à licitação, poderá ser declarada inidoneidade da empresa para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal, nos termos do art. 46 da Lei 8.443/1992, que trata exclusivamente de fraude comprovada à licitação, de forma que deixa extremamente clara a tipificação do ato ilícito, não havendo razão para se faça confusão com a apuração de formação de cartel de competência do CADE, muito menos alegar que o TCU estaria extrapolando suas competências.

7. Portanto, o ilícito apurado nestes autos e para o qual a empresa foi chamada a se defender é o de <u>fraude à licitação</u>.

Dessa forma, o pedido da Iesa de extinção ou de suspensão do presente processo não merece prosperar pelos seguintes motivos: (i) não há direito subjetivo que assista à Iesa neste sentido. Embora o artigo 157 do RITCU permita ao relator sobrestar o processo, não há obrigação legal ou no RITCU que obrigue tal suspensão pelos questões alegadas, ainda que exista processo administrativo tramitando no CADE tratando da mesma conduta, haja vista a independência das instâncias; e (ii) a extinção ou suspensão solicitada contraria o interesse público, os princípios constitucionais da moralidade e da eficiência e, tem caráter meramente protelatório, pois que a tramitação concomitante do processo no CADE em nada prejudica a possibilidade da Iesa

Documento assinado via Token digitalmente por CLAUDIA SAMPAIO MARQUES, em 03/09/2021 10:24. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 91796ba1.70d620f5.5fff6b51.d74fce25

se defender e a decisão do TCU em nada depende da decisão que venha a ser tomada pelo CADE.

VOTO

59. Em relação ao primeiro argumento, cabe consignar que a fraude em licitações públicas encontra-se tanto dentre as competências do Cade para preservar a ordem econômica (Lei 12.529/2011) quanto dentre as competências do TCU para apreciar a regularidade da aplicação de recursos federais (art. 70 da Constituição Federal).
60. Essas competências concorrentes, entretanto, devem ser exercidas de forma independente por cada órgão, de acordo com seu plexo de atribuição. De modo contrário, caso se pretenda afastar a atuação do TCU, estar-se-ia adotando entendimento que contrariaria frontalmente o disposto na Constituição Federal, o que, por óbvio, não merece prosperar. Esse entendimento tem sido sufragado por esta Corte em diversas ocasiões em que a questão foi posta (**v.g**. Acórdãos Plenário 300/2018, 414/2018 e 1.221/2018).
61. Em outras palavras, como bem colocou a unidade técnica, '*não há sobreposição de competências na atuação do Cade e do TCU, haja vista que a natureza da atuação constitucional de controle externo do TCU é distinta da atuação do Cade, que se refere à concentração econômica*'" (v. fls. 13.727/13.729 – destaques originais).

38. Ante o exposto, manifesta-se o Ministério Público Federal pela denegação da segurança.

Brasília, 2 de setembro de 2021

CLÁUDIA SAMPAIO MARQUES
Subprocuradora-Geral da República

Documento assinado via Token digitalmente por CLAUDIA SAMPAIO MARQUES, em 03/09/2021 10:24. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 91796ba1.70d620f5.5fff6b51.d74fce25