



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 29789 - DF (2023/0385084-7)

RELATORA : **MINISTRA REGINA HELENA COSTA**
IMPETRANTE : CONSTRUTORA BARBOSA MELLO SA
ADVOGADOS : ANTONIO HENRIQUE MEDEIROS COUTINHO - DF034308
GUILHERME HENRIQUE MAGALDI NETTO - DF004110
ARTHUR LIMA GUEDES - DF018073
JULIANA ANDRADE LITAIFF - DF044123
MARIA CLÁUDIA BUCCHIANERI PINHEIRO - DF025341
IMPETRADO : MINISTRO DA CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO
INTERES. : UNIÃO

EMENTA

ADMINISTRATIVO. ATOS ADMINISTRATIVOS. PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. NULIDADE. NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. RETROATIVIDADE DA LEI DE DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. TEMA 1.199/STF. NECESSIDADE DE PREVISÃO EXPRESSA. SEGURANÇA DENEGADA.

I – Esta Corte possui entendimento consolidado segundo o qual a impetração de mandado de segurança pressupõe a existência de direito líquido e certo, comprovado mediante prova pré-constituída.

II – A prescrição da pretensão punitiva de irregularidade administrativa, em hipótese também passível de enquadramento como ilícito criminal, rege-se pelo comando normatizado nos arts. 1º, § 2º, da Lei n. 9.873/1999, e art. 109 do Código Penal.

III - Desnecessária a efetiva persecução penal para que a pretensão punitiva da Administração seja regida pela norma penal. Precedentes.

IV - A partir da prova documental pré-existente e das informações registradas nos autos, não há elementos para identificar a insuficiência de lastro probatório no processo conduzido pela Administração Federal, inviabilizando o reconhecimento de nulidade por esse argumento.

V - Em observância à compreensão firmada pelo Supremo Tribunal Federal no Tema n. 1.199 acerca do “direito administrativo sancionador”, a penalidade administrativa deve se basear no princípio do *tempus regit actum*, salvo se houver previsão autorizativa de aplicação do normativo mais benéfico posterior às condutas pretéritas.

VI – Segurança denegada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo o julgamento, por unanimidade, denegar a segurança, restando

prejudicado o Agravo Interno de fls. 262/329e, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Teodoro Silva Santos, Afrânio Vilela, Benedito Gonçalves e Sérgio Kukina votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Gurgel de Faria e Marco Aurélio Bellizze.

Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão e, ocasionalmente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Sérgio Domingues.

Brasília, 27 de novembro de 2024.

REGINA HELENA COSTA

Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 29789 - DF (2023/0385084-7)

RELATORA : **MINISTRA REGINA HELENA COSTA**
IMPETRANTE : CONSTRUTORA BARBOSA MELLO SA
ADVOGADOS : ANTONIO HENRIQUE MEDEIROS COUTINHO - DF034308
GUILHERME HENRIQUE MAGALDI NETTO - DF004110
ARTHUR LIMA GUEDES - DF018073
JULIANA ANDRADE LITAIFF - DF044123
MARIA CLÁUDIA BUCCHIANERI PINHEIRO - DF025341
IMPETRADO : MINISTRO DA CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO
INTERES. : UNIÃO

EMENTA

ADMINISTRATIVO. ATOS ADMINISTRATIVOS. PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. NULIDADE. NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. RETROATIVIDADE DA LEI DE DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. TEMA 1.199/STF. NECESSIDADE DE PREVISÃO EXPRESSA. SEGURANÇA DENEGADA.

I – Esta Corte possui entendimento consolidado segundo o qual a impetração de mandado de segurança pressupõe a existência de direito líquido e certo, comprovado mediante prova pré-constituída.

II – A prescrição da pretensão punitiva de irregularidade administrativa, em hipótese também passível de enquadramento como ilícito criminal, rege-se pelo comando normatizado nos arts. 1º, § 2º, da Lei n. 9.873/1999, e art. 109 do Código Penal.

III - Desnecessária a efetiva persecução penal para que a pretensão punitiva da Administração seja regida pela norma penal. Precedentes.

IV - A partir da prova documental pré-existente e das informações registradas nos autos, não há elementos para identificar a insuficiência de lastro probatório no processo conduzido pela Administração Federal, inviabilizando o reconhecimento de nulidade por esse argumento.

V - Em observância à compreensão firmada pelo Supremo Tribunal Federal no Tema n. 1.199 acerca do “direito administrativo sancionador”, a penalidade administrativa deve se basear no princípio do *tempus regit actum*, salvo se houver previsão autorizativa de aplicação do normativo mais benéfico posterior às condutas pretéritas.

VI – Segurança denegada.

RELATÓRIO

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA REGINA HELENA COSTA

(Relatora):

Trata-se de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, impetrado pela **CONSTRUTORA BARBOSA MELLO S. A.** contra ato imputado ao **SR. MINISTRO DE ESTADO DA CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO**, consistente no

indeferimento de pedido de reconsideração da decisão que aplicou a penalidade de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, nos termos do art. 87, IV, da Lei n. 8.666/1993, nos autos do Processo Administrativo de Responsabilização nº 00190.104186/2020-37 (fls. 3/39e).

Sustenta a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal, bem como defende a inviabilidade de condenação lastreada apenas em declarações constantes em acordos de colaboração premiada e leniência, asseverando, de forma subsidiária, a aplicação retroativa das normas de caráter sancionador mais benéficas, especificamente, as Leis ns. 12.846/2013 e 13.303/2016, a fim de revisar a penalidade aplicada (fls. 8/32e).

Por derradeiro, requer a concessão da segurança a fim de ser reconhecida a nulidade do PAR nº 00190.104186/2020-37 (fl. 37e).

Acompanham a exordial os documentos de fls. 40/372e.

Determinada emenda à inicial (fls. 384/428e), foram juntados os documentos de fls. 886/958e.

Conclusos os autos para exame do pedido de antecipação da tutela (fl. 429e), foi indeferido (fls. 430/434e).

A União solicitou seu ingresso no *mandamus* (fl. 441e).

Foi apresentado Agravo Interno (fl. 444/471e), com contrarrazões às fls. 628/629e.

O prazo para apresentação de informações transcorreu *in albis* (fl. 631e).

O Ministério Público apresentou manifestação na qualidade de *custos iuris* (fl. 633e).

A Impetrante realizou pedido de reconsideração e solicitou a decretação de sigilo dos documentos juntados aos autos (fls. 667/692e), o que foi indeferido (fls. 2.198/2.208e).

Instada a se manifestar, a União postulou o sigilo da Nota Informativa n. 512, por conter informações de processos de investigação da Controladoria-Geral da União, e a denegação da segurança (fls. 2.224/2.231e), apresentada resposta pela Impetrante às fls. 2.285/2.286e.

É o relatório.

VOTO

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA REGINA HELENA COSTA

(Relatora):

Nos termos do art. 105, I, *b*, da Constituição da República, compete a este Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, os mandados de

segurança contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal.

Pretende a Impetrante, em síntese, a revisão de ato praticado pela Autoridade Impetrada, consistente na declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública até posterior processo de reabilitação, no qual deve comprovar, cumulativamente: a) o escoamento do prazo mínimo de 2 anos sem licitar e contratar com a Administração Pública, contados da data da aplicação da pena; b) o ressarcimento dos prejuízos causados ao erário; e c) a superação dos motivos determinantes da punição (decisão n. 175 da Controladoria Geral da União, fl. 138e).

De início, indefiro o pedido de decretação de sigilo dos documentos juntados aos autos, porquanto não se indicou, precisamente, os motivos, as cláusulas de confidencialidade e os fatos que o autorizariam.

Passo ao exame dos argumentos trazidos pela Impetrante.

1. DA TEMPESTIVIDADE

O *mandamus* foi impetrado dentro do prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias, porquanto a decisão sob o crivo da reconsideração expressamente suspendeu seus efeitos até o julgamento final da controvérsia (fl. 138), ficando vedado, portanto, o questionamento judicial prematuro, com vista ao disposto no art. 5º, I, da Lei n. 12.016/2009.

Nesse cenário, proferida a decisão impugnada em 10.10.2023 (fl. 68e), com o ajuizamento da demanda em 20.10.2023 (fl. 1), há que se reconhecer a tempestividade do *writ*.

2. DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA

Registre-se, preliminarmente, que a prescrição da pretensão punitiva de irregularidade administrativa, em hipótese também passível de enquadramento como ilícito criminal, rege-se pelo comando normatizado no art. 1º, § 2º, da Lei n. 9.873/1999, cumulado com o art. 109 do Código Penal, assim dispostos:

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.

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo

da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;

II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;

III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;

IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;

V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

Consoante a jurisprudência dessa Corte, em virtude da independência das esferas administrativa e criminal, é desnecessária a efetiva persecução penal para que a pretensão punitiva da Administração seja regida pelos prazos dos citados artigos, devendo-se ter como parâmetro a pena do crime *in abstrato*:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ANULATÓRIA. MULTA ADMINISTRATIVA IMPOSTA PELO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA TAMBÉM TIPIFICADA COMO CRIME. PRESCRIÇÃO. OBSERVÂNCIA DA LEGISLAÇÃO PENAL. DESNECESSIDADE DE INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL PACÍFICA DA PRIMEIRA SEÇÃO.

1. Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC (Enunciado n. 3 do Plenário do STJ).

2. O § 2º do art. 1º da Lei n. 9.873/1999 estabelece que, "quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição rege-se-á pelo prazo previsto na lei penal".

3. Havendo previsão legal, a incidência dos prazos de prescrição previstos na legislação penal não está condicionada à apuração criminal do fato ilícito, notadamente em razão da independência entre as esferas criminal e administrativa. Precedentes da Primeira Seção.

4. No caso dos autos, o recurso da autarquia federal deve ser provido e o acórdão, cassado, pois o TRF da 4ª Região decidiu: "a pretensão punitiva relativa à infração administrativa que também configura crime em tese somente se sujeita ao prazo prescricional previsto para a infração penal quando instaurada a respectiva ação penal".

5. Recurso especial provido.

(REsp n. 1.871.758/PR, relator Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, j. 3.5.2022, DJe 5.5.2022).

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO ANULATÓRIA. MULTA AMBIENTAL. FATO TAMBÉM TIPIFICADO COMO CRIME. PRAZO PRESCRICIONAL. LEI PENAL. PRECEDENTES. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ. HONORÁRIOS RECURSAIS. MAJORAÇÃO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL CONHECIDO PARA NÃO CONHECER DO RECURSO ESPECIAL.

I - Na origem trata-se de ação anulatória movida por PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRÁS contra o INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA, objetivando o reconhecimento da decadência do direito de aplicar

o auto de infração. Na sentença julgou-se improcedente o pedido. No Tribunal a quo a sentença foi reformada, para reconhecer a decadência do direito de aplicar a infração. O valor da causa foi fixado em R\$ 2.073.870,00 (dois milhões, setenta e três mil, oitocentos e setenta reais). II - A Corte de origem bem analisou a controvérsia com base nos seguintes fundamentos:[...] No caso, a Petrobrás reportou os dados de 2007 em março/2008[13], tendo o Ibama, portanto, decaído em relação a esse período, pois passaram-se mais de dois anos até a autuação em novembro/2010. A Lei nº 12.234/2010, que aumentou o prazo prescricional do art. 107, VI, do CP de 2 para 3 anos, é, aqui, inaplicável, pois entrou em vigor em maio/2010, após concretizada a decadência em março/2010. [...]

III - O entendimento do Tribunal de origem está em consonância com a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o § 2º, do art. 1º da Lei n. 9.873/1999 estabelece que "quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição rege-se-á pelo prazo previsto na lei penal" (REsp n. 1.871.758/PR, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 3/5/2022, DJe de 5/5/2022; MS n. 15.036/DF, relator Ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 10/11/2010, DJe de 22/11/2010.)

IV - Aplica-se, à espécie, o enunciado da Súmula n. 83/STJ: "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida."

Ressalte-se que o teor do referido enunciado aplica-se, inclusive, aos recursos especiais interpostos com fundamento na alínea a do permissivo constitucional.

V - Caso exista nos autos prévia fixação de honorários advocatícios pelas instâncias de origem, determino a sua majoração, em desfavor da parte recorrente, no importe de 1% sobre o valor já fixado, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil de 2015, observados, se aplicáveis: i. os limites percentuais previstos nos §§ 2º e 3º do já citado dispositivo legal; ii. a concessão de gratuidade judiciária.

VI - Agravo em recurso especial conhecido para não conhecer do recurso especial.

(AREsp n. 2.110.070/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, j. 18.4.2023, DJe 20.4.2023).

In casu, a Administração concluiu pela inoccorrência da prescrição, porquanto os fatos investigados configuram, em tese, os crimes tipificados nos arts. 4º, I, da Lei nº 8.137/1990; 90 da Lei n. 8.666/1993; ou 337-F, do Código Penal, com penas que podem alcançar até 8 (oito) anos; logo, o prazo prescricional seria de 12 (doze) anos, como prevê o art. 109, III, do CP, lapso não transcorrido entre o cessamento das condutas investigadas, em 2013, e a notificação da indiciada para defesa administrativa, em 2020.

Nessa linha, apesar de os despachos da Autoridade Impetrada referirem-se ao art. 88, I e II, da Lei n. 8.666/1993, como norma autorizadora da aplicação da sanção de inidoneidade, foram adotados como fundamentação o Relatório Final da Comissão de Processo Administrativo de Responsabilização (fls. 82/110e), assim como o Parecer n. 00273/2022/CONJUR-CGU/CGU/AGU, aprovado pelo Despacho n. 00454/2022/CONJUR-CGU/CGU/AGU e pelo Despacho n. 00456/2022/CONJUR-

CGU/CGU/AGU (fls. 120/137e); Parecer n. 00086/2023/CONJUR-CGU/CGU/AGU, aprovado pelo Despacho n. 00118/2023/CONJURCGU/CGU/AGU e pelo Despacho n. 00045/2023/CONJUR-CGU/CGU/AGU (fl. 386/395e), somando-se ainda, o quanto contido no Parecer n. 00346/2023/CONJUR-CGU/CGU/AGU (fl. 396/424e), todos indicando normas penais potencialmente incidentes aos fatos.

Com efeito, destaca-se a decisão da Autoridade Impetrada à fl. 125e:

33. No caso em análise, é indiscutível que foi praticado o crime de cartel, previsto no artigo 4º, inciso I, da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990.

34. Com isso, nos termos do artigo 109 do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), aplica-se a seguinte regra:

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).

[...]

III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;

[...]

35. Consequentemente, a prescrição se dará em 12 (doze) anos, contados da data do último fato delituoso ou da instauração deste apuratório.

36. No caso em análise, foi apurado que o crime de cartel, previsto no artigo 4º, inciso I, da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, durou até, pelo menos, o ano de 2011.

37. Visando adotar a data mais favorável à defesa, usaremos em nossa análise o dia 1º de janeiro de 2011.

38. Com base nos dados supramencionados, verifica-se que entre os dias 1º de janeiro de 2011 (data mais favorável à empresa indiciada) e 8 de junho de 2020 (data da publicação no Diário Oficial da União – DOU da Portaria nº 1.293, de 5 de junho de 2020), decorreram 9 (nove) anos, 5 (cinco) meses e 7 (sete) dias.

39. Com isso, nesse intervalo de tempo, não ficou caracterizada a extinção da punibilidade dos fatos pelo advento da prescrição.

40. Seguindo nossa análise, considerando que a contagem foi novamente iniciada na data da instauração do presente apuratório (8 de junho de 2020 – data da interrupção), têm-se que a extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição ficará caracterizada a partir do dia 8 de junho de 2032.

No mesmo sentido, o PARECER n. 00346/2023/CONJUR-CGU/CGU/AGU (fl. 401e):

37. No caso sob exame é importante destacar que merece reparo o entendimento de que o prazo prescricional seria regido pela penalidade máxima de 12 (doze) anos, isso porque não houve nos autos comprovação de que a investigada teria concorrido para a corrupção passiva prevista no art. 333 do Código Penal. Assim, para o cálculo da prescrição devem ser utilizadas a penalidades máximas dos crimes

correspondentes à conduta da investigada. Como se observa dos dispositivos transcritos acima, a penalidade máxima prevista pela legislação criminal seria de 8 (oito) anos.

38. À vista disso, considerando os delitos imputados à Interessada, com pena máxima de 8 anos, tem-se que a prescrição se daria em 12 anos, conforme o art. 109, inciso III, do Código Penal, c/c o art. 1º, § 2º, da Lei nº 9.873, de 1999.

39. Considerando que o presente caso envolve situações ocorridas na fase de consolidação e ampliação do cartel, ou seja, entre 2003 a 2011, pelo menos, eventual prescrição de pretensão punitiva estatal, de acordo com o art. 109, II do Código Penal, somente se daria 12 anos após a cessação da permanência delitiva, de forma que, a princípio, mantém-se a possibilidade de apuração e sancionamento dos fatos narrados acima. Com a instauração do presente PAR em junho de 2020, interrompeu-se o fluxo da prescrição, postergando-a para 2032.

[...]

43. A previsão do art. 1º, § 2º, da Lei nº 9.873, de 1999, é norma de responsabilização administrativa, a qual, porém, orienta o uso do prazo disposto na lei penal, quando a conduta apurada, em sede administrativa, representa também conduta criminosa. Logo, é de índole objetiva, relativa à equivalência de práticas ilícitas, quando os atos, de tão graves, reclamam atuação jurídica em distintos campos legais e exigem maior intervalo apuratório pelo Estado lato sensu.

Dessarte, não houve o esgotamento do prazo prescricional previsto para as hipóteses em abstrato, autorizando a responsabilização da Impetrante na esfera administrativa.

3. DA NULIDADE DO PROCESSO

Acerca da pretensão de mérito ora examinada, a Lei n. 12.016/2009, em seu art. 1º, estabelece, como condição para utilização da via mandamental, a existência de direito líquido e certo a ser protegido contra ato emanado de autoridade investida nas atribuições do Poder Público.

Caracteriza-se como líquido e certo o direito que prescinde de dilação probatória, sendo demonstradas, pelo Impetrante, a ocorrência dos fatos e a relação jurídica existente por meio de documentação que possibilite a imediata apreciação da pretensão pelo Juízo, porquanto é pressuposto deste remédio constitucional a existência de prova pré-constituída à sua impetração.

Na lição de Hely Lopes Meirelles: "direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração" (*in* Mandado de Segurança, 28ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005. pp. 37/38).

Dessarte, a violação amparável pela via do mandado de segurança demanda demonstração documental da ilegalidade ou abusividade da autoridade coatora, independentemente da complexidade ou densidade da matéria de fundo,

atribuindo-se ao impetrante um momento único - o da petição inicial - para comprovar suas alegações de fato.

À vista disso, não é possível entender, nessa via processual, pela nulidade do processo, por ter sido a sanção lastreada tão somente em declarações constantes em delações premiadas e acordos de leniência, pois, da análise dos documentos carreados aos autos, identifica-se outros elementos considerados no juízo sancionatório.

Registrou-se no Relatório Final da Comissão de Processo Administrativo de Responsabilização que (fl. 86e):

21. Com o devido respeito, não há como negar os fortes indícios, evidências e provas carreados ao presente processo e, nesse diapasão, importante consignar que a documentação trazida aos autos e apontada na peça de indicição não pode ser caracterizada como mera suposição e ilação feitas sem qualquer indício de prova. Trata-se de testemunhos trazidos ao processo que, juntamente com outros elementos, apresentam verossimilhança suficiente para serem considerados pela CPAR, ou seja, verificam-se no caso concreto inúmeros elementos e indícios que corroboram as conclusões exaradas no Termo de Indiciamento.

Por sua relevância, destaco o seguinte trecho do Parecer n. 00346/2023/CONJUR-CGU/CGU/AGU, elaborado por ocasião do pedido de reconsideração da decisão sancionatória (fl. 422e):

159. Observa-se da análise do caso que, de fato, existem elementos aptos a sustentar a condenação da empresa. Trata-se de elementos já apontados no decorrer da instrução. Documentos indicam que a recorrente participou ativamente das negociações (conluio) desde a fase de consolidação do cartel – época em que o escritório da empresa em Brasília serviu de local para as reuniões do grupo em 2003 e 2007, englobando a Concorrência nº 08/2004, e também na fase de ampliação do cartel, em 2010, por meio de sua participação no Consórcio Andrade Gutierrez/Barbosa Mello/Serveng.

160. Dentre os elementos, podemos citar:

- Mapa do Cartel, fornecido pelos colaboradores da Camargo Corrêa, o qual revela, entre outros detalhes, que não só a pequena diferença entre as propostas combinadas, mas, sobretudo, a insignificância dos descontos oferecidos pelas propostas "vencedoras", em relação ao orçamento de referência (indicativos da existência e da atuação do cartel), bem como discrimina as propostas não competitivas (apenas para dar cobertura às "vencedoras" e simulara existência de competição);*
- A sede da recorrente em Brasília foi citada nas colaborações como sendo um dos locais onde as empresas do cartel se reuniam para tratar das licitações. Adicionalmente, o Sr. Alfredo Moreira Filho – representante da Barbosa Mello -, em depoimento prestado perante a*

CPAR, não negou a existência de reuniões na sede da BARBOSA MELLO e de outras empresas, apenas teria negado o teor das conversas;

- Antes de sagrar-se vencedora, por meio do consórcio com a Andrade Gutierrez, a Barbosa Mello foi inabilitada na Concorrência nº 08/2004. A investigada teria recorrido administrativa e judicialmente de sua inabilitação, conseguindo, inclusive, decisão favorável para participar da sessão de abertura das propostas. A empresa, no entanto, desistiu do pleito “em razão da promessa de participação futura”. Chama a atenção o fato de a recorrente desistir das ações judiciais exatamente no momento em que havia conseguido decisão judicial liminar favorável a sua habilitação para participar da sessão de abertura das propostas. A cada decisão desfavorável, a VALEC adiava a sessão, a qual só foi realizada após a desistência formal por parte da BARBOSA MELLO. Neste caso a análise do quadro fático corroborou narrativa trazida pela colaboração, que expôs “QUE a CNO [Odebrecht] procurou a BARBOSA MELO que desistiu em razão da promessa de participação futura”.
- As empresas Andrade Gutierrez, Serveng e a recorrente firmaram um “Termo de Compromisso de Constituição de Consórcio”, em 07/07/2010 (SEI nº [1720128](#), p. 428), para participar de certame cujo aviso de licitação só foi publicado em 16/07/2010. Em depoimento prestado perante a CPAR, o Sr. Alfredo Moreira afirmou que “a formação de consórcios, normalmente, é realizada após o lançamento do edital”, “após o edital estar na ‘rua’”, e que o aludido termo de compromisso, assinado, só seria exigido na fase de habilitação dos licitantes, sendo mais um indicativo da existência de prévia negociação entre as empresas concorrentes.

161. Dos elementos analisados não há como se afastar a conclusão da comissão processante. Levando-se em conta que nas infrações imputadas à recorrente os indícios ganham um valor ainda maior na valoração das provas, é absolutamente coerente a conclusão de que efetivamente a recorrente, em conluio com empresas concorrentes, frustrou os objetivos das licitações.

162. A conclusão de que efetivamente a conduta foi praticada pela investigada, desta forma, não decorre exclusivamente das narrativas feitas em sede de colaborações. As narrativas veiculadas nas colaborações, detalhadas e coincidentes, foram corroboradas por indícios externos que, conjuntamente considerados, constituem prova suficiente para a condenação.

Impende asseverar o posicionamento desta Corte quanto ao controle judicial sobre o mérito administrativo, inclusive no que se refere à razoabilidade e proporcionalidade da sanção aplicada, porquanto cabe ao Poder Judiciário apenas apreciar a regularidade do processo, à luz dos princípios do contraditório e da ampla defesa, sendo indispensável a demonstração de dano, em observância ao princípio do

pas de nullité sans grief.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. POLICIAL MILITAR ESTADUAL NÃO ESTÁVEL. LICENCIAMENTO EX OFFICIO A BEM DA DISCIPLINA. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA DEVIDAMENTE ASSEGURADO. SÚMULA VINCULANTE N. 5 DO STF. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. MÉRITO ADMINISTRATIVO. AFERIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Recurso ordinário em mandado de segurança, pelo qual a impetrante visa a anulação de procedimento que culminou em seu licenciamento ex officio a bem da disciplina, pelo incurso no art. 30, §1º, da Lei n. 11.817/00 (Código Disciplinar Militar dos Militares do Estado de Pernambuco), combinado com o art. 109, §2º, alínea "c" da Lei n. 6.783/74 (Estatuto dos Policiais Militares do Estado de Pernambuco), por ter a mesma praticado transgressões que afetam o sentimento do dever, da honra pessoal, do pudor militar e do decoro da classe militar.

2. Considerando que não se faz necessária a presença de advogado no processo administrativo disciplinar, consoante preconiza a Súmula Vinculante n. 5/STF, bem como por ter sido a procuradora da impetrante intimada da oitiva das testemunhas, não há que se falar em nulidade pela falta de intimação. Precedentes: MS 15.313/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 18/11/11; MS 13.955/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, DJe 1/8/11; MS 13.395/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, DJe 18/11/08.

3. Sobre a razoabilidade e proporcionalidade da pena aplicada esta Corte vem se posicionando no sentido de que, no âmbito do controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar, é vedado ao Poder Judiciário adentrar no mérito do julgamento administrativo, cabendo-lhe, apenas, apreciar a regularidade do procedimento, à luz dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Precedentes: RMS 32.573/AM, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 12/8/11; MS 15.175/DF, Rel. Min. Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 16/9/10; RMS 20537/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJ de 23/4/07.

4. No caso em análise, tendo-se aplicado a sanção após efetivo exercício da garantia ao contraditório e à ampla defesa, e estando a decisão fundamentada na constatada gravidade dos fatos e os danos que delas provieram para o serviço público, a análise da proporcionalidade implicaria indevido controle judicial sobre o mérito administrativo.

5. Recurso ordinário não provido.

(RMS n. 33.281/PE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, j. 28.2.2012, DJe 2.3.2012).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. PEDIDO LIMINAR. FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA NÃO DEMONSTRADOS. ARGUMENTOS QUE NÃO PRESCINDEM DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. PLAUSIBILIDADE AFASTADA. DECISÃO MONOCRÁTICA FUNDAMENTADA EM JURISPRUDÊNCIA DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A parte requerente apontou como fumus boni iuris a plausibilidade da tese, que decorreria da nulidade dos processos administrativos que culminaram na aposentação. Com relação ao periculum in mora, informou que haveria reparação impossível ou improvável na ausência do

provimento jurisdicional acautelatório, pois lesada em remuneração desde a decisão por ela considerada ilegal.

2. Na espécie, nem o fumus boni iuris nem o periculum in mora se mostram cristalinos, haja vista que o primeiro depende de exame aprofundado da questão submetida a esta Corte e o segundo não foi demonstrado.

3. Quanto ao primeiro, a via mandamental não é adequada para contraditar as provas recolhidas em processo administrativo disciplinar ou em inquérito administrativo, eis que exige dilação probatória. O direito líquido e certo deve ser comprovado de plano.

Se há a necessidade de dilação probatória para a sua confirmação, o que é imprescindível quanto à alegação de inocência ou de inexistência de infrações disciplinares, a via ordinária é a que deve ser utilizada pela parte impetrante. Precedentes do STJ. Por outro lado, o exame da razoabilidade e da proporcionalidade da pena aplicada em sede de processo administrativo disciplinar, este Superior Tribunal de Justiça, especialmente por sua Primeira Seção, possui o posicionamento de que a análise, em concreto, do malferimento desses princípios enseja indevido controle judicial sobre o mérito administrativo, eis que cabe ao Poder Judiciário apenas apreciar a regularidade do procedimento, à luz dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Finalmente, é indispensável a demonstração evidente da ocorrência de nulidade, em obediência ao princípio do pas de nullité sans grief. A requerente não apresentou prejuízos concretos à defesa no procedimento administrativo.

4. No que tange ao periculum in mora, observa-se que o recebimento de proventos parciais, decorrentes da aposentadoria compulsória, não deixaram a requerente à mingua, motivo pelo qual não há falar em dano irreparável ou de difícil reparação.

5. A decisão monocrática ora agravada baseou-se em jurisprudência do STJ, razão pela qual não merece reforma.

6. Agravo regimental não provido.

(AgRg na MC n. 22.543/TO, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, j. 16.12.2014, DJe de 19.12.2014).

Assim, a partir da prova documental pré-existente e das informações registradas nos autos, não há elementos para identificar a insuficiência de lastro probatório no processo conduzido pela Administração Federal, inviabilizando o reconhecimento de nulidade por esse argumento.

4. DA RETROATIVIDADE DA NORMA DE CARÁTER SANCIONADOR MAIS BENÉFICA

No que se refere à retroatividade de normas de caráter sancionador mais benéficas, insta registrar o recente posicionamento firmado na Primeira Turma desta Corte, após o julgamento do Tema n. 1.199, pelo Supremo Tribunal Federal, segundo o qual a penalidade administrativa deve-se basear pelo princípio do *tempus regit actum*, salvo se houver previsão expressa de retroatividade da lei mais benéfica.

Acerca do tema, o Supremo Tribunal Federal apontou a necessidade de interpretação conjunta dos incisos XL e XXXVI, do art. 5º da Constituição Federal, devendo existir disposição expressa na legislação para se afastar o princípio do *tempus*

regit actum, porque a norma constitucional que estabelece a retroatividade da lei penal mais benéfica está diretamente vinculada ao princípio do *favor libertatis*, peculiaridade inexistente no Direito Administrativo Sancionador.

Consoante registrou o Senhor Ministro Relator Alexandre de Moraes:

É nesse sentido que deve ser entendido e interpretado o denominado “Direito Administrativo Sancionador (DAS)”, que é sub-ramo do Direito Administrativo e consiste na “expressão do efetivo poder de punir estatal, que se direciona a movimentar a prerrogativa punitiva do Estado, efetivada por meio da Administração Pública e em face do particular ou administrado” (BENEDITO GONÇALVES; RENATO CÉSAR GUEDES GRILLO). Os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador no regime democrático da constituição de 1988. Revista Estudos Institucionais, v. 7, nº 2, mai./ago. 2021, p. 468)

Diferentemente do Direito Penal, que materializa o ius puniendi na seara judicial, mais precisamente no juízo criminal; o Direito Administrativo Sancionador tem aplicação no exercício do ius puniendi administrativo; sendo ambos expressões do poder punitivo estatal, porém representando sistemas sancionatórios que “não guardam similitude de lógica operativa” (JOSÉ ROBERTO PIMENTA OLIVEIRA; DINORÁ ADELAIDE MUSETTI GROSSI. Direito Administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 22, nº 120, p. 83-126, mar./abr., 2020, p. 90).

Na impossibilidade de aplicação do Direito Penal ao sistema de improbidade, por expressa determinação constitucional que prevê responsabilidades diversas (CF, art. 37, §4º), a nova lei optou, expressamente, por estabelecer a aplicação do Direito Administrativo Sancionador no âmbito do sistema de improbidade administrativa, reforçando a natureza civil do ato de improbidade.

E o fez, para garantir um maior rigor procedimental nas investigações e uma maior efetividade na aplicação do contraditório e ampla defesa.

Na presente hipótese, portanto, para a análise da retroatividade ou irretroatividade não da norma mais benéfica trazida pela Lei 14.230/2021 – revogação do ato de improbidade administrativa culposo – o intérprete deverá, obrigatoriamente, conciliar os seguintes vetores:

- (1) A natureza civil do ato de improbidade administrativa definida diretamente pela Constituição Federal;***
- (2) A constitucionalização, em 1988, dos princípios e preceitos básicos, regras rígidas de regência da Administração Pública e responsabilização dos agentes públicos corruptos, dando novos contornos ao Direito Administrativo Sancionador (DAS)***
- (3) A aplicação dos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador ao sistema de improbidade administrativa por determinação legal;***
- (4) Ausência de expressa previsão de “anistia geral” aos condenados por ato de improbidade administrativa culposo ou de “retroatividade da lei civil mais benéfica”;***
- (5) Ausência de regra de transição.***

A análise conjunta desses vetores interpretativos nos conduz à conclusão de que o princípio da retroatividade da lei penal, consagrado no inciso XL do artigo 5º da Constituição Federal (“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”) não tem aplicação automática para a responsabilidade por atos ilícitos civis de improbidade administrativa, por

ausência de expressa previsão legal e sob pena de desrespeito à constitucionalização das regras rígidas de regência da Administração Pública e responsabilização dos agentes públicos corruptos com flagrante desrespeito e enfraquecimento do Direito Administrativo Sancionador.

O inciso XL deve ser interpretado em conjunto com o inciso XXXVI, ambos do artigo 5º da Constituição Federal.

Em regra, a lei não deve retroagir, pois “não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, inclusive no campo penal, salvo, excepcionalmente, quando se tratar de lei penal mais benéfica, quando então “retroagirá para beneficiar o réu”. Trata-se, portanto, de expressa e excepcional previsão constitucional de retroatividade.

O art. 6º da LINDB também estatui a irretroatividade das leis, ao estabelecer que:

“A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”.

Portanto, a retroatividade das leis é hipóteses excepcional no ordenamento jurídico, sob pena de ferimento à segurança e estabilidade jurídicas; e, dessa maneira, inexistindo disposição expressa na Lei 14.230/2021, não há como afastar o princípio do tempus regit actum.

A norma constitucional que estabelece a retroatividade da lei penal mais benéfica funda-se em peculiaridades únicas desse ramo do direito, o qual está vinculado à liberdade do criminoso (princípio do favor libertatis), fundamento inexistente no Direito administrativo sancionador; sendo, portanto, regra de exceção, que deve ser interpretada restritivamente, prestigiando-se a regra geral da irretroatividade da lei e a preservação dos atos jurídicos perfeitos; principalmente porque no âmbito da jurisdição civil, impera o princípio tempus regit actum.

(STF, ARE 843989, relator Ministro ALEXANDRE DE MORAES, TRIBUNAL PLENO, j. 18.8.2022; DJe 12.12.2022).

Tal entendimento já vem sendo aplicado por esta Corte quanto aos processos envolvendo as demandas relacionadas a improbidade administrativa, interpretando restritivamente a aplicação retroativa da Lei n. 14.230/2021 (AgInt no RE no AgInt nos EAREsp n. 434.155/MT, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Corte Especial, j. 29.11.2023, DJe de 5.12.2023; AgInt no REsp n. 2.082.995/PB, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, j. 11.3.2024, DJe 2.4.2024; AgInt no AREsp n. 2.400.574/SP, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, j. em 27.11.2023, DJe 29.11.2023).

Nesse contexto, conforme registrado pelo Senhor Ministro Gurgel de Faria no REsp 2.103.140/ES, julgado em 4.6.2024, pela Primeira Turma dessa Corte, “não se mostra coerente que se aplique o postulado da retroatividade de lei mais benéfica aos casos em que se discute a mera redução do valor de multa administrativa (portanto, muito mais brandos) e, por outro lado, deixe-se de aplicar o referido princípio às demandas de improbidade administrativa, cuja sanção é seguramente muito mais grave, com consequência que chegam a se equiparar às do Direito Penal”.

Desse modo, em observância à compreensão firmada pelo Supremo Tribunal Federal acerca do “direito administrativo sancionador”, e com a ressalva do

meu posicionamento pessoal, a penalidade administrativa deve se basear no princípio do *tempus regit actum*, salvo se houver previsão autorizativa de aplicação do normativo mais benéfico posterior às condutas pretéritas.

Destaque-se:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. LEI POSTERIOR MAIS BENÉFICA. RETROATIVIDADE. PREVISÃO EXPRESSA. NECESSIDADE.

1. A jurisprudência da Primeira Turma vem entendendo pela de possibilidade de retroação de lei mais benéfica nos casos que envolve penalidades administrativas, por compreender que o art. 5º, LV da Constituição da República traria princípio geral de Direito Sancionatório.

2. Acontece que no julgamento do Tema 1.199, o STF apontou a necessidade de interpretação conjunta dos incisos XL e XXXVI, do art. 5º da Constituição da República, devendo existir disposição expressa na legislação para se afastar o princípio do *tempus regit actum*, porque a norma constitucional que estabelece a retroatividade da lei penal mais benéfica está diretamente vinculada ao princípio do favor libertatis, peculiaridade inexistente no Direito Administrativo Sancionador, a exigir nova reflexão deste Tribunal sobre a matéria.

3. Não se mostra coerente (com o entendimento do STF) que se aplique o postulado da retroatividade de lei mais benéfica aos casos em que se discute a mera redução do valor de multa administrativa (portanto, muito mais brandos) e, por outro lado, deixe-se de aplicar o referido princípio às demandas de improbidade administrativa, cuja sanção é seguramente muito mais grave, com consequência que chegam a se equiparar às do Direito Penal.

4. Considerando os critérios delineados pelo STF, a rigor, a penalidade administrativa deve se basear pelo princípio do *tempus regit actum*, salvo se houver previsão autorizativa de aplicação do normativo mais benéfico posterior às condutas pretéritas.

5. No caso, é incontroverso que: a) após a prática da infração, houve a modificação do ato normativo que fixava a penalidade administrativa, pois, embora tenha sido preservada a sanção em si, o valor da multa foi reduzido; b) a aplicação retroativa da nova norma mais benéfica não se operou em razão da aplicação da própria norma, mas sim em decorrência de determinação judicial (acórdão recorrido), pelo que esta última decisão deve ser reformada.

6. Recurso especial provido.

(REsp n. 2.103.140/ES, relator Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, j. 4.6.2024, DJe 18.6.2024).

Portanto, não é possível a aplicação das Leis ns. 12.846/2013 e 13.303/2016 à hipótese apurada pela Controladoria-Geral da União, porquanto trata-se de condutas supostamente ocorridas entre 2003 e 2011.

5. CONCLUSÃO

Diante de tal quadro, não foi possível verificar, nesta via processual, máculas ao processo administrativo conduzido pela Impetrada.

Posto isso, **DENEGO A SEGURANÇA**, restando prejudicado o Agravo

Interno de fls. 262/329e.

Indevidos honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei n. 12.016/2009 e da Súmula n. 150/STJ.

Custas pela Impetrante.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2023/0385084-7

PROCESSO ELETRÔNICO

MS 29.789 / DF

Números Origem: 00190104186202037 002732022 190104186202037

PAUTA: 25/09/2024

JULGADO: 25/09/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **REGINA HELENA COSTA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro PAULO SÉRGIO DOMINGUES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA CRISTIANA SIMÕES AMORIM ZIOUVA

Secretária

Bela. MARIANA COUTINHO MOLINA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : CONSTRUTORA BARBOSA MELLO SA
ADVOGADOS : GUILHERME HENRIQUE MAGALDI NETTO - DF004110
ARTHUR LIMA GUEDES - DF018073
ADVOGADOS : MARIA CLÁUDIA BUCCHIANERI PINHEIRO - DF025341
ANTONIO HENRIQUE MEDEIROS COUTINHO - DF034308
JULIANA ANDRADE LITAIFF - DF044123
IMPETRADO : MINISTRO DA CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO
INTERES. : UNIÃO

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO -
Licitações - Sanções Administrativas

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr. ARTHUR LIMA GUEDES, pela IMPETRANTE: CONSTRUTORA BARBOSA MELLO SA.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto da Sra. Ministra Relatora denegando a segurança, pediu vista antecipadamente o Sr. Ministro Benedito Gonçalves. Aguardam os Srs. Ministros Teodoro Silva Santos, Afrânio Vilela, Francisco Falcão, Maria Thereza de Assis Moura e Sérgio Kukina.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gurgel de Faria.
Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Sérgio Domingues.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 29789 - DF (2023/0385084-7)

RELATORA : **MINISTRA REGINA HELENA COSTA**
IMPETRANTE : **CONSTRUTORA BARBOSA MELLO SA**
ADVOGADOS : **ANTONIO HENRIQUE MEDEIROS COUTINHO - DF034308**
 GUILHERME HENRIQUE MAGALDI NETTO - DF004110
 ARTHUR LIMA GUEDES - DF018073
 JULIANA ANDRADE LITAIFF - DF044123
 MARIA CLÁUDIA BUCCHIANERI PINHEIRO - DF025341
IMPETRADO : **MINISTRO DA CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO**
INTERES. : **UNIÃO**

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES: Trata-se de mandado de segurança impetrado pela Construtora Barbosa Mello S.A. contra ato imputado ao Sr. Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União (CGU), consubstanciado no indeferimento do pedido de reconsideração da decisão que aplicou a penalidade administrativa de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a administração pública, nos termos do art. 87, IV, da Lei n. 8.666/1993, nos autos do Processo Administrativo de Responsabilização - PAR n. 00190.104186/2020-37, haja vista ter-se apurado a prática de irregularidades enquadradas no art. 88, II e III, da Lei n. 8.666/1993.

A impetrante sustenta: (a) a ocorrência de prescrição da pretensão punitiva; (b) a inviabilidade de condenação com base exclusivamente em declarações constantes em acordos de colaboração premiada e leniência; e (c) a possibilidade de aplicação retroativa das normas de caráter sancionador mais benéficas. Requer, ao final, a concessão da segurança

a fim de se reconhecer a nulidade do PAR n. 00190.104186/2020-37.

A União solicitou seu ingresso no feito.

Transcorreu *in albis* o prazo para autoridade indicada como coatora prestar informações.

O Ministério Público opinou pela denegação da ordem, nos termos da ementa (fl. 633, e-STJ):

DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO. ATOS ENQUADRADOS NO ARTIGO 88, INCISOS II E III, DA LEI N. 8.666/1993. APLICAÇÃO DA SANÇÃO DE DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR OU CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ARTIGO 87, INCISO IV, DA LEI N. 8.666/1993. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA AFASTADA. LEGALIDADE DO PAR. CONDENAÇÃO BASEADA EM OUTROS ELEMENTOS ALÉM DOS EXTRAÍDOS DA DELAÇÃO PREMIADA E ACORDO DE LENIÊNCIA. NÃO JUNTADA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA APTA A AMPARAR O DIREITO VINDICADO. LEIS N. 12.846/2013 E 13.303/2006. INAPLICABILIDADE PARA DIMINUIR E AFASTAR A SANÇÃO APLICADA. PARECER PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM, PREJUDICADO O AGRAVO INTERNO.

Iniciado o julgamento, na sessão da Primeira Turma de 13/6/2023, a relatora, Ministra Regina Helena Costa, apresentou voto denegando a segurança, tendo por base a fundamentação sintetizada na seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO. ATOS ADMINISTRATIVOS. PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. NULIDADE. NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. RETROATIVIDADE DA LEI DE DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. TEMA 1.199/STF. NECESSIDADE DE PREVISÃO EXPRESSA. SEGURANÇA DENEGADA.

I – Esta Corte possui entendimento consolidado segundo o qual a impetração de mandado de segurança pressupõe a existência de direito líquido e certo, comprovado mediante prova pré-constituída.

II – A prescrição da pretensão punitiva de irregularidade administrativa, em hipótese também passível de enquadramento como ilícito criminal, rege-se pelo comando normatizado nos arts. 1º, § 2º, da Lei n. 9.873/1999, e art. 109 do Código Penal.

III - Desnecessária a efetiva persecução penal para que a pretensão punitiva da Administração seja regida pela norma penal. Precedentes.

IV - A partir da prova documental pré-existente e das informações

registradas nos autos, não há elementos para identificar a insuficiência de lastro probatório no procedimento conduzido pela Administração Federal, inviabilizando o reconhecimento de nulidade por esse argumento.

V - Em observância à compreensão firmada pelo Supremo Tribunal Federal no Tema n. 1.199 acerca do “direito administrativo sancionador”, a penalidade administrativa deve se basear no princípio do tempus regit actum, salvo se houver previsão autorizativa de aplicação do normativo mais benéfico posterior às condutas pretéritas.

VI – Segurança denegada.

Pedi vista dos autos.

É o breve relatório.

Passo a proferir voto-vista.

Inicialmente, cumpre ressaltar que aos recursos interpostos com fundamento no Código de Processo Civil de 2015 – CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC (Enunciado n. 3 do Plenário do Superior Tribunal de Justiça - STJ).

A impetrante alega que houve o esgotamento do prazo prescricional para a aplicação da penalidade administrativa. Aduz, nesse sentido, que a própria autoridade coatora descreve as condutas imputadas no processo administrativo como fraude ao caráter competitivo de licitação, consignando que os ilícitos ocorreram até o ano de 2011. Assim, quando instaurado o PAR, em 2020, já teria transcorrido o prazo de oito anos aplicável à hipótese.

Ademais, refuta a alegação de que o prazo prescricional, no caso, seria aquele correspondente ao crime de cartel, ao argumento de que referido ilícito não guarda pertinência com os fatos descritos no processo administrativo.

Defende, outrossim, que o prazo penal só seria aplicável se houvesse o recebimento de denúncia em razão dos mesmos fatos, o que não ocorreu na hipótese.

Pois bem, à luz do que dispõe o art. 1º, § 2º, da Lei n.

9.873/1999, a prescrição da pretensão punitiva de irregularidade administrativa passível de enquadramento como ilícito criminal rege-se pelos prazos previstos no Código Penal, o qual, por sua vez, adota como parâmetro a pena do crime em abstrato.

Confira-se:

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;

II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;

III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;

IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;

V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

Na hipótese, a impetrante foi indiciada pela Comissão de Processo Administrativo de Responsabilização "por frustrar o caráter competitivo de licitações, mediante a combinação de preços para o lote vencedor e apresentação de propostas de cobertura para os demais lotes, bem como por ter efetuado pagamento de vantagens indevidas a agentes públicos para a empresa ser beneficiada em certame licitatório, valendo-se para tanto de pessoas jurídicas intermediárias, incidindo, dessa forma, nos atos lesivos tipificados nos incisos II e III do artigo 88 da Lei 8.666/93" (fl. 71, e-STJ).

Na descrição dos fatos, narrou-se que empresas do ramo de construção civil – entre as quais se inseria a Barbosa Mello – se associaram e acordaram entre si divisão de lotes, combinação de preços, oferecimento de propostas não competitivas, sobrepreço, lavagem de dinheiro e pagamento de propina a agentes públicos. Referidas condutas foram relacionadas aos crimes de cartel, peculato, lavagem de dinheiro e

corrupção. Ressaltou-se que a Barbosa Mello era uma das empresas alinhadas ao cartel, tendo participado ativamente de suas fases de consolidação e ampliação.

É o que se extrai dos autos, como se verifica dos seguintes documentos: (i) Termo de Indiciação da Comissão de Processo Administrativo de Responsabilização (fls. 71-81, e-STJ); (ii) Relatório Final da Comissão de Processo Administrativo de Responsabilização (fls. 82/110, e-STJ); (iii) Parecer 00273/2022/CONJUR-CGU/CGU/AGU, aprovado pelo Despacho 00454/2022/CONJUR-CGU/CGU/AGU e pelo Despacho 00456/2022/CONJUR-CGU/CGU/AGU (fls. 120/137, e-STJ); (iv) Parecer 00086/2023/CONJUR-CGU/CGU/AGU, aprovado pelo Despacho 00118/2023/CONJURCGU/CGU/AGU e pelo Despacho 00045/2023/CONJUR-CGU/CGU/AGU (fls. 386/395, e-STJ); e (v) Parecer 00346/2023/CONJUR-CGU/CGU/AGU (fls. 396/424, e-STJ).

Assim, como bem destacado pela Ministra Relatora, em que pese os despachos da autoridade impetrada referirem-se à prática de irregularidades enquadradas no art. 88, II e III, da Lei n. 8.666/1993, indicado como norma autorizadora da aplicação da sanção de inidoneidade, os fatos investigados configuram, em tese, os crimes tipificados, à época, nos arts. 90 da Lei n. 8.666/1993 (crime de fraude licitatória) e 4º, I, da Lei n. 8.137/1990 (crime contra a ordem econômica).

Nesse cenário, considerando a pena máxima de 5 anos, prevista no art. 4º da Lei n. 8.137/1990, a ação punitiva da Administração Pública objetivando apurar a infração prescreve em 12 anos, contados da data em que cessou o ato. Entre o cessamento das condutas investigadas e a notificação da indiciada para defesa administrativa não

houve o transcurso do referido prazo.

Quanto à alegação de que o prazo penal só seria aplicável se houvesse o recebimento de denúncia em razão dos mesmos fatos, ressalta-se que as esferas administrativa e criminal são independentes entre si, sendo desnecessária a efetiva persecução penal e a fixação da pena em concreto para que a pretensão punitiva da Administração seja regida pelos prazos penais.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ANULATÓRIA. MULTA ADMINISTRATIVA IMPOSTA PELO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA TAMBÉM TIPIFICADA COMO CRIME. PRESCRIÇÃO. OBSERVÂNCIA DA LEGISLAÇÃO PENAL. DESNECESSIDADE DE INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL PACÍFICA DA PRIMEIRA SEÇÃO.

1. Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC (Enunciado n. 3 do Plenário do STJ).

2. O § 2º do art. 1º da Lei n. 9.873/1999 estabelece que, "quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição reger-se-á pelo prazo previsto na lei penal".

3. Havendo previsão legal, a incidência dos prazos de prescrição previstos na legislação penal não está condicionada à apuração criminal do fato ilícito, notadamente em razão da independência entre as esferas criminal e administrativa. Precedentes da Primeira Seção.

4. No caso dos autos, o recurso da autarquia federal deve ser provido e o acórdão, cassado, pois o TRF da 4ª Região decidiu: "a pretensão punitiva relativa à infração administrativa que também configura crime em tese somente se sujeita ao prazo prescricional previsto para a infração penal quando instaurada a respectiva ação penal".

5. Recurso especial provido.

(REsp n. 1.871.758/PR, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 5/5/2022, grifei.)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL. PROFESSOR DE MAGISTÉRIO SUPERIOR. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. INFRAÇÕES DISCIPLINARES CAPITULADAS TAMBÉM COMO CRIME. FRAUDE EM LICITAÇÃO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DISCIPLINAR. NÃO

OCORRÊNCIA. INCIDÊNCIA DA REGRA DO ART. 142, § 2º, DA LEI 8.112/1990. SEGURANÇA DENEGADA. HISTÓRICO DA DEMANDA.

1. Trata-se de Mandado de Segurança impetrado contra ato do Ministro de Estado da Educação, que aplicou à impetrante a pena de demissão do cargo de professor de magistério superior da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - Unirio.

[...]

10. Portanto, como os fatos narrados pela comissão processante configuram os crimes previstos nos arts. 89 e 90 da Lei 8.666/1993, o prazo prescricional para a adoção da pena administrativa de demissão não se regula pelo art. 142, I, da Lei 8.112/1990 (cinco anos), mas pela regra do art. 142, § 2º, da mesma norma, a estabelecer: "Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime." [...]

11. É entendimento uniforme do STJ que, em virtude da independência das esferas administrativa e penal, é prescindível a concomitante apuração criminal do ilícito administrativo para que incida o disposto no art. 142, § 2º, da Lei 8.112/1990.

[...]

16. Segurança denegada.

(MS 24.826/DF, relator Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 3/8/2021.)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL. AUDITOR FISCAL AGROPECUÁRIO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO (CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA) - ARTS. 117, IX E XII, E 132, IV, XI E XIII, DA LEI 8.112/1990; 9º, I, 11, I E II, DA LEI 8.429/1992. INFRAÇÕES DISCIPLINARES TAMBÉM CAPITULADAS COMO CRIME DE CORRUPÇÃO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DISCIPLINAR. INCIDÊNCIA DA REGRA DO ART. 142, § 2º, DA LEI 8.112/1990. NULIDADE DA PORTARIA INSTAURADORA DO PAD. INOCORRÊNCIA. PARCIALIDADE DA COMISSÃO NÃO DEMONSTRADA. PROVAS CONTUNDENTES DA INFRAÇÃO FUNCIONAL. SEGURANÇA DENEGADA. HISTÓRICO DA DEMANDA

1. Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por auditor fiscal federal agropecuário contra ato da Ministra de Estado da Agricultura, Pecuária e Abastecimento consubstanciado na Portaria 84, de 3 de maio de 2019, a qual cassou a aposentadoria do impetrante, por infringência às proibições contidas nos arts. 117, IX e XII, e 132, IV, XI e XIII, da Lei 8.112/1990, c/c arts. 9º, caput, I, e 11, caput, I e II, da Lei 8.429/1992, tendo em vista o apurado no Processo Administrativo Disciplinar - PAD 21000.032496/2016-26.

OBJETO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR: CORRUPÇÃO PASSIVA E ATIVA APURADA TAMBÉM EM AÇÃO PENAL

2. Segundo se extrai dos documentos carreados aos autos, o Processo

Administrativo que o impetrante pretende anular e que culminou na cassação de sua aposentadoria abrangeu os mesmos fatos descritos na Ação Penal 5000477-52.2016.4.04.7008/PR, em curso na 1ª Vara Federal de Paranaguá/PR, que apura a prática dos crimes de corrupção passiva e de corrupção ativa (Código Penal, arts. 317, § 1º, e 333), conforme consta da Nota Técnica nº 065/2016/CORREG/SE, do Corregedor da Secretaria Executiva do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (fls. 73-77), que determinou a abertura de sindicância investigativa, posteriormente transformada no citado processo administrativo (fls. 107-119).

3. Na denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal, na citada Ação Penal, o ora impetrante, "no período compreendido entre 28/01/2004 e 02/04/2008, valendo-se da condição de servidor integrante dos quadros efetivos do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento - MAPA, recebeu para si, 67 vezes, em razão do cargo de fiscal federal agropecuário, dolosamente, ciente da ilicitude e reprovabilidade de suas condutas, vantagem indevida para deixar de praticar ato de ofício com infringência de dever funcional, sendo que, de fato, deixou de praticar atos de ofício em face das empresas DDP FUMIGAÇÕES LTDA e UNINSPECT DO BRASIL LTDA" (fl. 144).

INEXISTÊNCIA DE NULIDADE PELA AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA PARTE QUANTO AO RESULTADO DO PAD

4. O impetrante alega haver nulidade porque não foi intimado no tocante ao resultado do processo administrativo, com o argumento de que teria tomado conhecimento de tal fato por um colega, um dia após a publicação da portaria de demissão no boletim interno.

5. Contudo, o resultado final do PAD foi veiculado na Portaria 84, de 3 de maio de 2015, da Lavra da Ministra da Agricultura, Pecuária e Abastecimento.

PRAZO PRESCRICIONAL DE INFRAÇÃO CAPITULADA COMO CRIME É O DA LEI PENAL EM ABSTRATO: ART. 142, § 1º, DA LEI 8.112/1990

6. O impetrante sustenta que o ato de demissão, publicado em 5.9/2019, seria ilegal pela ocorrência de prescrição. Isso porque a autoridade competente para apurar as infrações disciplinares que lhe foram imputadas teria tido conhecimento das infrações disciplinares pela autoridade impetrada, em 12.4.2008, mas instaurou o procedimento administrativo disciplinar somente oito anos depois.

7. A alegação não prospera. Nos termos do art. 142, § 1º, da Lei 8.112/1990, os prazos da prescrição administrativa sujeitam-se aos da lei penal quanto às infrações administrativas também capituladas como crime.

8. A Primeira Seção consolidou o entendimento de que, em virtude da independência das esferas administrativa e criminal, a existência de apuração criminal não é pré-requisito para o uso do prazo prescricional penal, averiguado pela pena in abstrato. A propósito: MS 20.857/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, DJe 12/6/2019; EDv nos EREsp 1.656.383/SC, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira

Seção, DJe 5/9/2018.

APLICAÇÃO DO ART. 142, § 1º, DA LEI 8.112/1990 AO CASO CONCRETO

9. Na hipótese em tela, o impetrante responde na esfera penal pelo crime de corrupção passiva e ativa (arts. 317, § 1º, e 333 do CP), que tem como pena máxima em abstrato doze anos de reclusão. Esta é aumentada de um terço nos casos em que o servidor, em consequência de vantagem ou promessa, retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional, o que totaliza dezesseis anos.

10. No caso, não há informação atualizada sobre o resultado da Ação Penal 5000477-52.2016.4.04.7008/PR, sendo impossível verificar o andamento do processo no Tribunal Regional Federal da 4ª Região - em segredo de justiça. Contudo, como ressaltado, tal é irrelevante para o feito, pois a pena deve ser calculada em abstrato.

11. De acordo com o art. 109, II, do CP, o prazo prescricional é de 16 (dezesseis) anos, como acima descrito. No entanto, como o impetrante conta com mais de 70 anos de idade (fl. 64), desde 27/11/2017, aplica-se o art. 115 do CP, reduzindo-o à metade, de modo que a prescrição do PAD seria de oito anos.

[...]

35. Segurança denegada.

(MS n. 25.401/DF, relator Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe de 28/8/2020, grifei.)

Na sequência, a impetrante sustenta haver demonstrado, no mandado de segurança, que a condenação proferida pela CGU baseou-se exclusivamente em delações premiadas colhidas no âmbito da operação Lava Jato, o que conduz à nulidade do procedimento.

Contudo, da análise dos documentos carreados aos autos, identifica-se que outros elementos foram considerados no juízo sancionatório fora as declarações constantes em delações premiadas e acordos de leniência. Nesse sentido, o voto da Ministra Relatora destaca o Parecer n. 00346/2023/CONJUR-CGU/CGU/AGU, em que se chegou a citar alguns desses elementos (fl. 422, e-STJ).

Assim, impõe-se a denegação da segurança também quanto ao ponto, pois não há prova pré-constituída da insuficiência de lastro probatório no procedimento conduzido pela Administração Federal, não cabendo, em sede de controle judicial, adentrar no mérito

administrativo.

Por fim, a impetrante defende o reenquadramento das sanções aplicadas pela CGU mediante a aplicação retroativa das Leis n. 12.486/2013 (Lei Anticorrupção) e 13.303/2016 (Lei das Estatais). Para tanto, invoca o princípio da retroatividade das normas de caráter sancionador mais benéficas.

Referida medida, entretanto, não é respaldada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, que adotam o entendimento de que a aplicação do referido princípio no Direito Administrativo Sancionador somente é possível diante da existência de expressa previsão legal que a autorize.

Trata-se da interpretação dada ao instituto pelo STF no julgamento do ARE 843.989, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, DJe 12/12/2022, submetido ao rito da repercussão geral (Tema n. 1.199). Nesse, firmou-se que o Direito Administrativo Sancionador tem natureza civil e não se confunde com o Direito Penal, de modo que o princípio da retroatividade da lei de caráter sancionador mais benéfica não tem aplicação automática para a responsabilidade por atos ilícitos civis de improbidade administrativa. Nessa linha, o STJ vem se posicionando no sentido de que, se a retroatividade não é regra nas hipóteses de improbidade, não é coerente que o seja em outros casos de responsabilização administrativa (REsp n. 2.103.140/ES, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe de 18/6/2024).

In casu, o processo administrativo apurou condutas supostamente ocorridas entre 2003 e 2011, não havendo previsão nas Leis n. 12.486/2013 e 13.303/2016 de aplicação retroativa de suas disposições, de modo que deve prevalecer o princípio do *tempus regit actum*.

Ante o exposto, **denego a segurança**, acompanhando a relatora.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2023/0385084-7

PROCESSO ELETRÔNICO

MS 29.789 / DF

Números Origem: 00190104186202037 002732022 190104186202037

PAUTA: 27/11/2024

JULGADO: 27/11/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **REGINA HELENA COSTA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro PAULO SÉRGIO DOMINGUES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretária

Bela. MARIANA COUTINHO MOLINA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : CONSTRUTORA BARBOSA MELLO SA
ADVOGADOS : GUILHERME HENRIQUE MAGALDI NETTO - DF004110
ARTHUR LIMA GUEDES - DF018073
ADVOGADOS : MARIA CLÁUDIA BUCCHIANERI PINHEIRO - DF025341
ANTONIO HENRIQUE MEDEIROS COUTINHO - DF034308
JULIANA ANDRADE LITAIFF - DF044123
IMPETRADO : MINISTRO DA CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO
INTERES. : UNIÃO

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO -
Licitações - Sanções Administrativas

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo o julgamento, a Primeira Seção, por unanimidade, denegou a segurança, restando prejudicado o Agravo Interno de fls. 262/329e, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Teodoro Silva Santos, Afrânio Vilela, Benedito Gonçalves (voto-vista) e Sérgio Kukina votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Gurgel de Faria e Marco Aurélio Bellizze.

Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão e, ocasionalmente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Sérgio Domingues.