



CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

NOTA TÉCNICA Nº 1559/2020/CGUNE/CRG

PROCESSO Nº 00190.104560/2020-02

1. ASSUNTO

- 1.1. Consulta. Definição do conceito de vantagem pretendida.

2. REFERÊNCIAS

- 2.1. Lei nº.12.846/2013.
2.2. Decreto nº.8.420/2015.
2.3. Instrução Normativa CGU/AGU nº 2, de 16 de maio de 2018.

3. ANÁLISE

3.1. Trata-se de consulta formulada pela Corregedoria do Banco Central do Brasil em 17 de junho de 2020 a esta Corregedoria-Geral da União, solicitando orientação acerca de como definir o valor da vantagem auferida no caso de empresas participantes de pregões realizados pela autarquia e que praticaram irregularidades que atraem a aplicação da Lei nº.12.846/2013. *In verbis*:

"Prezados senhores,

Há alguns processos administrativos de responsabilização em fase de julgamento, nos quais não houve vantagem auferida pelas empresas em processos licitatórios, mas somente pretendida.

Ao discutirmos o valor que deveria ser considerado, quando não é possível deduzir custos e despesas legítimos comprovadamente executados ou que seriam devidos ou despendidos caso o ato lesivo não tivesse ocorrido, ficamos em dúvida a respeito de qual parâmetro seria utilizado:

- a) O valor da proposta apresentada pela empresa, quando houver;*
- b) O valor de referência do edital (pelo qual a Administração se dispõe a contratar), caso não haja proposta apresentada;*
- c) O valor de referência do edital, ainda que haja proposta apresentada;*
- d) O último valor ofertado na fase de lances, no caso de pregão, ainda que possa ser consideravelmente superior ao do edital, também no caso de não haver proposta apresentada;*
- e) O menor valor entre o de referência do edital, o ofertado na fase de lances, e o da proposta apresentada pela empresa, no caso de pregão;*
- f) O menor valor entre o de referência do edital e o da proposta apresentada pela empresa, no caso de outras modalidades de licitação.*

Alguns exemplos podem espelhar melhor a situação:

Situação 1 - objeto do pregão: fornecimento de bens

a) O valor de referência de um pregão é R\$ 100.000,00 (cem mil reais), e a empresa chegou a ser convocada a apresentar proposta, que trazia o valor de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais). Entretanto, como o objeto do pregão era o fornecimento de bens, o valor da vantagem pretendida não teve as deduções previstas no Decreto, assim poderia ser considerado o valor da proposta, caso adotado o critério "a"; b. Outra empresa participante do mesmo pregão ofertou menor lance no valor de R\$ 110.000,00 (cento e dez mil reais). Caso o critério "c" fosse utilizado, a vantagem pretendida seria de R\$ 110.000,00 (cento e dez mil reais); caso aplicado o critério "d", a vantagem pretendida corresponderia ao

valor de referência: R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Situação 2 – objeto do pregão: prestação de serviços

a) O valor de referência de um pregão é R\$ 100.000,00 (cem mil reais), e a empresa chegou a ser convocada a apresentar proposta, que trazia o valor de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais). Com as deduções legais, no valor de R\$ 70.000,00 (setenta mil reais), a vantagem pretendida caiu para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais); b) Outra empresa participante do mesmo pregão ofertou menor lance no valor de R\$ 110.000,00 (cento e dez mil reais). Caso o critério “c” fosse utilizado, a vantagem pretendida seria de R\$ 110.000,00 (cento e dez mil reais); caso aplicado o critério “d”, a vantagem pretendida corresponderia ao valor de referência: R\$ 100.000,00 (cem mil reais) – nesse caso, não foi possível fazer as deduções legais, pois não havia proposta apresentada à Administração.

Tal orientação é importante, pois, no caso do Banco Central é comum que o ato lesivo seja identificado antes que a empresa apontada seja classificada no certame, além de o impacto no cálculo da multa ser significativo quando não é possível fazer a dedução de custos e despesas legítimos do valor da vantagem pretendida."

3.2. A Lei nº.12.846, de 1º de agosto de 2013, dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. A responsabilização objetiva exige que a pessoa jurídica pratique ato lesivo tipificado pelo artigo 5º, com o objetivo de auferir benefício direto ou potencial, e que exista nexo de causalidade entre aquele ato que foi praticado e a vantagem auferida ou pretendida, o que afasta a possibilidade de imputação automática de responsabilidade ao ente privado. Esse benefício direto ou potencial é definido pela lei como a vantagem auferida ou pretendida, que consiste no piso mínimo para o valor da multa a ser aplicada ao ente infrator, conforme estabelece o artigo 6º, inciso I, da norma:

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

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

II - publicação extraordinária da decisão condenatória."

3.3. O Decreto nº.8.420, de 18 de março de 2015, regulamentou a Lei nº.12.846/2013, dando especial atenção em seus artigos 17 e 18 ao procedimento de cálculo da multa no âmbito administrativo, o qual compete à Comissão responsável pela condução do processo de responsabilização. O decreto regulamentador buscou também definir alguns termos utilizados pela norma, a exemplo do conceito de vantagem auferida ou pretendida:

"Art. 20, § 2º O valor da vantagem auferida ou pretendida equivale aos ganhos obtidos ou pretendidos pela pessoa jurídica que não ocorreriam sem a prática do ato lesivo, somado, quando for o caso, ao valor correspondente a qualquer vantagem indevida prometida ou dada a agente público ou a terceiros a ele relacionados.

§ 3º Para fins do cálculo do valor de que trata o § 2º, serão deduzidos custos e despesas legítimos comprovadamente executados ou que seriam devidos ou despendidos caso o ato lesivo não tivesse ocorrido."

3.4. A respeito desse dispositivo, assim explicita o Manual Prático de Cálculo de Multa desta Controladoria, às fls.28:

"A vantagem auferida corresponde, assim, ao que o ente privado efetivamente ganhou e que não o teria feito sem a prática do ato lesivo, somado, quando for o caso, ao valor correspondente a qualquer vantagem indevida dada a agente

público ou a terceiros a ele relacionados, deduzidos os custos e as despesas legítimos comprovadamente executados ou que seriam devidos ou despendidos caso o ato lesivo não tivesse ocorrido."

3.5. A dedução dos custos e despesas legitimamente executados pelo ente privado do valor total da vantagem auferida busca evitar o enriquecimento sem causa da Administração Pública, o que ocorreria no caso em que o contratado executasse o contrato, ainda que obtido de forma ilícita, e a Administração não considerasse as despesas legitimamente associadas ao contrato.

3.6. Portanto, verifica-se que o comando do artigo 20, §3º, do decreto refere-se às hipóteses em que o ente privado efetivamente desempenhou alguma atividade junto à Administração (execução de contrato, prestação de serviço, etc.), atividade esta obtida a partir de ato ilícito nos moldes do artigo 5º da Lei Anticorrupção.

3.7. Porém, em muitos casos, a prática do ato lesivo pelo ente privado pode ser desvelada em fase anterior à contratação por ele pretendida, de modo que a execução contratual sequer começa a ser iniciada, vez que a Administração, de forma diligente, logrou descobrir a prática do ato lesivo ainda na fase de preparação da licitação ou da realização do certame propriamente dito, atraindo em tese a tipificação do artigo 5º, IV, alíneas "a" - frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; "b" - impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; "c" - afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; "d"- fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; ou "e" - criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo.

3.8. Nessas hipóteses, o ente privado pratica o ato lesivo visando o resultado final que é a celebração do ajuste contratual com o ente público, porém a despeito da prática da irregularidade, não conclui o seu intento, de modo que o desvalor da sua conduta deve ser avaliado a partir da vantagem por ele pretendida, embora não efetivamente recebida no caso concreto.

3.9. O questionamento apresentado pela Corregedoria do Banco Central do Brasil refere-se justamente a essa situação em que o ato lesivo praticado pelo ente privado é descoberto ainda na fase de julgamento das propostas oferecidas em licitação.

3.10. O Manual Prático de Cálculo de Multa faz referência às fls. 28 ao Anexo I da Instrução Normativa CGU/AGU nº.2, de 16 de maio de 2018, DOU de 21 de maio de 2018, normativo que regula a metodologia de cálculo da multa para utilização nos acordos de leniência (artigos 16 e 17 da Lei nº.12.846/2013), e que também se aplica ao cálculo realizado no âmbito do processo administrativo de responsabilização (PAR), já que a Lei nº.12.846/2013 prevê somente uma hipótese de multa em seu artigo 6º, II, que é imposta de forma integral no âmbito do PAR ou reduzida em caso de celebração do acordo.

3.11. Assim, a Instrução Normativa nº.02/2018 estabelece os seguintes conceitos para o cálculo da multa:

Anexo I

6. Para fins desta Instrução Normativa, consideram-se as seguintes definições:

a) Data de vigência da LAC - data em que a LAC entrou em vigor, ou seja, 29 de janeiro de 2014.

b) Ano base do cálculo da multa - o cálculo da multa terá por base o exercício anterior ao primeiro procedimento administrativo instaurado, seja ele o Processo Administrativo de Responsabilização (PAR) ou o procedimento de acordo de

leniência.

c) *Faturamento bruto - conforme definido na Instrução Normativa CGU nº 01, de 7 de abril de 2015.*

d) *Atos lesivos para fins de cálculo de multa da LAC - são os ilícitos administrativos dispostos no art. 5º da LAC.*

e) *Instrumentos contaminados para fins de cálculo de multa da LAC - todos os contratos ou outros instrumentos que demonstrem a relação com a administração pública, nos quais a pessoa jurídica leniente admita a prática de atos lesivos a partir da vigência da LAC.*

f) *Propina para fins de cálculo da multa da LAC - vantagem indevida efetivamente paga a partir da vigência da LAC.*

g) *Lucro auferido - ganhos obtidos pela pessoa jurídica que não ocorreriam sem a prática do ato lesivo.*

h) *Lucro pretendido - ganhos pretendidos ao tempo da contratação por meio de instrumentos contaminados.*

i) *Lucro para fins de cálculo da multa da LAC - é o percentual (%) de lucro auferido ou pretendido (sempre o maior deles) dos instrumentos contaminados, aplicado ao saldo contratual existente a partir da data de vigência da LAC.*

j) *Vantagem apropriada para fins de cálculo da multa - é o somatório de propina e lucro para fins de cálculo da multa da LAC, definidos respectivamente nas alíneas (f) e (i). (grifos nossos)*

3.12. Assim explicita o Manual, às fls. 28:

"Pode-se traduzir a orientação da IN na seguinte fórmula:

Vantagem auferida/pretendida (=) [lucro auferido ou pretendido com o ato lesivo (valor total da vantagem pretendida - despesas legítimas) (+) vantagem indevida paga a agente público].

Importante destacar que a vantagem alcança apenas o lucro auferido ou pretendido com o ato lesivo, não sendo certo incluir o valor total de um contrato obtido por pagamento de propina, por exemplo. Nesse caso, deve-se reduzir do contrato total, os valores legítimos de despesa com a execução contratual. Do contrário, a Administração Pública poderia estar se valendo indevidamente de valores que foram efetivamente empregados na prestação de um serviço ou entrega de um bem.

A título de exemplo, imagine que a empresa A pagou R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a cinco servidores do órgão responsável pela licitação, para direcionamento do processo para si. Ao final, a empresa A assinou o contrato com o órgão licitante no valor de R\$2.000.000,00, na expectativa de obter uma margem de lucro de 10%.

O cálculo da vantagem auferida dependerá da identificação do tempo de execução do contrato, vez que, enquanto meramente assinado, mas não executado, se considera haver apenas uma vantagem "pretendida". Supondo um contrato completamente executado, a vantagem auferida com o ato lesivo corresponderia ao valor do próprio contrato, acrescido do valor indevidamente pago ao agente público, subtraídos os custos e despesas legítimos. Utilizando a fórmula, o resultado seria o seguinte: Vantagem auferida (=) R\$2 milhões (+) R\$50 mil (-) R\$1,8 milhão = R\$ 250 mil.

No mesmo exemplo, na hipótese de inexecução total do contrato, ter-se-ia como vantagem pretendida a margem de lucro apontada."

3.13. Dessa forma, no caso de ato lesivo relacionado a certame licitatório em que o ente privado não logrou a efetiva execução do contrato, deve-se considerar como vantagem pretendida a margem de lucro visada pelo licitante com aquele ajuste contratual, somada a eventual vantagem indevida paga a agente público quando aplicável ao caso concreto.

3.14. Especificamente, ao realizar um pregão para aquisição de bens ou fornecimento de serviços comuns, a Administração objetiva contratar a empresa que oferecer a proposta com o menor preço. Para tanto, no curso da sessão pública para oferecimento das propostas, os três autores das melhores propostas são

convidados a oferecer lances verbais e sucessivos até o atingimento do menor valor. Note-se que o oferecimento de proposta em menor valor exige necessariamente a redução da margem de lucro pretendida pela empresa, buscando assim aumentar a probabilidade de vencer o certame.

3.15. Atingida a melhor proposta, o pregoeiro analisa sua aceitabilidade, para então verificar os documentos de habilitação do vencedor e atestar o cumprimento das exigências do edital. Após tais etapas, a autoridade procede à homologação da licitação e à adjudicação do objeto ao vencedor, o qual será convocado para celebrar o contrato no prazo previsto pelo edital, conforme artigo 4º, incisos XXII e XXIII, Lei nº.10.520/2002.

3.16. Assim, no caso hipotético apresentado pela Consulente, no caso de realização de pregão pelo ente público, aquele licitante que for flagrado cometendo ato lesivo durante a realização do certame, sem lograr a celebração e execução do ajuste contratual, deve-se adotar como parâmetro para o cálculo da vantagem pretendida o valor da proposta por ele apresentada, e não o valor de referência adotado pela Administração. Caso ele tenha participado da fase de oferecimento de lances (artigo 4º, VIII e IX, Lei nº.10.520/2002), deve-se adotar o menor valor oferecido por aquele licitante e, a partir daí, reduzir os custos estimados de execução daquela proposta, para então chegar à margem de lucro pretendida por aquele particular, chegando assim ao valor da vantagem pretendida naquele certame. Ou seja, a vantagem pretendida irá variar para cada licitante, pois depende da margem de lucro de cada um.

3.17. No caso em que o ato lesivo seja descoberto anteriormente à fase de lances no pregão, e a empresa sequer tenha oferecido qualquer proposta, não sendo possível e/ou recomendável estimar o valor da vantagem pretendida por meio de diligências junto ao particular ou adotando-se a média de lucro habitual naquele mercado específico, deve-se observar o preceito legal dos artigos 20 e 22 do Decreto nº.8.420/2015, conforme explicita o Manual Prático do Cálculo de Multa, às fls.29:

"Tecidas as breves considerações sobre vantagem pretendida ou auferida, vale registrar que o caput do artigo 20 do Decreto nº 8.420/2015 impôs o registro dos seus valores, sempre que possível. Depreende-se, assim, que o próprio Decreto admite a hipótese de não ser possível o cálculo da vantagem auferida e da vantagem pretendida. Na prática, é possível visualizar esta dificuldade, por exemplo, em casos não relacionados a fraudes em licitações e contratos públicos, ou seja, aqueles referentes a condutas não tipificadas no inciso IV do art. 5º, da Lei nº 12.846/2013. Senão vejamos:

(...)

Quando possível o cálculo, o valor deverá ser explicitado, servindo para verificar os limites mínimo e máximo do valor da multa, nos termos do §1º do art. 20 do Decreto nº 8.420/2015.

Não sendo possível calcular, deverão restar evidenciados os motivos para tanto, em nessa hipótese, o limite mínimo da multa deverá corresponder a 0,1% do faturamento bruto da pessoa jurídica ou R\$ 6.000,00, para o caso de utilização do art. 22 do Decreto nº 8.420/2015; enquanto que o limite máximo deverá corresponder a 20% do faturamento bruto ou R\$ 60.000.000,00 no caso de utilização do art. 22 do Decreto nº 8.420/2015."

3.18. Em outras palavras, o artigo 20, *caput*, do Decreto nº.8.420/2015 estabelece que o valor da vantagem auferida deve estar explicitado no cálculo da multa quando for possível dimensioná-lo. Caso não seja possível, passa-se a adotar o critério do faturamento bruto previsto pelo artigo 20, §1º, *in verbis*:

"Art. 20. A existência e quantificação dos fatores previstos nos art. 17 e art. 18, deverá ser apurada no PAR e evidenciada no relatório final da comissão, o qual também conterá a estimativa, sempre que possível, dos valores da vantagem auferida e da pretendida.

§ 1º Em qualquer hipótese, o valor final da multa terá como limite:

I - mínimo, o maior valor entre o da vantagem auferida e o previsto no art. 19; e

II - máximo, o menor valor entre:

a) vinte por cento do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos; ou

b) três vezes o valor da vantagem pretendida ou auferida."

3.19. Na hipótese em que não for possível o uso do critério do faturamento bruto, adota-se o cálculo a partir dos parâmetros expostos pelo artigo 22 do Decreto nº.8.420/2015:

"Art. 22. Caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica no ano anterior ao da instauração ao PAR, os percentuais dos fatores indicados nos art. 17 e art. 18 incidirão:

I - sobre o valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, excluídos os tributos, no ano em que ocorreu o ato lesivo, no caso de a pessoa jurídica não ter tido faturamento no ano anterior ao da instauração ao PAR;

II - sobre o montante total de recursos recebidos pela pessoa jurídica sem fins lucrativos no ano em que ocorreu o ato lesivo; ou

III - nas demais hipóteses, sobre o faturamento anual estimável da pessoa jurídica, levando em consideração quaisquer informações sobre a sua situação econômica ou o estado de seus negócios, tais como patrimônio, capital social, número de empregados, contratos, dentre outras.

Parágrafo único. Nas hipóteses previstas no **caput**, o valor da multa será limitado entre R\$ 6.000,00 (seis mil reais) e R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais)."

3.20. Conclui-se, portanto, que a vantagem auferida pelo ente privado, no caso de ato lesivo relacionado a licitações e contratos administrativos (artigo 5º, IV, Lei nº. 12.846/2013), deve ser aferida com base na margem de lucro calculada a partir da menor proposta oferecida pelo particular na fase de lances do certame licitatório, e somada a eventuais vantagens indevidas pagas a agentes públicos, conforme fórmula constante do item 3.12 (*Vantagem auferida/pretendida (=) [lucro auferido ou pretendido com o ato lesivo (valor total da vantagem pretendida - despesas legítimas) (+) vantagem indevida paga a agente público]*; e quando for impossível obter os dados necessários para o cálculo supracitado, deve-se adotar o critério dos artigos 20 e 22 do Decreto nº.8.420/2015 para calcular a multa a ser aplicada no bojo do processo administrativo de responsabilização, a partir do percentuais do faturamento bruto da pessoa jurídica ou dos parâmetros indicados pela norma.

4. CONCLUSÃO

4.1. Diante do exposto, submeto o presente entendimento à consideração da Sra. Coordenadora-Geral de Uniformização de Entendimentos.



Documento assinado eletronicamente por **STEFANIE GROENWOLD CAMPOS, Auditor Federal de Finanças e Controle**, em 06/07/2020, às 14:51, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, §1º, do Decreto nº 8.539, de 08 de outubro de 2015.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site

<https://sei.cgu.gov.br/conferir> informando o código verificador 1540974 e o código CRC 218A1BE9



CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

DESPACHO CGUNE

1. Estou de acordo com a Nota Técnica nº 1559/2020/CGUNE/CRG.
2. À apreciação do Senhor Corregedor-Geral da União.



Documento assinado eletronicamente por **CARLA RODRIGUES COTTA, Coordenador-Geral de Uniformização de Entendimentos**, em 06/07/2020, às 15:37, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, §1º, do Decreto nº 8.539, de 08 de outubro de 2015.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site

<https://sei.cgu.gov.br/conferir> informando o código verificador 1550414 e o código CRC 226D050C

Referência: Processo nº 00190.104560/2020-02

SEI nº 1550414



CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

DESPACHO CRG

De acordo com a Nota Técnica nº 1559/2020/CGUNE/CRG 1540974, aprovada pelo Despacho CGUNE 1550414.

À COPIS, para produção de resposta à Corregedoria-Geral do Banco Central do Brasil.



Documento assinado eletronicamente por **DEBORA QUEIROZ AFONSO, Corregedora-Geral da União, Substituta**, em 08/07/2020, às 09:15, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, §1º, do Decreto nº 8.539, de 08 de outubro de 2015.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site

<https://sei.cgu.gov.br/conferir> informando o código verificador 1551178 e o código CRC D05D8191