



## CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

### NOTA TÉCNICA Nº 3024/2023/DAL/SIPRI

**PROCESSO Nº 00723.000223/2023-16**

**ASSUNTO: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - ADI 7449**

#### **I. RELATÓRIO**

1. Trata a presente Nota Técnica de manifestação acerca da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 7449 protocolada pelo Sindicato Nacional da Indústria da Construção Pesada - Infraestrutura (SINICON) perante o Supremo Tribunal Federal (STF) em 1º de setembro de 2023, versando sobre a inconstitucionalidade do art. 29 da Lei nº 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção (LAC), o qual assim determina:

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

2. O objetivo da ação é que o STF dê interpretação conforme ao referido dispositivo, "de modo a atribuir-lhe o sentido segundo o qual as competências do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e dos Ministérios da Justiça e da Fazenda para processar e julgar fato que constitua infração à ordem econômica não alcançam a pessoa jurídica que responder ou houver respondido a processo sancionatório perante a Controladoria-Geral da União (CGU) pelo mesmo fato, sob pena de haver sobreposição de sanções que ofenda a princípio de *ne bis in idem*".

3. A petição apresenta os seguintes argumentos principais:

- A convicção punitivista incutida na Administração Pública, a partir de 2013, criou condições materiais e ideológicas para a emergência de mecanismos institucionais que correspondessem aos anseios de "tolerância zero" à corrupção. Neste contexto, foi editada a Lei n.º 12.846/2013, a Lei Anticorrupção, que veio a integrar o "microsistema anticorrupção brasileiro";
- Há outros diplomas que preveem tipos infracionais que coincidem com aqueles previstos na LAC, de forma a provocar multiplicidade de atuação institucional, bem como de persecução, negociação e sancionamento administrativo em face dos mesmos sujeitos e em razão do mesmo fato (*bis in idem*), causas essas de inconstitucionalidades, notadamente em relação aos princípios da moralidade, segurança jurídica, confiança legítima e eficiência;
- A compreensão do direito em sua dimensão institucional remete às funções e finalidades dos órgãos que operam as normas jurídicas, oferecendo uma avaliação dinâmica a respeito da descoordenação no microsistema anticorrupção. Sob este viés, possibilita-se discernir dois eixos principais de cisão no sistema: o institucional e o normativo;
- As funções que regras de competência (ou de julgamento, na terminologia hartiana) atribuem às diferentes unidades institucionais justificam a razão da sua atuação, atrelando-se às finalidades correspondentes descritas em lei. A vinculação às finalidades públicas denota expressão da moralidade administrativa. Ao descumprir suas funções ou exercê-las indevidamente, viola-se referido princípio constitucional, na medida em que a finalidade que determina o valor moral da conduta do administrador refere-se à competência legal atribuída ao órgão administrativo que compõe. A descoordenação em comento ocasiona o descumprimento das funções sancionadoras no microsistema anticorrupção e, por tabela, malfere a moralidade administrativa;
- Encontrando-se potencialmente sujeito a diversas instâncias punitivas na Administração Pública Federal, a pessoa jurídica submetida a um processo administrativo por cometimento de ilícito anticorrupção e mesmo sancionada por essa razão, não dispõe de segurança jurídica para conduzir-se em conformidade com a sanção, mesmo cumprindo-a, em vista da possibilidade de nova punição pelo mesmo fato. Assim, violam-se os princípios da segurança jurídica e da confiança legítima;
- As inconstitucionalidades em questão constituem, igualmente, um problema de antinomia

normativa, em vista do conflito aparente de normas;

- A avaliação da licitude ou da ilicitude das condutas condiciona-se à constatação da competência para o exercício de funções, de forma que o conflito que se tem em vista traduz-se em um conflito de competências;
- O *ne bis in idem*, igualmente princípio de ascendência constitucional, irradia efeitos para a interpretação das leis, de forma a reforçar a adoção do desfecho jurídico que evite a dupla persecução e punição dos mesmos sujeitos pelo mesmo fato;
- Ao intérprete cabe obter soluções que prezem pela coerência do ordenamento jurídico, e, portanto, cumpre evocar as clássicas regras de solução de antinomias, ao lado da atividade criativa do órgão que decidirá a respeito: hierarquia, anterioridade e especialidade;
- A LAC é lei posterior e especial, por apresentar elementos especializantes, sobretudo relativos à temática anticorrupção e à sujeição de pessoas jurídicas a suas sanções. Por tais critérios, a LAC prevalece em relação às demais leis do arranjo jurídico anticorrupção;
- O Estado não tem dispensado um único tratamento jurídico ao administrado e o submete a persecuções por entes distintos que podem, ao final, aplicar-lhe, separada e concomitantemente, penalidades cuja gravosidade supera a finalidade da pena como instituto repressor do ato ilícito. Nesse contexto, não há justiça na aplicação de pena superior ao necessário para reprimir determinado ato, malferindo o princípio constitucional do *ne bis in idem*;
- A aplicação irrestrita de sanções desproporcionais por diferentes órgãos, sem a devida dosimetria, fere o devido processo legal. Para que haja necessidade, a sanção deve observar os direitos e garantias individuais e ser o menos gravosa possível;
- A liberdade de “processar e julgar” dentro de cada “competência” autônoma implica inaceitável supremacia dos órgãos de controle na condução dos processos sancionadores em detrimento dos direitos e garantias do investigado, inclusive quanto à duração razoável do processo e celeridade na resposta estatal;
- Em razão da imposição múltipla de sanções decorrentes do mesmo fato, a pessoa jurídica se vê com justificadas dificuldades de manutenção de seu negócio e de continuidade das operações, inclusive na relação com fornecedores e mercado externo, o que afronta não apenas o desenvolvimento nacional, a propriedade privada e a livre iniciativa, como também deixa desprotegido o mercado interno.

4. Em síntese, o entendimento apresentado pela petição é de que a previsão legal pela possibilidade das pessoas jurídicas serem sancionadas pela LAC e conjuntamente por outros órgãos em razão de infração à ordem econômica, em especial as sanções da Lei do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, Lei nº 12.529/2011 e legislação correlata, seria inconstitucional e que, portanto, deveria vir o STF a determinar a impossibilidade dessa dupla pena.

5. Tendo em vista a propositura da ação e, ainda, as implicações do referido pedido para os acordos de leniência, a CONJUR/CGU foi requerida a se manifestar por meio do Ofício 252/2023/CONSUNIAO/CGU/AGU (2949353). Esta, por sua vez, requereu à DAL/SIPRI manifestação quanto ao tema, "a fim de subsidiar a elaboração de eventuais informações a serem presetas ao Supremo Tribunal Federal", conforme Despachos (2949397 e 2949676).

6. Assim, diante do ajuizamento de referida ação constitucional, as considerações a seguir visam tratar da repercussão da pedido realizado em face dos Acordos de Leniência celebrados pela CGU/AGU.

## II. ANÁLISE

### II.1 A COERÊNCIA ENTRE INSTÂNCIAS COMO HARMONIZAÇÃO, NÃO PRESSUPOSTO PARA LIMITAÇÃO DA ATIVIDADE OU VINCULAÇÃO

7. A referida petição traça um panorama extenso de diversos fatores que, segundo seu entendimento, acarretam a inconstitucionalidade da aplicação concomitante das penalidades previstas pela LAC e pela legislação do CADE. Necessário destacar, desde o presente momento que, apesar de concordarmos com alguns dos posicionamentos expressos durante a petição, não é possível se sustentar que tais posicionamentos acarretem na inconstitucionalidade do art. 29 da Lei nº 12.846/2013.

8. O primeiro argumento apresentado pela petição se refere à necessidade de coerência intrassistêmica nas diferentes searas do Direito Administrativo Sancionador, justificado pela necessidade de unidade e coerência interna dentro do sistema administrativo de sanções.

9. Conforme corretamente descrito pela ação, é de primordial necessidade e de interesse de todos os participantes - instituições pública e agentes privados - que se busque uma coerência nas atividades realizadas pelos órgãos que compõem o referido sistema sancionador. Nesse sentido, o diálogo institucional e a coordenação entre as diferentes atividades administrativas é ponto fulcral que deve ser sempre desenvolvido e instigado, para que, sempre que possível, haja o incremento do diálogo institucional, de forma a se combater decisões antagônicas que possam levar à uma penalidade exacerbada ao agente privado (v. neste sentido, ATHAYDE, Amanda. Manual dos Acordos de Leniência no Brasil: Teoria e Prática, 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 146 e ss. Disponível em: <<https://www.forumconhecimento.com.br/livro/L3883>>. Acesso em: 18 ago. 2023).

10. A busca pela coordenação e coerência institucional também deve ser uma solução buscada tendo em vista a própria imagem dos institutos e dos órgãos governamentais, de forma que não se leve a um descrédito das instituições, justamente em razão da eventual falta de diálogo que possa causar divergências entre os entendimentos expostos.

11. Ocorre que, apesar de concordarmos com a premissa acima, não é possível concordar com a conclusão adotada na petição inicial, isto é, pela inconstitucionalidade do art. 29 da Lei nº 12.846/2013.

12. Do ponto de vista principiológico, a petição inicial argumenta pela aplicação dos princípios da moralidade, confiança legítima e segurança jurídica como normas correlatas que, por sua vez, justificariam uma legítima expectativa por parte da pessoa jurídica de que, tendo ela sido punida por um dos órgãos administrativos, não haverá novas punições por parte dos demais órgãos, dado que estes deveriam levar em consideração a decisão já tomada pelo primeiro órgão decisor.

13. Não há dúvidas que os órgãos que compõem o Direito Administrativo Sancionador devem levar em consideração durante sua análise a decisão já tomada em outras instâncias administrativas. É inclusive essa a preocupação que levou à adição do art. 22 e seus parágrafos à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Em especial, necessário levar-se em consideração a determinação expressamente contida no § 3º, o qual afirma:

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

**§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato (g.n.)**

14. Visto de outra maneira, a preocupação da confiança legítima e da segurança jurídica foram levadas em consideração pelo legislador, que determinou que sanções de mesma natureza decorrentes do mesmo fato já aplicadas sejam consideradas pelas demais instâncias sancionadoras.

15. A norma, entretanto, não impõe uma limitação no sentido de proibir uma atuação posterior dos demais órgãos sancionadores. Pelo contrário, a solução dada pelo ordenamento jurídico é que tal atividade múltipla, quando estiver prevista em lei, ocorrerá sobre a premissa de que o agente público leve em consideração as demais sanções existentes no momento em que for realizar sua própria atividade sancionatória.

16. Assim, a aplicação de tais princípios pelos intérpretes administrativos ocorre justamente quando se leva em consideração as demais decisões durante sua análise, mas sem que isso possa ser correlacionado a qualquer dever de vinculação ou subordinação às demais instâncias.

17. Vale a pena, nesse sentido, também trazer à discussão os julgados referentes aos Mandados de Segurança 35.435, MS 36.173, MS 36.496 e M 36.526, utilizados pela peticionante como argumento de corroboração no sentido de que o uso da atividade sancionadora por um órgão teria o condão de impossibilitar a aplicação de sanções adicionais por outro órgão.

18. Como é sabido, o referido julgamento analisou a atuação do TCU no caso em que já havia sido celebrado acordo de leniência pela CGU e Advocacia-Geral da União (AGU) com a mesma pessoa

jurídica, a qual obteve por meio do acordo o direito a não ser aplicada contra si a sanção de declaração de inidoneidade para contratar com a administração pública. Conforme a determinação do STF, há a necessidade de conciliação das penalidades aplicadas, não podendo haver a desconsideração por parte do TCU da delimitação de penalidades advindas do acordo celebrado.

19. Nesse sentido, é necessário pontuar que, apesar da harmonização das penalidades aplicadas, não houve quaisquer limitações ao poder sancionatório do Tribunal, ou seja, em nenhum momento houve qualquer repreensão a que o Tribunal realizasse sua apuração via tomada de contas, ou que viesse a aferir o dano ao erário advindo das condutas analisadas. Elucidativo, neste sentido, o seguinte trecho do voto-conjunto do Ministro-Relator nos MS 35.435, MS 36.173, MS 36.496 e MS 36.526:

Destaco, no entanto, que esse entendimento de modo algum suprime a realização da missão institucional do TCU. Como já destacado, o próprio microsistema anticorrupção reconhece que a celebração do acordo de leniência em si não esgota o dever jurídico de reparação integral do dano ao erário. Esse é o sentido do art. 16, § 3º, da própria Lei Anticorrupção, o qual deixa claro que “o acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado”.

Assim, nada obsta que, mesmo após a celebração do acordo de leniência com a CGU/AGU, o TCU apure a existência de danos complementares que não foram integrados na reparação ao erário entabulada naqueles acordos. Ocorre que, nessa hipótese, não é dado ao TCU valer-se de sanção que obstrua a execução daqueles acordos.

20. Assim, não se questiona a necessidade de haver uma harmonização das sanções a serem aplicadas, mas não é possível se sustentar que com o exercício do poder sancionador por uma das instituições competentes se esgote completamente o poder sancionatório do Estado, especialmente quando se sabe que diferentes agências estatais por vezes miram a defesa de bens jurídicos distintos ou a proteção de diferentes políticas públicas, o que se aplica inteiramente ao caso da regra prevista no art. 29 da Lei nº 12.846/2013.

## **II.2 AUSÊNCIA DE CONFLITO ENTRE NORMAS E CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 29 DA LAC**

21. O tópico seguinte da petição se estende na análise de como deveria ser feita a conciliação normativa entre a LAC e as demais leis que compõem o Direito Administrativo Sancionador. Nesse sentido, parte-se do pressuposto de que toda a argumentação desenvolvida anteriormente acarretaria na impossibilidade de aplicação de maneira conjunta de dois normativos sancionadores, no caso, a LAC e a legislação do CADE.

22. Para tanto, apresenta os critérios de antinomia de normas cronológico, hierárquico e de especialidade para justificar a aplicação tão somente da LAC no caso da pessoa jurídica que responder ou houver respondido a processo sancionatório perante a CGU, imunizando-a em relação às sanções de competência do CADE pelos mesmos fatos. Segundo a petição inicial, a LAC seria lei posterior especial em relação à Lei nº 12.529/2011, e, portanto, teria derogado esta lei.

23. Essa perspectiva, porém, não pode prosperar. O posicionamento que ora se apresenta é de que é necessária uma harmonização entre as sanções a serem aplicadas, sem que disso decorra a impossibilidade fática de que diferentes órgãos atuem simultaneamente sobre a mesma conduta.

24. O conflito de normas ocorre quando há uma demonstração de incompatibilidade entre duas normas validamente editadas no ordenamento jurídico, o que leva à exigência de se estabelecer qual a norma aplicável, ante a necessidade de coerência lógica do ordenamento jurídico.

25. Na caso da LAC e da legislação do CADE, por sua vez, entende-se que não foi demonstrado, e efetivamente não há, um conflito aparente entre normas. Não há nenhuma determinação constitucional ou legal, ainda que de ordem principiológica, que proíba a aplicação de ambas as normas concomitantemente. A aplicação de sanções simultaneamente por órgãos administrativos é uma atividade corriqueira, inclusive prevista pela LINDB, conforme trazido acima. Por isso, deve o aplicador se atentar para uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, mas sem que isso acarrete na impossibilidade de atuação de quaisquer das instâncias.

26. De fato, a Lei nº 12.529/2011, estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência,

e, portanto, visa "a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico" (art. 1º). Neste toada, a Lei nº 12.529/2011 previu como infração à ordem econômica "acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: [...] preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública", conduta que pode dar ensejo a aplicação de penalidades a pessoas físicas ou jurídicas responsáveis, como multa, publicação da decisão sancionadora, proibição de licitar e contratar com instituições financeiras oficiais e entidades públicas, entre outras (artigos 36, § 3º, inciso I, alínea "d", 37, e 38).

27. Já a Lei nº 12.846/2013 estabeleceu a possibilidade de "responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira" (art. 1º), tendo para tanto previsto entre os atos lesivos objeto de repressão, "no tocante a licitações e contratos", uma série de condutas, entre elas, "frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público" (art. 5º, inciso IV). Para reprimir essas condutas, previu a possibilidade de aplicação administrativa das sanções de multa e publicação extraordinária de da decisão condenatória (art. 6º), além de penalidades na seara judicial, como o "perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração", a "suspensão ou interdição parcial de suas atividades", e a "dissolução compulsória da pessoa jurídica" (art. 19).

28. Como se vê, embora tais normas possam incidir concomitantemente sobre os mesmos fatos, buscam a defesa de bens jurídicos distintos, e possuem zonas de não-intersecção: de um lado, se a fraude à licitação não se dá por meio da formação de cartel, inegável que se aplicam apenas as penalidades previstas na LAC; por outro, se há formação de cartel que não se limita a ofender o direito da Administração Pública de buscar obter o melhor preço na licitação, ofendendo também a defesa da concorrência, a atuação do CADE é necessária.

29. De outro lado, pode haver sobreposição de competências nestes casos, com aplicação de mais de uma sanção por agências distintas, as quais devem ser harmonizadas nos termos do art. 22, § 3º, da LINDB, mas isto não implica antinomia entre as normas, já que a atuação das duas agências visa a proteção de interesses distintos: de um lado o interesse da Administração Pública em obter a melhor proposta em suas contratações, e de zelar pela probidade administrativa, e de outro o interesse da sociedade no correto funcionamento dos mercados, sem formação de cartéis pelos agentes econômicos.

30. Ademais, nos casos em que o próprio ordenamento jurídico apresenta expressamente a solução para uma possível antinomia, essa regra deve ser prestigiada em homenagem ao princípio democrático, isto é, deferência à vontade popular expressa na decisão do parlamento. Exemplo disso é a inovação legislativa advinda das alterações na Lei de Improbidade Administrativa (LIA) - Lei nº 8.429/1992, em especial da introdução do § 2º do art. 3º da Lei:

Art. 3º As disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra dolosamente para a prática do ato de improbidade.

§ 1º Os sócios, os cotistas, os diretores e os colaboradores de pessoa jurídica de direito privado não respondem pelo ato de improbidade que venha a ser imputado à pessoa jurídica, salvo se, comprovadamente, houver participação e benefícios diretos, caso em que responderão nos limites da sua participação.

§ 2º As sanções desta Lei não se aplicarão à pessoa jurídica, caso o ato de improbidade administrativa seja também sancionado como ato lesivo à administração pública de que trata a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

31. O entendimento administrativo, até a introdução do referido artigo, era de que não haveria um conflito na aplicação conjunta da LAC e da LIA. Ocorre que, a partir da introdução do dispositivo, a regra legal afastou a possibilidade de dupla apenação, ao determinar a subsidiariedade da LIA frente à LAC.

32. Portanto, não há que se falar em um conflito aparente de normas entre a LAC e a Lei do CADE, já que a lei previu expressamente a aplicação simultânea das sanções, dando relevância à repressão destas condutas, não havendo, portanto, necessidade em se discutir qual norma deveria prevalecer em um contexto que, na verdade, permite a aplicação conjunta de ambas as normas.

33. Assim, considerando a falta de conflito entre normas e a possibilidade de aplicação conjunta dos dispositivos, a conclusão a que se chega é que não há que se falar em qualquer tipo de

inconstitucionalidade na previsão do art. 29 da LAC.

34. O artigo 29 apresentada a vontade popular espelhada por seus representantes legislativos eleitos, no sentido de que é possível que a conduta ilícita que macule a ordem econômica e, ao mesmo tempo, infrinja as regras referente à probidade na contratação junto à Administração Pública seja duplamente sancionada. Essa vontade popular não pode ser relevada de maneira indiscriminada, sendo fruto da expressão que se tem de ser possível e necessária essa dupla sanção. Como já exposto acima, é justamente o que diferencia o art. 29 da LAC da previsão inserida na LIA. A nova previsão permite entender que a atual vontade do povo - novamente por meio de seus parlamentares eleitos - é de não haver mais uma dupla incidência da LAC e da LIA em um mesmo caso concreto. Enquanto não houver manifestação nesse sentido para o caso da LAC e da legislação do CADE, deve-se respeito ao disposto em lei sobre a possibilidade de sua incidência concomitante.

35. Há que se dizer, por fim, que o dispositivo do art. 29 não expressa apenas um ensejo popular pela punição de determinada conduta, mas também é uma fórmula de deixar clara as diferenças entre o instituto da LAC e da legislação do CADE. Ao CADE, conforme o próprio nome diz, compete a defesa da ordem econômica, prezando pela manutenção da livre concorrência e da equidade e equilíbrio entre os atores de mercado, tendo suas sanções uma natureza específica, relacionada justamente à defesa dessa ordem econômica. A LAC, por sua vez, é um instituto criado para o fomento da probidade no trato entre o particular e a Administração Pública, cujas sanções têm justamente essa natureza de combate à corrupção, de forma a velar sobre as condutas das pessoas jurídicas no trato da coisa pública.

36. Veja-se que resta bem estabelecida a diferenciação de natureza entre as sanções, cujos bens jurídicos subjacentes são claramente distintos, apesar de todos fazerem parte do referido Direito Administrativo Sancionador. Essa distinção, mesmo que desconsiderada durante a argumentação da petição, é por ela corroborada, ao demonstrar que há um espaço de intersecção, sem que se possa dizer que os bens jurídicos tutelados são os mesmos:

257. A sobreposição entre os tipos infracionais previstos na LAC e na Lei do CADE pode não ser total, mas é nítida em casos de cartéis em licitação. Isso porque o ajuste entre concorrentes para fraudar a competição licitatória é sempre uma espécie tanto do gênero “fraude à licitação” quanto do gênero “cartel”, atraindo sanções de ambos os tipos jurídicos, cada qual investigado por um órgão.

258. Em outras palavras, se nem toda a fraude à licitação decorre de ajustes entre concorrentes — pode haver conluio apenas entre um participante e a autoridade pública, por exemplo —, todo o ajuste entre concorrentes para manipular as condições de uma licitação configura fraude à licitação. Igualmente, se nem todo o cartel ocorre em licitações — há inúmeros casos de cartéis em mercados que não são caracterizados por compras públicas —, todo ajuste entre concorrentes em licitação configura-se como um cartel. O esquema a seguir resume a situação:

37. De todo o exposto, veja-se que o art. 29 é plenamente constitucional, fruto da vontade popular e permanece vigente, com o objetivo de permitir que haja a proteção de dois bens jurídicos distintos e imprescindíveis, mesmo nos casos em que haja uma intersecção fática entre ambos.

### **II.3 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ECONÔMICOS APRESENTADOS E SUA APLICAÇÃO AOS CASOS CONCRETOS**

38. A peticionante apresenta, por fim, um plexo de princípios constitucionais (a proteção ao mercado interno, livre iniciativa, propriedade privada, garantia ao desenvolvimento nacional e vedação ao confisco) aos quais pede uma análise em conjunto para determinar a adequação das sanções impostas às pessoas jurídicas frente o contexto econômico vivido por elas atualmente. A situação econômica é descrita como consequência das sanções já impostas por meio dos acordos de leniência celebrados, em conjunto com a expectativa de sanções que podem advir dos processos ainda em trâmite no CADE.

39. Dentre o conjunto de argumentos utilizados neste ponto, vale ressaltar os efeitos econômicos, segundo a petição, advindos da aplicação das sanções, afetando o desenvolvimento nacional e deixando desprotegido o mercado interno, e a avaliação das sanções aplicadas frente à vedação ao confisco.

40. Nesse ponto, é necessário trazer uma premissa muitas vezes deixada em segundo plano, não sendo dada a devida importância quando se entra na discussão dos efeitos econômicos das sanções

impostas pelo Direito Administrativo Sancionador.

41. O caráter de destaque das empresas de infra-estrutura no contexto econômico nacional não está em discussão, nem sua importância como fator agregador ao mercado interno e ao desenvolvimento nacional. Porém, o ordenamento jurídico pátrio não permite que tais valores sejam sobrelevados em detrimento da moralidade, da legalidade, da livre iniciativa, da equidade e da livre concorrência.

42. Ocorre que a dificuldade econômica que foi apresentada durante a petição foi consequência também das próprias condutas realizadas pela pessoas jurídicas que fazem parte do Sindicato autor da demanda, representante das empresas de construção pesada.

43. As empresas foram sancionadas - e confessaram as condutas narradas em detalhes nos acordos acordos de leniência - em razão de terem praticado um inúmero conjunto de atos lesivos que não apenas trouxeram prejuízo à Administração Pública e à sociedade, indo de encontro com a probidade devida no trato com a Administração, como por sua vez transigiram grande parte dos princípios expostos pela própria autora: não respeitaram o mercado interno e a livre iniciativa, abusando do poder econômico e atentando, portanto, ao desenvolvimento nacional, com prejuízo ao próprio mercado concorrencial em que atuam.

44. Dessa forma, há que se sopesar que as dificuldades narradas não advêm apenas de uma imposição, em seu ponto de vista, exagerada de sanções, mas estas últimas são, ao fim, decorrente da sua própria atividade ilícita.

45. Especificamente no que concerne à questão do confisco e à falta de competitividade das empresas, essa argumentação é por vezes ligada a demonstrações da narrada exorbitância das sanções aplicadas frente ao faturamento anual ou outras métricas vinculadas ao porte das empresas afetadas.

46. Quanto à expressividade das sanções impostas, é necessário contextualizar adequadamente as comparações realizadas durante a petição.

47. Nas situações apresentadas nos itens 299 e 301, observa-se que houve a comparação dos valores dos acordos com o faturamento das empresas sancionadas durante o período da pandemia de COVID-19 (2020-2022), sabidamente um período de depressão econômica. Entretanto, em razão do disposto no art. 6º, inciso I, da Lei nº 12.846/2013, a multa aplicada por ato lesivo teve como base de cálculo o faturamento bruto da pessoa jurídica no último exercício anterior ao do processo administrativo (de responsabilização ou leniência). Tal fato mostra que houve arbitrariedade na escolha do período de comparação pelos autores da Ação, sendo menos eficiente para inferir que os valores dos acordos foram excessivos.

48. No caso da Andrade, deve-se levar em consideração que a empresa já pagou cerca de 29% do valor acordado, e que todos os acordos foram calculados conforme a legislação vigente à época. O faturamento da Andrade em 2013 (ano anterior a instauração do PAR ou leniência), atualizado por IPCA até a data da assinatura do acordo, era de 6,7 bilhões. Assim, a relação valor do acordo/faturamento é de 22%, composta por multas LIA e LAC, e pena de devolução das vantagens indevidas advindas dos ilícitos.

49. No caso da Novonor, os pagamentos já realizados representam aproximadamente 6% do valor total. O faturamento da Odebrecht em 2014 (ano anterior a instauração do PAR ou leniência), atualizado até a data de assinatura do acordo por IPCA, era de cerca de 48,9 bilhões. A relação valor do acordo/faturamento é de 5,5%, composta por multas LIA e LAC, e pena de devolução das vantagens indevidas advindas dos ilícitos.

50. No caso da Camargo Correa, os pagamentos realizados significam aproximadamente 34% do valor do acordo. O faturamento da Camargo no ano de 2013 (ano anterior a instauração do PAR ou leniência) era de aproximadamente 4,6 bilhões, que atualizados por IPCA até a data da assinatura do acordo representavam 6,2 bilhões. Portanto, a relação valor do acordo/faturamento é de cerca de 23%, composta por multas LIA e LAC, e pena de devolução das vantagens indevidas advindas dos ilícitos.

51. Ademais, a CGU/AGU nunca foram insesíveis às adversidades que o setor de construção pesada enfrentou em razão da restrição fiscal dos Governos Federal, estaduais e municipais nos anos recentes e da mencionada pandemia de COVID-19. Sempre que possível, e dentro das possibilidades legais, a CGU/AGU atuaram com vistas a permitir o reperfilamento dos pagamentos (alteração do perfil de pagamento do acordo, com prestações menores em períodos de dificuldades, compensados por pagamentos maiores no futuro). A repactuação da Camargo Correa, por exemplo, ocorreu em 2021, com

reduções nas parcelas de 2021 a 2023 de aproximadamente 45% dos valores, incorporados às prestações futuras (v. <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/integridade-privada/acordo-leniencia/acordos-celebrados>).

52. Vale mencionar também que os acordos de leniência nunca aplicaram a sanção máxima de 20% do valor da multa prevista no art. 6º, inciso I, da Lei nº 12.846/2013, sendo os acordos compostos por valores que não se resumem a esta sanção pecuniária, compreendendo também a multa prevista no art. 12 da LIA, e a pena de perdimento das vantagens indevidas advindas dos ilícitos (art. 19, inciso I, da Lei nº 12.846/2013). Assim, a afirmação contida no § 302 da petição de que as multas aplicadas pela CGU são de tal modo expressivas que superam, individualmente, todas as porcentagens previstas nas leis do microsistema de direito administrativo sancionador, não se mostra verdadeira, dados os percentuais que foram explicitados e que o acordo não é formado apenas pela multa da LAC.

53. Por tudo o que é exposto, em que pese a reconhecida necessidade de harmonização e coerência entre as sanções impostas às pessoas jurídicas submetidas à LAC e à Lei do CADE, não há como acolher a argumentação de que as sanções paralelas impostas pela CGU e o CADE, permitida pelo art. 29 da LAC, ofendam princípios ou regras constitucionais, tal como a proteção ao mercado interno, livre iniciativa, propriedade privada, garantia ao desenvolvimento nacional e vedação ao confisco.

#### **II.4 A HARMONIZAÇÃO INSTITUCIONAL JÁ DESENVOLVIDA E AS AÇÕES PARA SEU APERFEIÇOAMENTO (PEDIDO SUBSIDIÁRIO DE EFEITOS *EX NUNC*)**

54. Conforme explanado acima, reconhece-se a necessidade de harmonização entre as diferentes esferas sancionadoras, de forma que todas elas levem em consideração as sanções aplicadas pelos demais órgãos, em especial diante da regra do art. 22, § 3º da LINDB. Porém, isso não pode acarretar numa interpretação errônea de haver uma limitação à atividade dos órgãos ou vinculação entre eles.

55. De fato, em busca de coerência institucional, foi celebrado o Acordo de Cooperação Técnica - ACT entre a CGU, AGU, o Ministério da Justiça e o Tribunal de Contas da União (TCU), em 2020. O ACT veio de forma a institucionalizar o diálogo entre os órgãos, de forma a superar os riscos de decisões divergentes, sem que com isso haja uma sobreposição de competências de um órgão perante os demais.

56. Na mesma toada, e ainda mais relevante considerando o contexto da presente ação, é necessário destacar que a CGU e o CADE já estão em um processo avançado de negociações para um acordo de cooperação técnica, de maneira a possibilitar a convergência de entendimentos na aplicação das sanções da LAC e da Lei do CADE, primando pela harmonização de eventual atuação sobreposta. Se é certo que investigações em paralelo possam continuar a ser necessárias, ainda que para investigar a mesma conduta com ênfase em objetivos distintos (defesa da concorrência, no caso do CADE; e da probidade administrativa, no caso da CGU), há bastante espaço para colaboração e coordenação tanto nas etapas de investigação e processamento, quanto na resolução consensual e na aplicação de sanções que levem em consideração o conjunto das penalidades aplicadas.

57. Assim, ainda que se possa considerar inadequada a cumulação de sanções a pessoas jurídicas que participaram de cartéis em licitações públicas, em homenagem ao princípio da separação dos poderes (art. 2º da Constituição Federal), deve-se dar a devida deferência às decisões técnicas tomadas pelas agências estatais dentro dos respectivos marcos regulatórios setoriais, agências estas criadas justamente para dar previsibilidade e segurança jurídica na aplicação das normas. É o que já decidiu o STF no RE de 1.059.819/PE:

[...] 4. Esta CORTE já proclamou a autonomia das agências reguladoras na definição das regras disciplinadoras do setor regulado, observados os limites da lei de regência, ante a complexidade técnica dos temas envolvidos que exigem conhecimento especializado e qualificado acerca da matéria objeto da regulação (ADI 2095, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJe de 26/11/2019). 5. Nesse cenário, a anulação da cláusula contratual pelo Poder Judiciário, a pretexto de ofensa ao princípio da razoabilidade, configura indevida intromissão nas competências dos Poderes Executivo e Legislativo. 6. Recurso Extraordinário a que se dá provimento. Tema 991, fixada a seguinte tese de repercussão geral: “Afronta o princípio da separação dos poderes a anulação judicial de cláusula de contrato de concessão firmado por Agência Reguladora e prestadora de serviço de telefonia que, em observância aos marcos regulatórios estabelecidos pelo

Legislador, autoriza a incidência de reajuste de alguns itens tarifários em percentual superior ao do índice inflacionário fixado, quando este não é superado pela média ponderada de todos os itens". (RE 1059819, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 21/02/2022, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-084 DIVULG 02-05-2022 PUBLIC 03-05-2022).

58. Paralelamente, é preciso lembrar que, em aplicação do art. 22, § 3º, da LINDB, a CGU tem buscado por meio de análises internas avaliar medidas para a compensação ou abatimento das sanções de mesma natureza decorrente dos mesmos contextos fáticos, de forma a possibilitar que a pessoa jurídica sancionada não tenha contra ela aplicada um conjunto de sanções que, analisadas de forma global, venha a implicar em uma sanção abusiva que importe em desrespeito ao princípio do confisco, da livre iniciativa e demais princípios evidenciados na petição em análise.

59. De fato, esta Controladoria-Geral da União, em hipótese envolvendo a LAC e a Lei Rouanet, entendeu pela possibilidade compensação entre as multas, aplicando a maior multa sugerida, conforme entendimento esposado pela Corregedoria-Geral da União, por meio da NOTA TÉCNICA Nº 1995/2022/COREP1/DIREP/CRG, no Processo nº 00190.101806/2017-81:

5.31. Por todas as considerações aqui trazidas, entende-se que, no caso concreto, a cumulatividade das sanções da Lei Anticorrupção e da Lei Rouanet poderia ser considerada desproporcional aos fins a que elas se propõem. Vale ainda destacar, ainda, que o valor da vantagem auferida da parte da Scania Latin America Ltda. já foi devolvido aos cofres públicos, mesmo antes da instauração deste PAR.

5.32. Assim, com base nos fundamentos aqui apresentados, opina-se por recomendar à autoridade julgadora que avalie, no presente caso, o reconhecimento da necessidade de compensação das multas para, no caso em tela, admitir que a aplicação da multa considere tão somente uma das duas sanções aplicáveis, ou a da Lei Anticorrupção ou a da Lei Rouanet, a que for maior, restando fixadas as multas finais da seguinte maneira:

60. Assim, resta demonstrada que a preocupação original dos peticionantes, no sentido de que a Administração Pública leve em consideração e se preocupe em analisar de forma global todo o conjunto de sanções aplicadas às pessoas jurídicas, é um ponto que já tem sido levado em consideração durante a atividade sancionatória.

61. Por tais razões, entende-se que, subsidiariamente, deve-se requer a modulação de efeitos da eventual decisão pela inconstitucionalidade do art. 29 da LAC para que esta tenha efeitos apenas a partir do julgamento da referida ação, sem que com isso afete as decisões já tomadas pelos órgãos sancionadores considerando tal dispositivo como constitucional. Em outras palavras, entende-se que subsidiariamente deve ser pedida a modulação de efeitos *ex nunc* da eventual decisão pela inconstitucionalidade do art. 29, preservando-se os processos e decisões já adotadas.

### III. CONCLUSÃO

62. De todo o exposto, serve a presente Nota Técnica para manifestar o seguinte:

a) A busca pela coerência entre os diferentes órgãos com a harmonização e cooperação institucional é um intuito presente na atividade administrativa, que deve ser levada em consideração na avaliação das sanções impostas ao particular;

b) A coerência e harmonização não podem ser, por sua vez, entendidas como justificativas para limitar a atividade investigativa e sancionatória de cada órgão, nem como base para uma vinculação e limitação à autonomia das instituições individualmente analisadas;

c) Não há vedação à imposição conjunta de mais de uma sanção sobre um mesmo fato jurídico, nem havendo vedação para a atividade simultânea de diferentes órgãos sancionadores, como é o caso das sanções da LAC e da legislação do CADE. A consequência lógica é que não há um conflito de normas entre ambas as previsões legais. O resultado dessa análise, portanto, é que **não há que se falar em inconstitucionalidade do art. 29 da LAC**, que justamente permite expressamente a aplicação conjunta da LAC e da Lei nº 12.529/2011;

d) A constitucionalidade do dispositivo é corroborada por ser ele a expressão da vontade popular, conforme deliberado pelo Congresso, deixando claro o intuito do legislador de permitir que haja a punição de um mesmo ato de maneira independente, por lesar bens jurídicos distintos: a ordem econômica e a probidade para com a Administração Pública;

e) No que concerne à aplicação dos princípios constitucionais econômicos frente as sanções já aplicadas, é necessário que essa análise não leve em conta apenas o momento atual das pessoas jurídicas afetadas, como também todo o histórico de ilícitos cometidos (e confessados via acordos de leniência) que acarretaram nas sanções impostas;

f) Independentemente da tomada de decisão quanto à constitucionalidade ou não do art. 29 da LAC, demonstrou-se a preocupação da Administração Pública em levar em consideração as sanções aplicadas em outros órgãos, inclusive na compensação/abatimento entre penalidades de mesma natureza e sobre os mesmos fatos, demonstrando o respeito e o compromisso com a harmonização e cooperação institucional. Em vista das preocupações levadas em consideração na atividade administrativa durante a aplicação do dispositivo questionado, **subsidiariamente, entende-se ser necessário pedir a aplicação *ex nunc* dos efeitos da eventual decisão de inconstitucionalidade**, para que não se afete as decisões já tomadas pela Administração.

63. Assim, submete-se a presente Nota Técnica para apreciação superior.



Documento assinado eletronicamente por **LUIZ HENRIQUE PANDOLFI MIRANDA**, **Diretor da Diretoria de Acordos de Leniência**, em 18/09/2023, às 19:15, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020.



Documento assinado eletronicamente por **MATHEUS SAMPAIO LACERDA**, **Auditor Federal de Finanças e Controle**, em 18/09/2023, às 19:45, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020.

A autenticidade deste documento pode ser conferida no site <https://super.cgu.gov.br/conferir> informando o código verificador 2953259 e o código CRC 345015F3