



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Paraná
3ª Vara Federal de Curitiba

Avenida Anita Garibaldi, 888, 4º andar - Bairro: Cabral - CEP: 80540-400 - Fone: (41)3313--1751 -
www.jfpr.jus.br - Email: prctb03dir@jfpr.jus.br

PROCEDIMENTO COMUM Nº 5002130-45.2018.4.04.7000/PR

AUTOR: ASSOCIACAO PARANAENSE DOS EMPRESARIOS DE OBRAS PUBLICAS

RÉU: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE

SENTENÇA

Trata-se de Ação Anulatória com pedido de tutela de urgência ajuizada pela ASSOCIAÇÃO PARANAENSE DOS EMPRESÁRIOS DE OBRAS PÚBLICAS - APEOP em face do CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE.

Na petição inicial, a parte autora discute o processo administrativo nº 08012.009382/2010-90, instaurado pelo CADE para apurar fraudes em licitações envolvendo obras públicas no Estado do Paraná.

Argumenta que, embora demonstrada no processo administrativo nº 08012.009382/2010-90 a inviabilidade de condenação da APEOP, o CADE proferiu decisão condenatória baseada, unicamente, em degravações/transcrições *desprovidas dos áudios originais* e da *necessária perícia* - incorrendo, assim, em cerceamento de defesa.

Enfatiza que inexistem provas suficientes à condenação da APEOP. Defende que, contrariamente ao que se verificou no processo administrativo, o ônus da prova caberia à própria parte ré, sob pena de violação à presunção de inocência.

Menciona a inexistência de individualização da pretensa conduta lesiva praticada pela autora e/ou seus associados e prepostos - o que também teria prejudicado o exercício do direito de defesa.

Alega que as degravações consideradas pelo CADE são provas ilícitas, derivadas de materiais furtados por JULIANA GONÇALVES PERBICHI e AUREA PANKIEWICZ BISS (ex-funcionárias que trabalharam na

ASSOCIAÇÃO PARANAENSE DOS EMPRESÁRIOS DE OBRAS PÚBLICAS) - e que não deveriam, portanto, ser admitidas.

Pontua que as partes não tiveram acesso aos áudios e mídias considerados na via administrativa para fins de confirmação, análise, contraprova e perícia do conteúdo - o que teria inviabilizado o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Aponta que o policial responsável pela degravação seria irmão de criação das duas funcionárias (JULIANA GONÇALVES PERBICHI e AUREA PANKIEWICZ BISS), de modo que as degravações/transcrições não seriam sequer imparciais.

Questiona, ainda, a ausência de motivação da decisão administrativa - que não teria apreciado os fundamentos fáticos e legais apresentados pela parte autora no processo administrativo.

Discorre, também, acerca de preços, propostas e valores referentes a procedimentos licitatórios específicos - com menção, por exemplo, à variação do preço do petróleo e às especificidades de obras viárias e obras rodoviárias.

Sucessivamente, pugna pela revisão judicial da penalidade aplicada - que, além de indevidas, seriam excessivas e desproporcionais.

Defende que a aplicação das penas não condiz com a natureza da APEOP (*desprovida de fins lucrativos*), podendo ocasionar a insolvência da entidade.

Nesse contexto, a parte autora requer:

a. Liminarmente conceder a antecipação dos efeitos da tutela, para fins de determinar a suspensão das penalidades equivocada e indevidamente aplicadas pelo CADE em desfavor da autora por meio do Processo Administrativo nº 08012.009382/2010-90, até o julgamento final da presente ação;

b. Determinar a citação do CADE, na pessoa de seu Representante Legal para que, querendo, apresente contestação; sob pena de não fazendo presumir-se verdadeiros os fatos articulados pela autora, operando-se a revelia com o consequente julgamento do processo no estado em que se encontra;

c. Determinar a intimação do Digno representante do Ministério Público Federal para, querendo, intervir no feito;

d. Conceder a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, notadamente a testemunhal e documental; depoimento pessoal do representante legal do réu, sob pena de confissão, juntada de documentos suplementares, para impugnação de eventual contestação, e a produção de prova pericial;

e. Face o cerceamento de defesa, a indevida inversão do ônus da prova, as evidentes ofensas (dentre outros) aos princípios da imparcialidade, da presunção de inocência, do devido processo legal e da motivação das decisões administrativas, que ao final Vossa Excelência julgue integralmente procedente a presente demanda, para declarar a nulidade do Processo Administrativo nº. 08012.009382/2010-90, extinguindo-se o mesmo sem qualquer sanção em desfavor da requerente;

f. Sucessivamente, acaso não se decrete e se anule o procedimento administrativo atacado (Processo Administrativo nº. 08012.009382/2010-90), circunstância que só se admite para argumentar, por cautela, que se faça então a necessária revisão da decisão proferida pelo CADE neste procedimento administrativo, para ao final arquivar-se o mesmo, sem qualquer penalização à autora, face a completa e absoluta inexistência de prova de qualquer conduta da APEOP lesiva à livre concorrência;

g. Ainda sucessivamente, acaso não se decrete e se anule o procedimento administrativo atacado (Processo Administrativo nº. 08012.009382/2010-90), mantendo-se alguma penalização à autora, requer-se então que estas sejam revisadas e minoradas, para ao final aplicar-se apenas a multa, afastando-se as demais proibições aplicadas em desfavor da autora, tudo com esteio no inciso II, do art. 37, da Lei 12.529/2011, fixando-se a multa pelo seu mínimo legal, de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), sem outras penalizações, considerando as circunstâncias do caso e a capacidade econômico/financeira da Entidade requerente;

h. Por fim, requer a condenação do CADE nas cominações legais de estilo, notadamente ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

A parte autora atribuiu à causa o valor de R\$ 210.171,57 e anexou documentos à inicial.

No Ev. 5, o Juízo indeferiu a tutela de urgência requerida pela parte autora.

Apresentados embargos de declaração (Ev. 10) em face da decisão de Ev. 5, o Juízo manteve o entendimento consignado na decisão embargada.

A parte ré apresentou contestação no Ev. 24, alegando, em síntese, que: (i) no julgamento do processo administrativo nº 08012.009382/2010-90, o Plenário do Tribunal Administrativo do CADE, por unanimidade, considerou que a APEOP e seus dirigentes haviam cometido a infração à ordem econômica descrita no art. 21, II, III e VIII, da Lei nº 8.884/94 c/c art. 20, I a IV, da Lei nº 8.884/94; (ii) o Plenário do Tribunal Administrativo do CADE, por maioria, também condenou a GAISSLER MOREIRA ENGENHARIA CIVIL LTDA, a FEG ENGENHARIA DE OBRAS LTDA e o Sr. CLÁUDIO BIDOIA por infração à ordem econômica; (iii) a infração à ordem econômica a que foram condenados os réus consistiu na formação de cartel que, sob articulação e

coordenação da APEOP, manipulava licitações destinadas à contratação de obras públicas, em proveito de seus integrantes, mediante prática denominada de "*bid rigging*" (expressão que pode ser traduzida livremente como "*lance desonesto*" ou "*manipulação de lances*"); (iv) no decorrer do processo administrativo, apurou-se que a APEOP exercia papel fundamental na organização do conluio - eis que, possuindo prévio conhecimento acerca das empreiteiras que participariam das licitações, promovia reuniões com as empresas, combinando antecipadamente o resultado dos certames; (v) a APEOP definia a empreiteira que seria agraciada em cada licitação por meio de "sorteio" ou por meio de "fila" - recebendo da licitante que se sagraria vitoriosa uma quantia (parcialmente repassada a servidores públicos envolvidos na fraude); (vi) em diversas oportunidades, as empresas participantes do cartel compartilhavam informações sobre estratégias comerciais ou sobre os valores que seriam consignados nas propostas em licitações nas quais o conluio atuaria; (vii) ao longo do processo administrativo, verificou-se a atuação do cartel, com força, em duas licitações promovidas pela COMEC (Concorrências nº 02/2004 e nº 05/2004); (viii) devido às infrações constatadas, aplicou-se à APEOP "[...] multa correspondente a 16% do valor atualizado do faturamento bruto registrado em 2010 ou a 197.511,11 Ufir (cento e noventa e sete mil, quinhentos e onze inteiros e onze centésimos de unidades fiscais de referência) — o que equivale a R\$ 210.171,57 (duzentos e dez mil, cento e setenta e um reais e cinquenta e sete centavos)" - sem prejuízo da cominação de sanções a outros envolvidos (pessoas físicas e pessoas jurídicas); (ix) o CADE também aplicou aos representados condenados, "[...] com fundamento no inciso II do artigo 24 da Lei nº 8.884/1994, a penalidade de proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e, com fundamento na alínea 'b' do inciso IV do mesmo artigo, a penalidade de recomendação ao Ministério da Fazenda para não conceder o parcelamento de tributos federais por eles devidos ou para cancelar os incentivos fiscais ou subsídios públicos"; (x) o Tribunal Administrativo do CADE, posteriormente, negou provimento aos embargos de declaração; (xi) a parte autora atribuiu à causa o valor de R\$ 210.171,57 (correspondente à multa aplicada no processo administrativo), deixando de considerar que, desde a data de vencimento da obrigação de pagar a multa até a data da propositura da ação, devem incidir multa moratória e juros moratórios, por meio da aplicação da taxa referencial do SELIC - sem prejuízo da incidência de encargo legal de 20% decorrente da inscrição em dívida ativa e do ajuizamento de execução fiscal em face da APEOP (autos nº 0053190-96.2017.4.01.3400, em trâmite na 18ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal); (xi) o valor da causa deve ser fixado em R\$ 310.969.84; (xii) é válido o uso das transcrições ou degravações dos diálogos travados pelos representados como prova do cometimento de infração à ordem econômica; (xiii) quando da instauração do processo administrativo, constou a descrição satisfatória e individualizada das condutas imputadas aos representados - não havendo que se falar em cerceamento de defesa; (xiv) no decorrer do processo administrativo, comprovou-se que a APEOP organizava reuniões com as empreiteiras a fim de que se definisse qual empreiteira sagrar-se-ia vitoriosa em determinada licitação (ou adjudicaria certo lote em que foi

dividido o objeto de determinada licitação) - restando demonstrada a prática de infração à ordem econômica; (xv) a pretensão de anular o Processo Administrativo nº 08012.009382/2010-90 ou de revisão da condenação pelo Plenário do Tribunal Administrativo do CADE revela-se infundada; (xvi) a penalidade aplicada não é arbitrária, imotivada, desarrazoada ou desproporcional, havendo observado os limites e parâmetros estabelecidos na legislação aplicável; (xvii) como a dosimetria da pena foi adequadamente fundamentada a partir das particularidades do caso concreto, não cabe ao Judiciário imiscuir-se na valoração efetuada pelo CADE, sob pena de invasão na esfera de discricionariedade conferida à Administração Pública e de ofensa à separação dos poderes; (xviii) a penalidade não deve ser fixada em patamar ínfimo ou irrisório, tendo em vista que, além da função repressiva, apresenta caráter preventivo e pedagógico (inibir o infrator de cometer novas infrações). Pugna, assim, pela improcedência da ação.

Noticiada, no Ev. 26, a interposição de Agravo de Instrumento (5014905-43.2018.4.04.0000/TRF).

A parte autora apresentou impugnação à contestação no Ev. 33, rechaçando os argumentos apresentados na contestação e pugnando pela procedência dos pedidos apresentados na inicial.

No Ev. 40, o MPF opinou pela improcedência dos pedidos movidos na inicial.

No Ev. 42, noticiou-se a prolação de decisão no Agravo de Instrumento nº 5014905-43.2018.4.04.0000/TRF - havendo o respectivo Relator indeferido pedido de antecipação de tutela recursal.

Fundamentação

Valor da causa

A designação do valor da causa orienta-se pelos critérios fixados no art. 292 do CPC, redigido nos seguintes termos:

Art. 292. O valor da causa constará da petição inicial ou da reconvenção e será:

I - na ação de cobrança de dívida, a soma monetariamente corrigida do principal, dos juros de mora vencidos e de outras penalidades, se houver, até a data de propositura da ação;

II - na ação que tiver por objeto a existência, a validade, o cumprimento, a modificação, a resolução, a rescisão ou a rescisão de ato jurídico, o valor do ato ou o de sua parte controvertida;

III - na ação de alimentos, a soma de 12 (doze) prestações mensais pedidas pelo autor;

IV - na ação de divisão, de demarcação e de reivindicação, o valor de avaliação da área ou do bem objeto do pedido;

V - na ação indenizatória, inclusive a fundada em dano moral, o valor pretendido;

VI - na ação em que há cumulação de pedidos, a quantia correspondente à soma dos valores de todos eles;

VII - na ação em que os pedidos são alternativos, o de maior valor;

VIII - na ação em que houver pedido subsidiário, o valor do pedido principal.

§ 1o Quando se pedirem prestações vencidas e vincendas, considerar-se-á o valor de umas e outras.

§ 2o O valor das prestações vincendas será igual a uma prestação anual, se a obrigação for por tempo indeterminado ou por tempo superior a 1 (um) ano, e, se por tempo inferior, será igual à soma das prestações.

§ 3o O juiz corrigirá, de ofício e por arbitramento, o valor da causa quando verificar que não corresponde ao conteúdo patrimonial em discussão ou ao proveito econômico perseguido pelo autor, caso em que se procederá ao recolhimento das custas correspondentes.

Art. 293. O réu poderá impugnar, em preliminar da contestação, o valor atribuído à causa pelo autor, sob pena de preclusão, e o juiz decidirá a respeito, impondo, se for o caso, a complementação das custas.

Observados os parâmetros fixados no art. 292 do CPC, prevalece na jurisprudência a orientação de que o valor da causa deve corresponder ao conteúdo econômico a ser obtido na demanda, ainda que o provimento jurisdicional perseguido apresente caráter meramente declaratório. Quanto ao tema:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VALOR DA CAUSA. IMPUGNAÇÃO. PROVEITO ECONÔMICO. MENSURAÇÃO INVIÁVEL. FIXAÇÃO POR ESTIMATIVA. POSSIBILIDADE. REVISÃO.

IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL PREJUDICADO. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).

2. O valor da causa deve equivaler, em princípio, ao conteúdo econômico a

ser obtido na demanda, ainda que o provimento jurisdicional buscado tenha conteúdo meramente declaratório.

3. Admite-se que o valor da causa seja fixado por estimativa, quando não for possível a determinação exata da expressão econômica da demanda, estando sujeito a posterior adequação ao valor apurado na sentença ou no procedimento de liquidação.

4. A incidência da Súmula nº 7/STJ impede a aferição, em recurso especial, do valor atribuído à causa quando as instâncias ordinárias entenderem pela sua proporcionalidade e razoabilidade.

5. Resta prejudicada a análise do dissídio jurisprudencial em razão da incidência da Súmula 7/STJ ao caso concreto.

6. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1698699/PR, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/02/2018, DJe 23/02/2018)

Logo, nas ações em que se pleiteia a anulação de decisão administrativa que aplicou penalidade de sanção pecuniária, o valor da causa deve corresponder ao conteúdo econômico da pretensão, ou seja, ao *valor da multa principal que se pretende desconstituir - devidamente atualizado e acrescido de multas e/ou encargos passíveis de afastamento na hipótese de procedência da ação.*

No caso em tela, a parte autora atribuiu à causa o valor de R\$ 210.171,57 - correspondente ao valor da multa principal aplicada pelo CADE no processo administrativo nº 08012.009382/2010-90.

A quantia indicada pela parte autora, entretanto, não corresponde ao conteúdo econômico da demanda, tendo em vista que não foram consideradas a atualização referente ao período compreendido entre o vencimento da multa e a data da propositura da ação e as multas e/ou encargos passíveis de afastamento na hipótese de procedência da ação.

Em razão da ausência de pagamento da multa imposta pelo CADE no prazo fixado, deve também ser considerada, para fins de fixação do valor da causa, a multa moratória "*calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso*", na forma do art. 37-A da Lei nº 10.522/02 c/c art. 61 da Lei nº 9.430/96.

Ademais, há registro de que o CADE ajuizou em face da ré, para fins de cobrança da multa impugnada nos presentes autos, a Execução Fiscal nº 0053190-96.2017.4.01.3400, em trâmite na 18ª Vara Federal de Brasília/DF.

Conforme sólida orientação jurisprudencial lastreada no art. 37-A, §1º, da Lei nº 10.522/02, nas execuções fiscais ajuizadas pela UNIÃO, pelas autarquias federais ou pelas fundações públicas federais incide o encargo de 20% previsto no Decreto-Lei nº 1.025/69. A propósito:

EMENTA: EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS. MATERIALIDADE DA INFRAÇÃO COMPROVADA. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE DA PENALIDADE APLICADA, SEGUNDO CRITÉRIO LEGAL. MANUTENÇÃO DA MULTA. EXIGIBILIDADE DO ENCARGO DE 20% DO DECRETO-LEI 1.025/69. AINDA QUE SE TRATE DE EXECUÇÃO FISCAL AJUIZADA POR AUTARQUIA, HOUVE MODIFICAÇÃO LEGISLATIVA QUE AUTORIZA O ENCARGO LEGAL (artigo 37-A da Lei 10.522/2002, com a redação da MP 449/2008, convertida na Lei 11.941/2009). Embargos rejeitados. Sentença de improcedência mantida. Apelação improvida. (TRF4, AC 5056964-71.2013.4.04.7000, QUARTA TURMA, Relator CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR, juntado aos autos em 03/12/2015)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ENCARGO LEGAL. DECRETO-LEI Nº 1.025/69. AUTARQUIA FEDERAL. EXTENSÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO E AUTO DE INFRAÇÃO. REPRESENTANTE LEGAL. ASSINATURA. CERCEAMENTO DE DEFESA. PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL. INTEMPESTIVA. - Pacífico é o entendimento de que o encargo de 20% do Decreto-Lei nº 1.025, de 1969, é sempre devido nas execuções fiscais da União, bem como das suas autarquias federais e fundações públicas federais, e substitui, nos embargos, a condenação do devedor em honorários advocatícios. Súmula nº 168 do extinto TFR. - Hipótese em que os elementos dos autos comprovam que o representante da embargante teve ciência da autuação, tanto que interpôs recurso administrativo visando desconstituir o auto de infração. Ademais, para realizar diligência fiscalizatória, o agente da ANP não necessitava aguardar a presença de representante legal da embargante no estabelecimento. - O indeferimento da produção de prova testemunhal não se mostrou ilegítima, seja porque a embargante fez o pleito de oitiva de testemunhas tardiamente, seja porque ao formular tal pleito na esfera administrativa, deixou de apontar o que pretendia provar pela oitiva de testemunhas e não apresentou o rol. (TRF4, AC 5009766-72.2012.4.04.7000, TERCEIRA TURMA, Relator NICOLAU KONKEL JÚNIOR, juntado aos autos em 03/04/2014)

Como consequência, o conteúdo econômico da causa engloba também o encargo legal de 20%.

Afinal, a eventual declaração de nulidade da multa pecuniária imposta pelo CADE poderia, em tese, redundar no afastamento do encargo legal de 20%.

Por fim, à luz de interpretação firmada a partir do art. 11 da Lei nº 9.021/95, a multa aplicada pelo CADE deve ser corrigida conforme os critérios de atualização dos *tributos federais pagos em atraso* (mediante a aplicação da Taxa SELIC). Quanto ao tema:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CADE. MULTA. CORREÇÃO MONETÁRIA. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC. POSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA NA BASE DE CÁLCULO DA MULTA DE VALORES PAGOS A TÍTULO DE IMPOSTOS. DESCABIMENTO. **I - Nos termos do art. 11 da Lei 9.021/95, a multa aplicada pelo CADE será corrigida segundo os critérios de atualização dos tributos federais pagos em atraso.** II - O egrégio Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do recurso representativo de controvérsia, REsp. 879.844/MG, da relatoria do ilustre Ministro LUIZ FUX (Dje 25.11.2009), reconheceu a legalidade da aplicação da Taxa SELIC na correção dos débitos que os contribuintes tenham para com a Fazenda Pública Federal. **Em sendo assim, afigura-se juridicamente possível, na hipótese dos autos, a utilização da Taxa SELIC como fator de correção da multa pelo CADE.** III - Na espécie dos autos, deve ser excluída da base de cálculo da multa aplicada pelo CADE o valor recolhido pela impetrante a título de IPTU, IPVA e IOF, posto que, conforme se verifica do acórdão proferido pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica nos autos do processo administrativo nº 08012.006019/2002-11, os Conselheiros da aludida autarquia, por unanimidade, condenaram a impetrante no pagamento de multa equivalente a 1% (um por cento) de seus faturamentos brutos no ano de 2001, excluídos, contudo, os impostos, razão por que não se afigura cabível, no caso, a incidência dos referidos impostos na base de cálculo da multa aplicada. IV - Apelação da impetrante desprovida. Apelação do CADE e remessa oficial parcialmente providas. A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação da impetrante e deu parcial provimento à apelação do CADE e à remessa oficial. (ACORDAO 00278503420094013400, DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 DATA:17/09/2013 PAGINA:89.)

EMENTA: EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. TCFA. IBAMA. JUROS. TAXA SELIC. IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO. 1. De acordo com o art. 17-H da Lei nº 6.938/81, com a redação determinada pela Lei nº 10.165/00, a TCFA não recolhida nos prazos e condições determinadas pela referida lei está sujeita a juros de mora no percentual de 1% ao mês. 2. A Medida Provisória nº 448, de 2008, convertida posteriormente na Lei nº 11.941/09, incluiu o art. 37-A na Lei nº 10.522/02, estabelecendo que os créditos das autarquias e fundações públicas federais não pagos nos prazos previstos serão acrescidos de juros calculados na forma da legislação aplicável para os tributos federais. 3. **Em relação aos tributos federais, é aplicável a taxa SELIC, conforme disposto no art. 13 da Lei nº 9.065/95.** 4. Conclui-se, portanto, que, a partir da vigência da MP 448/2008, os juros de mora relativos à TCFA não recolhida nos prazos e condições determinadas deixam de ser de 1% ao mês e passam a ser cobrados de acordo com a taxa SELIC. 5. Apelação parcialmente provida, para adequar o cálculo dos juros. (TRF4, AC 5011428-16.2013.4.04.7201, PRIMEIRA TURMA, Relator JOEL ILAN PACIORNIK, juntado aos autos em 28/01/2016)

Nesses termos, acolho a impugnação ao valor da causa e os cálculos apresentados na contestação (Ev. 24) para o fim de arbitrar o valor da causa em R\$ 310.969,84.

Mérito

A parte autora argumenta que a condenação imposta pelo CADE amparou-se, essencialmente, em degravações/transcrições *desprovidas dos áudios originais* e da *respectiva e necessária perícia* - de modo que, a seu ver, restaria caracterizado o cerceamento de defesa.

Consoante analisado na decisão interlocutória de Ev. 5, o voto anexado no Ev. 1 - OUT24 abordou a alegação referente à suposta ilegalidade da utilização de degravações de áudios - mencionando, inclusive, outras decisões anteriormente proferidas no curso do processo administrativo. Transcrevo, por brevidade, excerto da decisão administrativa de Ev. 1 - OUT24 (pág. 3-4 do *e-proc*):

[...]

A alegação de que careceria força probante às degravações dos áudios captados por meio de escutas ambientais e de interceptações telefônicas já foi exaustivamente enfrentada no caso em tela. Especificamente no tópico 2.7 do voto-relator, restou esclarecido que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF)[1] reputa válido o empréstimo de provas produzidas em ação penal ao processo administrativo, desde de que haja autorização do juízo criminal, qual ocorreu no presente caso (fl. 6618 do Apartado 08700.011152/2014-66). Registrou-se ainda que o Ministério Público Federal, manifestando-se nos autos na qualidade de custos legis, igualmente reconheceu a validade desse empréstimo.

Ademais, no caso em tela, as degravações produzidas no âmbito da ação penal indicam cabalmente a existência de comunicações entre concorrentes com o fim de burlar licitações de obras públicas no estado do Paraná. Nesse sentido, nos itens 61 a 82 do voto-relator, fez-se uma minuciosa análise de várias degravações de áudios emprestadas da investigação criminal, bem como das oitivas produzidas na instrução do presente processo administrativo, sendo possível vislumbrar, a partir desses elementos, a materialidade do ilícito antitruste, bem como a autoria de cada um dos condenados.

Também destaco que, nos itens 15 a 18 do meu Voto-Vista, foram transcritos todos os trechos de diálogos que demonstram de forma inequívoca a formação de conluio para influenciar os resultados de procedimentos licitatórios, atribuindo-se a cada um dos acusados o elemento de prova valorado. Ressalto mais uma vez que, pelo menos em relação aos Embargantes, não há sequer que se falar em existência de prova indireta, já que os diálogos atestam diretamente a ocorrência do ilícito.

Tendo em vista que todas essas transcrições constam dos autos do presente processos e que as Embargantes tiveram a oportunidade de se manifestarem sobre elas tanto em sede de defesa quanto em sede de alegações finais, não prospera a arguição de cerceamento de defesa suscitada nas razões recursais.

Ademais, convém ressaltar que, além das degravações, a instauração do Processo Administrativo pelo CADE foi motivada pelo deferimento judicial de prisão temporária dos Embargantes Srs. Emerson Gava, Fernando Afonso Gaiessler Moreira, Carlos Henrique Machado. Conforme bem observado nos itens 62 e 63 do voto-relator, a decisão judicial que fundamentou a ordem de prisão deixou claro que a conduta concertada dos Embargantes referia-se diretamente à burla do procedimento licitatório aberto pelo Edital de Concorrência de nº 02/2004, cujo resultado sagrou vencedoras onze empresas Representadas nesse processo administrativo. Por isso, não prospera a argumentação das Embargantes de que as transcrições/degravações utilizadas referem-se a momentos ou a contextos diferentes do procedimento licitatório aberto pelo Edital de Concorrência de nº 02/2004. A fim de afastar qualquer dúvida a esse respeito, é válido mais uma vez transcrever trechos da referida decisão judicial:

“(…) Das provas juntadas pela Autoridade Policial, o valor inicial para a realização da obra, objeto do Edital de Concorrência nº 02/2004, seria de R\$ 52.328.457,67 (cinquenta e dois milhões, trezentos e vinte e oito mil, quatrocentos e cinquenta e sete reais (sic) e sessenta e sete centavos), divididos em 11 lotes para execução das obras. Ocorre que do resultado de um acordo prévio entre as empresas concorrentes, o valor apresentado por estas, foi superior ao valor estabelecido para cada lote, sendo então desclassificadas pela comissão de licitação.

A desclassificação das empresas fez com que o Presidente da Comissão Especial de Licitação, após consulta prévia ao Secretário Especial para Assuntos da Região Metropolitana de Curitiba, abrisse novo prazo para apresentação de propostas para realização das obras, sendo que nas propostas novamente apresentadas, foram mantidos os valores anteriores, frustrando assim, de forma definitiva, a concorrência a qual se pretendia.

Diante dessa situação, o Governo do Estado expediu em 18/11/2004, novo processo licitatório no (05/2004), sendo que o valor para realização das obras passou para R\$ 70.011.232,68 (setenta milhões, onze mil, duzentos e trinta e dois reais e sessenta e oito centavos), sendo que o Edital de Concorrência foi publicado com o valor máximo de R\$ 66.231,175,74 (sessenta e seis milhões, duzentos e trinta e um mil, cento setenta e cinco reais e setenta e quatro centavos), um aumento de quase quatorze milhões de reais, sendo acrescido também o número de lotes, passando de onze (11) para dezesseis).

Das conversas telefônicas interceptadas, com a devida autorização judicial, a Autoridade Policial verificou a existência de fortes indícios da participação de funcionários públicos, dirigentes das empresas envolvidas, inclusive com a realização de reuniões para combinar a forma de atuação e apresentação de propostas como fim de lesar o patrimônio público (...)” (fls. 4815/4816 do Apartado 08700.011152/2014- 66).

[...]

Como se vê, as degravações trasladadas para o processo administrativo em trâmite no CADE originaram-se de prova produzida no curso de *ação penal*.

Em regra, as provas são produzidas no decorrer do próprio processo.

Entretanto, é possível que provas geradas em determinado processo, a exemplo de documentos, relatos de testemunhas, depoimento pessoal ou exame pericial, sejam trasladadas para outro processo, sob a forma documental.

Trata-se, aqui, da denominada "*prova emprestada*".

O emprego de provas confeccionadas em outro processo amolda-se aos princípios da *economia processual* (dispensando-se a produção de prova já existente) e da *busca da verdade possível* (em especial diante de hipóteses em que a repetição da prova é impossível ou excessivamente onerosa).

Independentemente da natureza apresentada no processo originário, a prova emprestada ingressa no outro processo sob a forma de prova documental - submetendo-se, assim, ao contraditório e à ampla defesa.

Em que pese o inconformismo da parte autora, a jurisprudência dos Tribunais Superiores admite a utilização, em processos administrativos e civis, de prova validamente produzida em sede de ação penal (independentemente do trânsito em julgado), contanto que autorizada por juiz criminal e observados o contraditório e a ampla defesa (assegurando-se à parte interessada o direito de insurgir-se contra a prova trazida e de impugná-la). Observadas tais premissas, o compartilhamento de provas colhidas em sede de investigação criminal para fins de utilização como prova emprestada em processos civis ou administrativos é válido ainda que as provas tenham sido obtidas mediante *quebra de sigilo* (em procedimentos criminais sigilosos) ou que as partes do processo para o qual a prova será trasladada não tenham integrado o procedimento ou ação criminal. A prova emprestada não pode restringir-se apenas a processos em que figurem partes idênticas, sob pena de redução excessiva de sua aplicabilidade sem justificativa razoável. A propósito:

ementa: Direito Processual Penal. Inquérito. Prova emprestada. 1. É assente na jurisprudência desta Corte a admissibilidade, em procedimentos administrativos ou civis, de prova emprestada produzida em processo penal, mesmo que sigilosos os procedimentos criminais. 2. Agravo regimental provido.

(Inq 3305 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 23/02/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-137 DIVULG 30-06-2016 PUBLIC 01-07-2016)

CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DISCRIMINATÓRIA. TERRAS DEVOLUTAS. COMPETÊNCIA INTERNA. 1ª SEÇÃO.

NATUREZA DEVOLUTA DAS TERRAS. CRITÉRIO DE EXCLUSÃO. ÔNUS DA PROVA. PROVA EMPRESTADA. IDENTIDADE DE PARTES. AUSÊNCIA. CONTRADITÓRIO.

REQUISITO ESSENCIAL. ADMISSIBILIDADE DA PROVA.

1. Ação discriminatória distribuída em 3.02.1958, do qual foram extraídos os presentes embargos de divergência em recurso especial, conclusos ao Gabinete em 29.11.2011.

2. Cuida-se de ação discriminatória de terras devolutas relativas a parcelas da antiga Fazenda Pirapó-Santo Anastácio, na região do Pontal do Paranapanema.

3. Cinge-se a controvérsia em definir: i) a Seção do STJ competente para julgar ações discriminatórias de terras devolutas; ii) a quem compete o ônus da prova quanto ao caráter devoluto das terras; iii) se a ausência de registro imobiliário acarreta presunção de que a terra é devoluta; iv) se a prova emprestada pode ser obtida de processo no qual não figuraram as mesmas partes; e v) em que caráter deve ser recebida a prova pericial emprestada.

4. Compete à 1ª Seção o julgamento de ações discriminatórias de terras devolutas, porquanto se trata de matéria eminentemente de direito público, concernente à delimitação do patrimônio estatal.

5. Nos termos do conceito de terras devolutas constante da Lei 601/1850, a natureza devoluta das terras é definida pelo critério de exclusão, de modo que ausente justo título de domínio, posse legítima ou utilização pública, fica caracterizada a área como devoluta, pertencente ao Estado-membro em que se localize, salvo as hipóteses excepcionais de domínio da União previstas na Constituição Federal.

6. Pode-se inferir que a sistemática da discriminação de terras no Brasil, seja no âmbito administrativo, seja em sede judicial, deve obedecer ao previsto no art. 4º da Lei 6.383/76, de maneira que os ocupantes interessados devem trazer ao processo a prova de sua posse.

7. Diante da origem do instituto das terras devolutas e da sistemática estabelecida para a discriminação das terras, conclui-se que cabe ao Estado o ônus de comprovar a ausência de domínio particular, de modo que a prova da posse, seja por se tratar de prova negativa, de difícil ou impossível produção pelo Poder Público, seja por obediência aos preceitos da Lei 6.383/76.

8. De acordo com as conclusões do acórdão embargado e das instâncias ordinárias, o registro paroquial das terras foi feito em nome de José Antonio de Gouveia, em 14 de maio de 1856, sob a assinatura do Frei Pacífico de Monte Falco, cuja falsidade foi atestada em perícia, comprovando-se tratar-se de "grilagem" de terras. Assim, considerou-se suficientemente provada, desde a petição inicial, pelo Estado de São Paulo, a falsidade do "registro da posse", pelo que todos os títulos de domínio atuais dos particulares são nulos em face do vício na origem da cadeia, demonstrando-se a natureza devoluta das terras.
9. **Em vista das reconhecidas vantagens da prova emprestada no processo civil, é recomendável que essa seja utilizada sempre que possível, desde que se mantenha hígida a garantia do contraditório. No entanto, a prova emprestada não pode se restringir a processos em que figurem partes idênticas, sob pena de se reduzir excessivamente sua aplicabilidade, sem justificativa razoável para tanto.**
10. Independentemente de haver identidade de partes, o contraditório é o requisito primordial para o aproveitamento da prova emprestada, de maneira que, assegurado às partes o contraditório sobre a prova, isto é, o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente, afigura-se válido o empréstimo.
11. Embargos de divergência interpostos por WILSON RONDÓ JÚNIOR E OUTROS E PONTE BRANCA AGROPECUÁRIA S/A E OUTRO não providos. Julgados prejudicados os embargos de divergência interpostos por DESTILARIA ALCÍDIA S/A. (REsp 617.428/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/06/2014, DJe 17/06/2014)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL.

TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PROVA EMPRESTADA. PARTES DIVERSAS.

POSSIBILIDADE. POSTERIOR SUBMISSÃO DA PROVA AO CONTRADITÓRIO.

ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. AUSÊNCIA DE PROVAS DO VÍNCULO ESTÁVEL E PERMANENTE. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO.

AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. **Pacificou-se nesta Corte Superior de Justiça entendimento no sentido da admissibilidade, uma vez observado o contraditório, da prova emprestada vinda de processo do qual não participaram as partes do feito para o qual a prova será trasladada.**

2. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático probatório a fim de analisar a existência de provas suficientes a embasar o decreto condenatório ou a ensejar a absolvição. Incidência do enunciado 7 da Súmula do STJ.

3. Para que se configure o prequestionamento, há que se extrair do acórdão recorrido pronunciamento sobre as teses jurídicas em torno dos dispositivos legais tidos como violados, a fim de que se possa, na instância especial, abrir

discussão sobre determinada questão de direito, definindo-se, por conseguinte, a correta interpretação da legislação federal, situação essa inócua em relação ao tema da aplicação do princípio da consunção. (AgRg no AREsp 454.427/SP, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe 19/02/2015) 4. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1665115/AM, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/09/2017, DJe 04/10/2017)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESSARCIMENTO. PATROCÍNIO DE AÇÕES DE ACIDENTE DE TRABALHO EM FACE DO INSS COM CÁLCULOS EXORBITANTES. HOMOLOGAÇÃO DOS CÁLCULOS PELO EX-JUIZ DE DIREITO, QUE TERIA AGIDO COM FRAUDE E CONLUÍO COM OS DEMAIS ACUSADOS. SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. ART. 1.525 DO CC/16 (CORRESPONDENTE ART. 935 DO CC/2002). INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS CIVIL E CRIMINAL. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE PROVAS OBTIDAS NO PROCESSO CRIMINAL, DESDE QUE OBSERVADO O CONTRADITÓRIO. AUSENTE A OFENSA AO ART. 133 DO CPC. POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DO MAGISTRADO NOS CASOS DE FRAUDE E DOLO. NEGADO PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL.

*1. A utilização de provas colhidas no processo criminal como fundamentação para condenação à reparação do dano causado não constitui violação ao art. 935 do CC/2002 (1.525 do CC/16).
2. Não há óbices para que o Juízo cível fundamente a decisão em provas colhidas na seara penal, desde que observado o devido processo legal. [...].
3. Agravo Regimental desprovido. (AgRg no AREsp 24.940/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/02/2014, DJe 24/02/2014)*

Alinhando-se a tal orientação, o STJ editou a Súmula nº 591, redigida nos seguintes termos:

Súmula 591: É permitida a “prova emprestada” no processo administrativo disciplinar, desde que devidamente autorizada pelo juízo competente e respeitados o contraditório e a ampla defesa.

Nessa linha, é lícita a utilização, como "prova emprestada", de dados obtidos a partir de interceptações telefônicas e/ou escutas telefônicas produzidas no curso de ação penal, contanto que a interceptação tenha sido realizada com autorização do juízo criminal e em observância às exigências contidas na Lei nº 9.296/96. Nessa linha:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. NULIDADES. NÃO CARACTERIZADAS. CONTROLE JURISDICIONAL. POSSIBILIDADE. UTILIZAÇÃO DE PROVA EMPRESTADA.

PRECEDENTES. ARGUIÇÃO QUANTO A EVENTUAIS ILEGALIDADES NA OBTENÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. SEDE ADEQUADA: AÇÃO PENAL. DEMISSÃO DECORRENTE DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NÃO EXPRESSAMENTE TIPIFICADO NA LEI N.º 8.492/1992. PROCESSO JUDICIAL PRÉVIO PARA APLICAÇÃO DA PENA DE DEMISSÃO. DESNECESSIDADE. PREPONDERÂNCIA DA LEI N.º 8.112/90.

PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. OFENSA A ESSES POSTULADOS. INEXISTENTE. SUPOSTAS NULIDADES NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRINCÍPIO DO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. ALEGAÇÃO DE INOCÊNCIA QUANTO ÀS CONDUTAS IMPUTADAS. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA DO WRIT OF MANDAMUS.

1. No caso de demissão imposta a servidor público submetido a processo administrativo disciplinar, não há falar em juízo de conveniência e oportunidade da Administração, visando restringir a atuação do Poder Judiciário à análise dos aspectos formais do processo disciplinar. Nessas circunstâncias, o controle jurisdicional é amplo, no sentido de verificar se há motivação para o ato demissório, pois trata-se de providência necessária à correta observância dos aludidos postulados.

2. É cabível a chamada "prova emprestada" no processo administrativo disciplinar, desde que devidamente autorizada pelo Juízo Criminal. Assim, não há impedimento da utilização da interceptação telefônica produzida no ação penal, no processo administrativo disciplinar, desde que observadas as diretrizes da Lei n.º 9.296/96. Precedentes.

3. Eventuais irregularidades atinentes à obtenção propriamente dita das "interceptações telefônicas" - atendimento, ou não, aos pressupostos previstos na Lei n.º 9.296/96 - não podem ser dirimidas em sede de mandado de segurança, porquanto deverão ser avaliadas de acordo com os elementos constantes dos autos em que a prova foi produzida e, por conseguinte, deverão ser arguidas, examinadas e decididas na instrução da ação penal movida em desfavor da Impetrante.

4. A pena disciplinar aplicada à ex-servidora não está calcada tão somente no conteúdo das gravações das "interceptações telefônicas" impugnadas, mas também em farto material probante produzido durante o curso do Processo Administrativo Disciplinar.

5. O fato de o ato demissório não defluir de condenação do servidor, exarada essa no bojo de processo judicial, não implica ofensa aos ditames da Lei n.º 8.492/92, nos casos em que a citada sanção disciplinar é aplicada como punição a ato que pode ser classificado como de improbidade administrativa, mas não está expressamente tipificado no citado diploma legal, devendo, nesses casos, preponderar a regra prevista na Lei n.º 8.112/90.

6. Os comportamentos imputados à Impetrante são aptos a alicerçar a decisão de demissão, porquanto passíveis de subsunção ao tipos previstos nos arts. 117, inciso IX, e 132, incisos IV, IX e XIII, da Lei n.º 8.112/90 e, portanto, mostra-se perfeitamente razoável e proporcional a pena aplicada à ex-servidora.

7. O processo administrativo disciplinar em questão teve regular

processamento, com a estrita observância aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, sem qualquer evidência de efetivo prejuízo à defesa da ex-servidora. Assim, aplicável à espécie o princípio do pas de nullité sans grief.

8. Não foram trazidas aos autos provas hábeis a descaracterizar as conclusões do Processo Administrativo Disciplinar, as quais firmaram-se no sentido de que as condutas reprováveis da ex-servidora eram aptas a fundamentar a pena de demissão que lhe foi aplicada. Portanto, in casu, verificar, se não existiram as condutas imputadas, dependeria do reexame do material fático colhido no bojo do Processo Administrativo Disciplinar, o que é matéria carecedora de dilação probatória impossível de ser realizada na via estreita do mandamus.

*9. Segurança denegada.
(MS 14.140/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/09/2012, DJe 08/11/2012)*

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO MINSTRO DA FAZENDA. DEMISSÃO DE SERVIDOR PÚBLICO POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. NEGATIVA DE PROVIMENTO DO RECURSO. 1. Não há qualquer impeditivo legal de que a comissão de inquérito em processo administrativo disciplinar seja formada pelos mesmos membros de comissão anterior que havia sido anulada. 2. Inexiste previsão na Lei nº 8.112/1990 de intimação do acusado após a elaboração do relatório final da comissão processante, sendo necessária a demonstração do prejuízo causado pela falta de intimação, o que não ocorreu no presente caso. 3. O acusado em processo administrativo disciplinar não possui direito subjetivo ao deferimento de todas as provas requeridas nos autos, ainda mais quando consideradas impertinentes ou meramente protelatórias pela comissão processante (art. 156, §1º, Lei nº 8.112/1990). 4. **A jurisprudência desta Corte admite o uso de prova emprestada em processo administrativo disciplinar, em especial a utilização de interceptações telefônicas autorizadas judicialmente para investigação criminal. Precedentes.** 5. Recurso ordinário a que se nega provimento. (RMS 28774, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 22/09/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 24-08-2016 PUBLIC 25-08-2016)

As degravações utilizadas no processo administrativo desenvolvido no CADE foram produzidas no curso de ação penal.

Diante da inexistência de elementos de prova em sentido contrário, é razoável concluir que a prova emprestada, além de autorizada por autoridade judicial competente, desenvolveu-se no curso de processo judicial em que se oportunizou o pleno exercício do *contraditório* e da *ampla defesa* - observadas, ainda, as exigências contidas na Lei nº 9.296/96.

Não bastasse isso, também se facultou à APEOP, no curso do processo administrativo desenvolvido no CADE, o exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa - representada, inclusive, por advogado(s).

A APEOP também alega que duas ex-funcionárias da Associação (JULIANA GONÇALVES PERBICHI e AUREA PANKIEWICZ BISS) teriam, ilicitamente, subtraído materiais situados no estabelecimento - entregando-os às autoridades responsáveis pelas investigações. A partir disso, argumenta que as degravações utilizadas pelo CADE, derivadas de material ilicitamente obtido pelas autoridades, padeceriam de ilegalidade.

A alegação de que as investigações basearam-se em informações e/ou documentos apresentados por ex-funcionárias da Associação, por si só, não macula as demais provas obtidas no curso das apurações.

Como se sabe, cada vez mais tem ganhado notoriedade, no cenário jurídico, a figura do *whistleblower* (traduzido livremente como "*assoprador de apito*"). O termo refere-se à pessoa que, fazendo parte de uma instituição pública ou privada, voluntariamente leva ao conhecimento da autoridade competente informações relevantes acerca de ilícito civil ou criminal, a exemplo de atos de corrupção, fraudes, desperdício de recursos públicos etc.

Evidentemente, a propositura de ação penal e/ou processo administrativo a partir das informações obtidas por colaboradores exige que a autoridade responsável aprecie, primeiramente, a credibilidade das informações. Caso verifique que as informações prestadas possuem credibilidade, caberá à autoridade instaurar as pertinentes investigações relacionadas aos possíveis atos ilícitos praticados. Tal linha de raciocínio, aliás, foi adotada pelo STF no tocante às *denúncias anônimas* - inexistindo razões plausíveis para que se entenda de forma diversa no tocante à colaboração prestada pelo *whistleblower* (hipótese em que é conhecida, inclusive, a autoria da denúncia). Nesse sentido:

EMENTA HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. SUBSTITUTIVO DE RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. CRIMES FISCAIS. QUADRILHA. CORRUPÇÃO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. DENÚNCIA ANÔNIMA. ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE DE TRIBUTOS TIDOS COMO SONEGADOS. 1. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional. 2. Notícias anônimas de crime, desde que verificada a sua credibilidade por apurações preliminares, podem servir de base válida à investigação e à persecução criminal. 3. Apesar da jurisprudência desta Suprema Corte condicionar a persecução penal à existência do lançamento tributário definitivo (Súmula vinculante nº 24), o mesmo não ocorre quanto à investigação

preliminar. 4. A validade da investigação não está condicionada ao resultado, mas à observância do devido processo legal. Se o emprego de método especial de investigação, como a interceptação telefônica, foi validamente autorizado, a descoberta fortuita, por ele propiciada, de outros crimes que não os inicialmente previstos não padece de vício, sendo as provas respectivas passíveis de ser consideradas e valoradas no processo penal. 5. Fato extintivo superveniente da obrigação tributária, como o pagamento ou o reconhecimento da invalidade do tributo, afeta a persecução penal pelos crimes contra a ordem tributária, mas não a imputação pelos demais delitos, como quadrilha e corrupção. 6. Habeas corpus extinto sem resolução de mérito, mas com concessão da ordem, em parte, de ofício. (HC 106152, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 29/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-106 DIVULG 23-05-2016 PUBLIC 24-05-2016)

Naturalmente, as informações obtidas de tal forma não consistem em *meio de prova*; servem, apenas, como *meio de obtenção de prova* no curso do processo instaurado.

Dessa forma, o mero argumento de que duas ex-funcionárias da Associação teriam se apropriado de materiais da APEOP, entregando-os às autoridades, não desqualifica, por si só, as demais provas colhidas no curso do processo administrativo.

A parte autora, entretanto, sequer explicitou quais seriam os materiais subtraídos por ex-funcionárias, quando a subtração teria ocorrido ou, por exemplo, se os documentos eram originais ou cópias - nem tampouco produziu quaisquer provas aptas à comprovação da alegação.

Assim, inexistem quaisquer elementos de prova conferindo plausibilidade à tese de que as ex-funcionárias JULIANA GONÇALVES PERBICHI e AUREA PANKIEWICZ BISS teriam, *de forma ilícita*, retirado materiais da APEOP, destinando-os a autoridades responsáveis pelas investigações. Pelo contrário, os materiais ligados às mencionadas ex-funcionárias foram, em princípio, considerados válidos na ação penal - inexistindo razões plausíveis para que conclusão distinta seja adotada em relação ao processo administrativo nº 08012.009382/2010-90 ou à presente ação anulatória. Menciono, quanto ao ponto, as relevantes observações no voto de Ev. 24 - OUT11 - pág. 10 do *e-proc*:

O voto-vista de Ev. 24 - OUT16, de fato, alude à existência de gravações efetuadas por ex-funcionário(s) - inexistindo óbice algum à utilização da prova.

Conforme sólida orientação jurisprudencial, a *gravação ambiental* e a *gravação telefônica* realizadas por um dos interlocutores são consideradas provas lícitas, inclusive, na esfera penal (mais gravosa - *ultima ratio*), de modo que também podem ser utilizadas na esfera cível (menos gravosa). Observe-se:

REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONCUSSÃO. GRAVAÇÃO TELEFÔNICA REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES. ILICITUDE.

AFASTAMENTO. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

IMPOSSIBILIDADE DE SUSTENTAÇÃO ORAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ÓBICE DA SÚMULA 211/STJ. RECURSO IMPROVIDO.

1. É lícita a gravação telefônica realizada por um dos interlocutores, ainda que sem o consentimento do outro, sendo apta sua utilização no convencimento do juiz sentenciante.

2. Reconhecida a materialidade e a autoria do delito, a pretensão de ser absolvido em recurso especial esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

3. A tese referente ao artigo 7.º, inciso IX, da Lei 8.906/94 não foi objeto de debate ou deliberação pelo Tribunal de origem, estando ausente, portanto, o necessário prequestionamento, inviabilizando sua análise nesta via especial.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 721.244/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 01/06/2017, DJe 07/06/2017)

RECURSO EM HABEAS CORPUS. CONCUSSÃO. INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL E POSTERIOR REPRESENTAÇÃO PELA QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO.

DENÚNCIA ANÔNIMA. VALIDADE DESDE QUE CORROBORADA POR OUTROS ELEMENTOS DE INFORMAÇÃO. INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR REALIZADA. GRAVAÇÃO CLANDESTINA REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES. VALIDADE.

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. NULIDADE DA DECISÃO. NÃO OCORRÊNCIA.

OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS DA LEI N. 9.296/1996. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Segundo a jurisprudência desta Corte, a denúncia anônima pode dar início à investigação, desde que corroborada por elementos informativos prévios que denotem a verossimilhança da comunicação.

2. Diante da confecção de relatório de investigação preliminar, anterior à portaria de instauração do inquérito policial, constata-se que o procedimento investigatório foi embasado em outros elementos informativos, além da notícia anônima.

3. É válida a utilização da gravação ambiental realizada por um dos interlocutores do diálogo como meio de prova no processo penal, independentemente de prévia autorização judicial. Precedentes.

4. O provimento judicial que autoriza a interceptação telefônica - admitida pela Constituição Federal, em seu art. 5º, XII, e regulamentada pela Lei n. 9.296/1996 - deve ser ordenado por juiz competente para o julgamento da ação principal, diante da existência de indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal punida com reclusão, ante a inexistência de outros meios de se produzir a prova.

5. O Juízo de primeiro grau indicou a existência de indícios razoáveis de participação dos recorrentes em delito punido com reclusão - concussão -, bem como a necessidade da medida cautelar para instruir a investigação criminal.

6. Foram também observados os requisitos legais relativos à indicação da finalidade de instruir a investigação criminal e a imprescindibilidade do meio de prova em questão, porquanto se apresentou a interceptação telefônica como medida indispensável à colheita de elementos necessários ao desenrolar da persecução.

7. Recurso não provido.
(RHC 59.542/PE, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 14/11/2016)

Dirimida a questão, a parte autora sequer demonstrou de que forma as gravações utilizadas pelo CADE - gestadas, repita-se, no curso de ação penal - ou os demais meios de prova colhidos no processo administrativo teriam, efetivamente, derivado de materiais *supostamente* "furtados" pelas duas ex-funcionárias.

De fato, em apreço à "*teoria dos frutos da árvore envenenada*", são inadmissíveis as provas derivadas das provas ilícitas - salvo quando não evidenciado o *nexo de causalidade* entre umas e outras ou quando as provas derivadas puderem ser obtidas por meio de *fonte independente* das primeiras (art. 157, §1º, do CPP). A fonte independente, nos termos do art. 157, §2º, do CPP, é aquela que, por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

Conforme se extrai da decisão de Ev. 1 - OUT24 (pág. 3-4 do *e-proc*), a instauração do processo administrativo nº 08012.009382/2010-90 no âmbito do CADE e as gravações impugnadas pela parte autora sequer decorreram da apresentação de materiais por *duas ex-funcionárias da APEOP*; derivaram, em princípio, da prisão temporária dos investigados Emerson Gava, Fernando Afonso Gaissler Moreiro e Carlos Henrique Machado, tendo em vista indícios de burla de procedimento licitatório disciplinado pelo Edital de Concorrência nº 02/2004 (no qual se sagraram vencedoras *onze empresas também representadas no processo administrativo*).

Na mesma linha, a Nota Técnica de Ev. 24 - OUT3 - pág. 2 do *e-proc* dá conta de que as investigações partiram de notícia publicada no Jornal do

Brasil em 29/06/2005 - segundo a qual empreiteiros do Estado do Paraná teriam sido presos devido à participação em supostas fraudes em licitações.

Não bastasse isso, as investigações e as conclusões do CADE também se lastrearam em carta anônima detalhando a dinâmica de "filas", "acertos" e "sorteios" alegadamente orquestrada pela APEOP. Eis o teor da carta anônima (Ev. 24 - OUT11 - pág. 31:

Como se vê, contrariamente ao que defende a APEOP, inexistente *nexo causal* entre as provas colhidas no decorrer do processo administrativo nº 08012.009382/2010-90 e materiais *supostamente* subtraídos por duas ex-funcionárias da APEOP.

A parte autora também afirma que o policial responsável pelas degravações seria irmão de criação das duas funcionárias (JULIANA GONÇALVES PERBICHI e AUREA PANKIEWICZ BISS) - de modo que as degravações/transcrições não seriam imparciais.

A parte demandante, entretanto, não apresentou elementos de prova aptos à comprovação da alegação. Não restou demonstrado que o agente policial responsável pelas degravações seria, efetivamente, "irmão de criação" das ex-funcionárias citadas.

Ainda que tais circunstâncias restassem comprovadas nos autos, aliás, recentemente o Supremo Tribunal Federal acolheu a tese de que a suspeição de autoridade policial não implica, por si só, a nulidade do processo. Observe-se:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIMES DE CORRUPÇÃO PASSIVA, PECULATO E ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. DESCABIMENTO DE IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA: SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ALEGAÇÃO DE SUSPEIÇÃO DE DELEGADO DE POLÍCIA E NULIDADE DAS PROVAS: IMPROCEDÊNCIA, INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA E PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO. 1. É firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o não exaurimento da jurisdição nas instâncias antecedentes, configurada pela não interposição de agravo regimental da decisão monocrática pela qual se negou seguimento ao habeas corpus, configura óbice ao conhecimento das ações e recursos posteriores, por inobservância ao princípio da colegialidade. Precedentes. 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal estabelece que a suspeição de autoridade policial não é motivo de nulidade do processo, pois o inquérito é mera peça informativa, de que se serve o Ministério Público para o início da ação penal. Precedentes. 3. É inviável anulação do processo penal por alegada irregularidade no inquérito, pois, segundo jurisprudência

firmada neste Supremo Tribunal, as nulidades processuais concernem tão somente aos defeitos de ordem jurídica pelos quais afetados os atos praticados ao longo da ação penal condenatória. Precedentes. 4. Recurso ordinário desprovido.

(RHC 131450, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 03/05/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016)

A declaração de nulidade do processo, como se sabe, exigiria a demonstração da ocorrência de efetivo prejuízo - o que não se constata no curso do *processo administrativo* (e muito menos de *outros procedimentos que o antecederam na via criminal*).

Pelo contrário, a documentação presente nos autos sugere que a autoridade policial, quando da elaboração das degravações, limitou-se ao *estrito cumprimento de suas atribuições legais* - inexistindo indícios de que as diligências empreendidas apresentem quaisquer vícios no tocante à imparcialidade que, de modo geral, rege a atuação dos agentes públicos.

Por fim, conforme se extrai do processo administrativo, a identificação das degravações que instruíram o processo administrativo foi efetuada por "dois agentes da Polícia Militar lotados no NURCE" (Ev. 24 - OUT11 - pág. 15 do *e-proc*) - e não por apenas um agente com suposta relação de afinidade/parentesco com ex-funcionárias da empresa.

Acerca da *identificação das vozes dos interlocutores* dos áudios, são pertinentes, ainda, as colocações consignadas no voto de Ev. 24 - OUT11 - pág. 10 do *e-proc*:

[...]

No mais, o Superior Tribunal de Justiça "[...] entende desnecessária a realização de perícia de voz nas interceptações, salvo quando houver dúvida plausível que justifique a medida" (REsp 1501855/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/05/2017, DJe 30/05/2017) - o que, a meu ver, não se vislumbra no caso. Na mesma linha já decidiu o Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

EMENTA: DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. INÉPCIA DA INICIAL NÃO CONFIGURADA. LEI 11.343/06 E BEM JURÍDICO TUTELADO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E PERÍCIA TÉCNICA.

DESNECESSIDADE. 1. Para atração da competência da justiça federal e incidência da causa especial de aumento de pena prevista no inciso I do art. 40 da Lei de Drogas, é irrelevante a efetiva transposição das fronteiras nacionais, sendo suficiente, para a configuração da transnacionalidade do delito, a comprovação de que a substância tinha como destino ou origem localidade em outro país. 2. Não é inepta a denúncia que expõe de forma clara o fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, bem como aponta os elementos que supostamente indicariam a autoria delitiva. Adequação plena da peça inicial ao art. 41 do CPP. 3. O bem jurídico tutelado pela Lei 11.343/06 é a saúde pública, razão pela qual seus tipos penais se esgotam com a realização de uma das condutas contempladas, sem necessidade de indagação quanto ao resultado, que até pode existir, mas não é requisito da tipicidade. 4. A perícia técnica sobre os áudios coletados em interceptações telefônicas judicialmente autorizadas no curso da investigação só é pertinente em face de dúvida relevante acerca da autoria das vozes. 5. Amolda-se ao delito do art. 35 da Lei 11.343/06 o ajuste entre duas ou mais pessoas, dotadas de animus associativo permanente e estável, para a prática dos delitos previstos nos arts. 33, caput, §1º e 34 da mencionada Lei. 6. Amolda-se ao delito do art. 33 da Lei 11.343/06 a conduta de transportar, adquirir e fornecer substância psicotrópica. (TRF4, ACR 5093741-12.2014.4.04.7100, OITAVA TURMA, Relator LEANDRO PAULSEN, juntado aos autos em 13/03/2018)

A parte autora teve amplo acesso ao conteúdo das gravações que embasaram as apurações empreendidas pelo CADE, havendo sido oportunizado, no curso do processo administrativo, o pleno exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa - quer em sede de defesa, quer em sede de alegações finais.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de que a ausência de apresentação do instrumento contendo as gravações, por si só, não implica nulidade, uma vez que o agente se defende do conteúdo das gravações apresentados nos autos (e não do instrumento utilizado para as gravações). Observe-se:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NULIDADES DECORRENTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA ANTES DO OFERECIMENTO DA DEFESA PRELIMINAR E NÃO JUNTADA AOS AUTOS DO CD-ROM DAS GRAVAÇÕES DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. ORDEM DENEGADA.

- a) Os pacientes ofereceram defesa preliminar, juntamente com o pedido de revogação da prisão cautelar, antes do recebimento da denúncia, de tal arte que foi observado o rito previsto pela Lei nº 10.409/2002, acolhido pela Lei nº 11.343/2006, em seu artigo 55.*
- b) A falta de juntada do cd-rom das gravações das interceptações telefônicas não gera nulidade, porque os pacientes tiveram acesso às gravações. E o agente se defende do conteúdo das gravações e não do cd-rom, que é mero instrumento utilizado para gravar as interceptações telefônicas.*
- e) Coação ilegal não caracterizada. Ordem denegada.*

(HC 136.583/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2010, DJe 22/02/2010)

Ademais, inexistente previsão legal no sentido de que as gravações devam, necessariamente, ser *periciadas* para que se verifique a genuinidade e intangibilidade - mesmo porque a regra é que sejam idôneas. As gravações, aliás, sequer necessitam ser transcritas totalmente, bastando que tenham sido degravados os *trechos necessários ao embasamento da denúncia oferecida*.
Sobre o tema:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. DEGRAVAÇÃO INTEGRAL. DESNECESSIDADE. PERÍCIA. PRESCINDIBILIDADE. AUTENTICIDADE DAS GRAVAÇÕES. REGRA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. EXPRESSIVA QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA.

FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A OITO ANOS. NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. É pacífico o entendimento nos tribunais superiores no sentido de que não é necessária a transcrição in totum do conteúdo da quebra do sigilo das comunicações telefônicas, visto que a Lei n.º 9.269/96 não traz qualquer exigência nesse sentido.

3. Do mesmo modo não há no referido diploma legal qualquer orientação no sentido de que devem ser periciadas as gravações realizadas, com a finalidade de demonstrar sua genuinidade e intangibilidade, pois a regra é que sejam idôneas, tratando-se, portanto, de providência não tingida de imprescindibilidade.

4. As instâncias de origem adotaram fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base, não parecendo arbitrário ou desarrazoado o quantum imposto, tendo em vista a expressiva quantidade da substância entorpecente apreendida - quase 10 kg de cocaína-, a atrair a incidência do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006.

5. Inviável a pretendida alteração do regime inicial, porquanto a reprimenda final foi fixada em patamar superior a 8 anos, o que impede a fixação do regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal.

6. Habeas corpus não conhecido.

(HC 245.108/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 22/04/2014, DJe 02/05/2014)

EMENTA: HABEAS CORPUS. MEDIDA CAUTELAR. PROCESSUAL PENAL. PEDIDO DE LIMINAR PARA GARANTIR À DEFESA DO PACIENTE O ACESSO À TRANSCRIÇÃO INTEGRAL DAS ESCUTAS TELEFÔNICAS REALIZADAS NO INQUÉRITO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (ART. 5º, INC. LV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA); INOCORRÊNCIA: LIMINAR INDEFERIDA. 1. É desnecessária a juntada do conteúdo integral das gravações das escutas telefônicas realizadas nos autos do inquérito no qual são investigados os ora Pacientes, pois bastam que se tenham degravados os excertos necessários ao embasamento da denúncia oferecida, não configurando, essa restrição, ofensa ao princípio do devido processo legal (art. 5º, inc. LV, da Constituição da República). 2. Liminar indeferida. (HC 91207 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 11/06/2007, DJe-106 DIVULG-20-09-2007 PUBLIC-21-09-2007 DJ 21-09-2007 PP-00020 EMENT VOL-02290-02 PP-00325)

Houvesse efetivo interesse no acréscimo de outros trechos extraídos de gravações gestadas no curso de ação penal, caberia à parte interessada solicitar ao Juízo criminal competente as informações que considerasse pertinentes - mas, aparentemente, não o fez. A prestação de informações e/ou dados adicionais sequer caberia ao CADE, sob pena de indevida extrapolação da autorização judicial que validou as interceptações telefônicas e/ou violação ao sigilo das comunicações.

Por tais razões, inexistente ilegalidade na utilização das gravações reunidas no curso do processo administrativo.

São pertinentes, ainda, os fundamentos expostos no voto de Conselheiro do CADE anexado no Ev. 24 - OUT16 - pág. 2 e seguintes - que explicita a data dos diálogos valorados como prova, o meio de captação que originou os diálogos transcritos e os interlocutores envolvidos. Observe-se:

Tampouco prospera a tese de que o processo administrativo nº 08012.009382/2010-90, à medida que não teria individualizado as condutas lesivas praticadas APEOP e/ou dirigentes e prepostos, padeceria de nulidade decorrente de cerceamento de defesa.

À época da instauração do processo administrativo nº 08012.009382/2010-90, estava em vigor a Lei nº 8.884/94.

Conforme interpretação a *contrario sensu* do art. 30 da Lei nº 8.884/94, a instauração de processo administrativo tendente à imposição de sanções administrativas por infração à ordem econômica, por parte da antiga SDE - SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, demandava apenas a presença de *indícios de materialidade e autoria referentes à prática de infração à ordem econômica*.

Caso não existissem indícios mínimos de autoria ou materialidade, caberia à SDE - SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA apenas promover averiguações preliminares - abstando-se de instaurar processo administrativo destinado à imposição de sanções administrativas por infração à ordem econômica.

Após a instauração do processo administrativo, oportunizava-se aos representados, após notificação inicial, a apresentação de defesa, na forma do art. 32 e 33 da Lei 8.884/94.

Nessa conjuntura, a instauração de processo administrativo tendente à apuração de infração à ordem econômica *prescinde* da descrição exata e detalhada das condutas investigadas e da participação de cada representado ou de provas robustas referentes à imputação (aspectos que, naturalmente, serão apreciados apenas *após o término da instrução processual*).

Os atos administrativos referentes à instauração do processo devem expor apenas os *indícios de materialidade e de autoria* - viabilizando-se, assim, o exercício do contraditório e da ampla defesa. É que, nos processos administrativos, o representado defende-se dos *atos a ele imputados* - e não da qualificação jurídica atribuída na fase inaugural. Eis a orientação do Superior Tribunal de Justiça:

MANDADO DE SEGURANÇA. POLICIAL FEDERAL. PAD. FATO APURADO: PRISÃO EM FLAGRANTE DO SERVIDOR EM SUPOSTA ESCOLTA DE CAMINHÃO QUE TRANSPORTAVA PRODUTOS CONTRABANDEADOS (ART. 132, IV DA LEI 8.112/90 E 43, VIII E XLVIII DA LEI 4.878/65). PENA APLICADA: DEMISSÃO. DECISÃO FUNDAMENTADA. PENALIZAÇÃO COERENTE COM OS POSTULADOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. ALTERAÇÃO QUE SE SUBMETERIA À NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA O QUE, CONTUDO, É DEFESO NA VIA DO MANDADO DE

SEGURANÇA. NULIDADE DA PORTARIA INAUGURAL. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO MINUCIOSA DOS FATOS INVESTIGADOS E CAPITULAÇÃO. POSSIBILIDADE DE PRORROGAÇÃO DOS MEMBROS DA COMISSÃO PROCESSANTE.

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM.
ORDEM DENEGADA.

1. O indiciado se defende dos fatos que lhe são imputados e não de sua classificação legal, de sorte que a posterior alteração da capitulação legal da conduta, não tem o condão de inquirar de nulidade o Processo Administrativo Disciplinar; a descrição dos fatos ocorridos, desde que feita de modo a viabilizar a defesa do acusado, afasta a alegação de ofensa ao princípio da ampla defesa.

2. O art. 55 da Lei 4.878/65 autoriza a prorrogação dos mandatos da comissão processante, razão pela qual esta Corte fixou a orientação de que a dilação do prazo para conclusão dos trabalhos pela Comissão Processante não consubstancia nulidade suscetível de comprometer a apuração de atos ilegais quando não demonstrado efetivo prejuízo à defesa do servidor. Aplicação do princípio pas de nullité sans grief.

3. Em face dos princípios da proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e culpabilidade, aplicáveis ao regime jurídico disciplinar, não há juízo de discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção disciplinar a Servidor Público, razão pela qual o controle jurisdicional é amplo, de modo a conferir garantia aos servidores públicos contra eventual excesso administrativo, não se limitando, portanto, somente aos aspectos formais do procedimento sancionatório. 4. Entretanto, em virtude do seu perfil de remédio constitucional de eficácia prontíssima contra ilegalidades e abusos, o Mandado de Segurança não comporta instrução ou dilação probatória, por isso a demonstração objetiva e segura do ato vulnerador ou ameaçador de direito subjetivo há de vir prévia e documentalmente apensada ao pedido inicial, sem o que a postulação não poderá ser atendida na via expressa do writ of mandamus.

5. In casu, a leitura da peça inaugural e dos documentos carreadas aos autos não foram suficientes para comprovar de plano as alegações de falta de prova e de incongruência da penalidade aplicada, neste contexto, alterar a conclusão da autoridade julgadora, para decidir que não houve a prática daquelas infrações demandaria dilação probatória, insuscetível na via eleita.

6. O material probatório colhido no decorrer do Processo Administrativo Disciplinar autoriza - do ponto de vista estritamente formal - a aplicação da sanção de demissão, uma vez que decorreu de atividade administrativa disciplinar a qual aparenta regularidade procedimental, não se evidenciando desproporcional ou despida de razoabilidade a punição aplicada, sem embargo de sua ulterior avaliação em sede processual de largas possibilidades instrutórias.

7. Ordem denegada, com ressalva das vias ordinárias. (MS 19.726/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/12/2017, DJe 18/12/2017)

Em que pesem as alegações da parte autora, extrai-se do processo administrativo nº 08012.009382/2010-90 que, ainda nas etapas iniciais, foram expostos os *indícios de autoria e materialidade* e, inclusive, as *possíveis infrações à ordem econômica* a serem apuradas. Possibilitou-se à APEOP e aos demais representados, portanto, o pleno exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa.

Apenas a título de exemplo, reproduzo excertos da Nota Técnica anexada no Ev. 24 - OUT4 - a qual recomendou a instauração de processo administrativo e, posteriormente, embasou decisão proferida por Conselheiro do CADE. Observe-se:

[...]

OBJETO DA PRESENTE NOTA TÉCNICA: RECOMENDAR A INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO

O objeto da presente Nota Técnica é recomendar a instauração de Processo Administrativo em face dos Representados indicados no item 11.1 abaixo, nos termos do artigo 32 da Lei nº 8.884/1994 c/c o artigo 46 da Portaria do Ministério da Justiça nº 456/2010, pelos fundamentos de fato e de direito a seguir apresentados.

I. RELATÓRIO

1. O presente Procedimento Administrativo foi iniciado a partir de envio pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda ("SEAE") da Nota Técnica nº 6014, a qual recomendava a instauração de Processo Administrativo em desfavor da Associação Paranaense de Empresários de Obras Públicas ("APEOP"), das empresas a ela associadas e de seus respectivos representantes legais, a fim de apurar supostas irregularidades em processos licitatórios promovidos pelo Estado do Paraná para a contratação de serviços de execução de obras públicas (fis. 1/23). De acordo com a referida Nota Técnica:

Os documentos presentes nos autos, sugerem que a APEOP estaria induzindo seus associados a atuarem de modo coordenado nos certames licitatórios realizados por diversos órgãos públicos em vários municípios do Estado do Paraná, fraudando o caráter competitivo dos mesmos, uma vez que há indícios de que a associação:

(i) promovia reuniões com as suas associadas para acertar o resultado dos referidos certames;

(ii) frustrou licitação ao recomendar que empresas não participassem do certame;

(iii) frustrou licitação ao recomendar que empresas mantivessem preços acima dos estipulados em edital licitatório. (...)

Da mesma forma, a análise realizada até o momento sugere que as empresas associadas à APEOP agiram de modo coordenado em diversos processos licitatórios realizados no Estado do Paraná. As empresas teriam se utilizado de todas as formas usuais de ação coordenada em procedimentos licitatórios (...), uma vez que há indícios de que as mesmas teriam combinado o resultado de certames licitatórios, por praticar, de forma coordenada, as seguintes ações:

(i) ofertar propostas com preços elevados para favorecer a empresa escolhida para vencer o certame e/ou para frustrar a realização do certame (oferta de preço acima do estabelecido no edital da licitação);

(ii) não fornecer propostas para um determinado certame licitatório, sendo, dessa forma, desclassificadas do mesmo; e

(iii) promover a alternância de empresas vencedoras dos certames realizados. (Fl. 21).

2. Segundo Nota Técnica n° 6068, acostada às fis. 26/27 dos autos, a SEAE iniciou a investigação do presente caso em 27/11/2006, com base em notícia publicada no Jornal do Brasil em 29/06/2005, segundo a qual empreiteiros do Estado do Paraná foram presos por participação em supostas fraudes em licitações.

3. Em 14/08/2007, esta Secretaria de Direito Econômico encaminhou à SEAE, por meio do Ofício n° 4928 (ti. 29), cópia integral do Processo-Crime n° 2005.6302-8, em trâmite na ioa Vara Criminal do Foro Central da Região Metropolitana da Comarca de Curitiba (Paraná), o qual inclui a cópia dos Inquéritos Policiais a° 09/2004, 07/2005 e 14/2005. O . acesso aos autos do referido Processo-Crime foi autorizado pelo d. Juízo da 100 Vara Criminal, conforme Ofício n° 3271, acostado à fl. 30.

4. O Inquérito Policial n° 09/2004 (Processo n° 2004.0007136-3), juntado às fis. 32/382, foi instaurado pelo Núcleo de Repressão a Crimes Econômicos ("NURCE") da Secretaria de Segurança Pública do Estado do Paraná para apurar suspeitas de fraudes em licitações públicas, em especial certames promovidos pela Companhia de Saneamento do Paraná ("SANEPAR") e pelo Departamento de Estradas e Rodagem do Estado do Paraná ("DER/PR").

5. De acordo com parecer juntado pelo Ministério Público do Estado do Paraná ("MT/PR") ao referido Inquérito, "a APEOP, através de seus integrantes possuem informações privilegiadas dos órgãos públicos às vésperas de concorrências públicas e que, de posse destas informações, estabelecem uma 'ordem' (fila) entre seus associados para ver quem será o beneficiado da vez a

vencer a concorrência, mediante pagamento de percentual de adjudicação à associação" (fl. 207).

6. Além disso, nos termos do Relatório de Investigação elaborado pela NURCE, "ocorriam, na entidade APEOP, sorteios a partir de pedaços de papéis onde escreviam-se nomes de empresas (empreiteiras), sendo que, tais papéis eram dobrados, um a um e posteriormente depositados em uma caixa de papelão, de onde eram retirados por algum . funcionário da APEOP, desta forma, o sorteio tornou-se a forma de 'qualificação' de uma empresa no que tangia assunto de licitações" (fl. 221).

7. Já o Inquérito Policial n° 07/2005 (Processo n° 2005.0006302-8), juntado às ffs. 383/6573, também foi instaurado pelo NTJRCE para investigar possíveis irregularidades nos processos licitatórios das Concorrências Públicas n°s 02/2004 e 05/2004, realizadas pela Coordenação da Região Metropolitana de Curitiba ("COMEC") para contratação de serviços de execução de obras em vias urbanas na Região Metropolitana de Curitiba e nos Municípios de Almirante Tamandaré, Campo Magro, Colombo, Fazenda Rio Grande, Pinhais e São José dos Pinhais.

[...]

II. ANÁLISE

19. Inicialmente, cumpre verificar se os fatos trazidos ao conhecimento desta Secretaria . constituem indícios de práticas anticoncorrenciais, nos termos da Lei n° 8.884/94. Em outras palavras, há de se averiguar se o fato suscitado na denúncia, independentemente de culpa, tem por objeto ou é apto a produzir quaisquer efeitos previstos pelo artigo 20 da Lei n° 8.884/94, quais sejam: (i) limitar, falsear ou de qualquer prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços; (iii) aumentar arbitrariamente os lucros e/ou (iv) exercer de forma abusiva posição dominante.

20. Para tanto, faz-se necessário definir alguns aspectos do cenário em que ocorreu a suposta conduta anticoncorrencial, quais sejam: (i) identificação dos Representados; (ii) definição preliminar do mercado relevante; e (iii) descrição da conduta.

11.1 Dos Representados

21. Com base nos fatos a seguir expostos, verifica-se que há indícios de que a APEOP promovia reuniões com as empresas participantes de licitações públicas, a fim de combinar previamente o resultado dos certames. Além disso, há fortes evidências de que empresas participantes dos processos licitatórios Concorrências Públicas n° 02/2004 e n° 05/2004 combinaram entre si preços e ajustaram vantagens, de modo a prejudicar a livre concorrência do certame. Por fim, há indícios de que a empresa Afirma

Consultoria e S Projetos de Engenharia Ltda., em contato e articulação com a APEOP, tenha auxiliado o esquema ilícito ao prever um orçamento estimado para a obra superior, de forma a melhor atender os interesses da APEOP e de seus associados, ofertando propostas com aumento arbitrário de lucros no Convite n° 01/2004.

22. Assim, devem figurar no pólo passivo da presente investigação as seguintes pessoas jurídicas e pessoas físicas:

[...]

II.3 Indícios de existência de conduta anticoncorrencial

32. A partir da leitura dos autos do Processo-Crime n° 2005.6302-8, alguns fatos mereceram análise detida desta Secretaria. Primeiramente, a partir dos depoimentos colhidos no âmbito do Processo, é possível inferir que a APEOP conhecia, antes mesmo da realização de uma licitação, as empresas que dela iriam participar e as procurava para acertar o resultado do certame.

33. De acordo com o Termo de Declaração prestado nos autos do Inquérito Policial n° 09/2004 pelo Sr. Joares Ribeiro de Mattos, o qual, por intermédio das empresas Polis Urbanismo e Meio-Ambiente Ltda. e Manteng Construção e Saneamento Ltda., prestava serviços à SANEPAR, "havia uma entidade em Curitiba que sabia de todas as obras que iriam ser executadas antes da publicação dos editais" (fl. 38).

34. Apesar do Sr. Joares Ribeiro de Mattos não ter expressamente mencionado qual seria tal "entidade", as declarações prestadas pelas Sras. Juliana Gonçalves Perbichi e Áurea Pankiewicz Biss, secretárias da APEOP, evidenciam que seria a APEOP. Segundo elas, a associação conhecia as empresas participantes de diversas licitações e com elas se reunia para combinar o resultado dos certames. In verbis:

[...]

35. Tal tese é corroborada pela gravação de uma reunião realizada na APEOP, na qual o Sr. Fernando Afonso Gaisler Moreira (proprietário da empresa Gaisler Moreira Engenharia Ltda.) comenta sobre acordos realizados entre as empresas. In verbis:

[...]

36. Ademais, outro ponto merece destaque. Algumas conversas ocorridas em reuniões realizadas na APEOP, as quais foram gravadas pela Sra. Áurea Pankiewicz Biss¹¹ e degavadas pelo NURCE ao longo dos Inquéritos Policiais n°s 09/2004 e 07/2005, apontam que as empresas participantes das licitações revezavam-se entre si para se sagrarem vencedoras dos certames. Nesse ponto cabe reproduzir trecho da degavação presente às fls. 144/146 dos autos,

destacando que, em seu Relatório de Investigação à f. 223, o NURCE identificou as vozes abaixo como sendo, respectivamente, dos Srs. Cláudio Bidóia e Gilberto Piva (membros da APEOP):

[...]

37. Outras conversas degravadas pelo NURCE mostram, ainda, que, supostamente, as licitantes davam cobertura umas às outras, num processo de retirada de propostas por parte de algumas empresas e de apresentação de propostas por parte de outras:

[...]

38. Vale destacar, ainda, que tais degravações das fitas apresentadas pela Sra. Áurea Pankiewicz Biss fornecem fortes indícios de que o suposto esquema ilícito atuou, inclusive, nos procedimentos licitatórios Concorrência Pública n°s 02/2004 e Convite n° 0112004, promovidos pela COMEC.

39. Conforme é possível inferir da conversa transcrita abaixo, ocorrida entre os Srs. Fernando Afonso Gaisiler Moreira (proprietário da Gaisiler Moreira Engenharia Ltda.) e Emerson Gava (membro da APEOP), as licitantes da Concorrência n° 02/2004 foram aconselhados a manter os preços acima do limite máximo estipulado pelo Edital, a fim de . obrigar o órgão licitante a realizar nova licitação, com preços 25% superiores aos previamente estabelecidos.

[...]

40. Tal fato fica ainda mais evidente quando se observa a tabela abaixo 16, a qual demonstra que exatamente 11 (onze) empresas ofertaram propostas na Concorrência n° 02/2004, sendo que todas cotaram valores acima do fixado no Edital.

[...]

41. Assim, a suposta fraude realizada na Concorrência n° 02/2004 teria se estendido pelo Convite n° 01/2004. Isso porque, como a Concorrência n° 02/2004 restou frustrada, a COMEC realizou um novo certame, qual seja o Convite n° 01/2004, a fim de contratar uma empresa que atualizasse o orçamento das obras previstas na Concorrência n° 02/2004. Tal orçamento seria utilizado para calcular o valor máximo das propostas que seriam apresentados em uma outra licitação para execução de obras públicas, no caso a Concorrência Pública n° 05/2004.

42. Como é possível inferir da conversa abaixo transcrita, realizada entre os Srs. Mário Henrique Furtado Andrade (funcionário da Afirma Consultoria e Projetos de Engenharia Ltda., empresa vencedora do Convite n° 01/2004) e Carlos Henrique Machado (membro da APEOP), o Convite n° 01/2004,

supostamente teria sido direcionado, por um diretor técnico da COMEC, a uma empresa que atenderia ao pretense aumento no valor das obras em cerca de 25% dos limites estabelecidos pelo Edital da Concorrência n° 02/2004. Vide conversa às fls. 391/392:

[...]

43. Nesse ponto, deve-se destacar que o Sr. Mário Henrique Furtado Andrade (funcionário da Afirma Consultoria e Projetos de Engenharia Ltda.) comunicou ao Sr. Carlos Henrique Machado que havia sido "contratado" para o Convite n° 01/2004, sendo que tal conversa ocorreu no dia 29/10/2004, 4 (quatro) dias antes da homologação do resultado do certame, que somente aconteceu em 03/11/2004. Ou seja, há fortes indícios de que, antes mesmo do resultado do certame, o Sr. Mário Henrique Furtado Andrade já tinha conhecimento de que a empresa Afirma Consultoria e Projetos de Engenharia Ltda. seria a vencedora do mesmo. Há evidências, ainda, de que a APEOP estaria em contato com a empresa Afirma Consultoria e Projetos de Engenharia Ltda. para reiterar esse reajuste do orçamento da obra que seria objeto da Concorrência Pública n° 05/2004, de forma a que a combinação de preços e vencedores, coordenada pela APEOP, pudesse ser de fato implementada.

44. Assim, após a conclusão do Convite n° 01/2004, foi lançada a Concorrência n° 05/2004, cujos valores foram definidos pela Afirma Consultoria e Projetos de Engenharia Ltda., chegando ao montante de R\$ 66.231.175,74, valor 26% superior ao valor total constante da concorrência regida pelo Edital n° 02/2004.

[...]

45. Assim, há nos autos indícios suficientes de que a APEOP promovia reuniões com as empresas participantes de licitações públicas, a fim de combinar previamente o resultado dos certames. Além disso, há fortes evidências de que as empresas participantes das licitações combinavam entre si preços e ajustavam vantagens, de modo a prejudicar a livre concorrência dos certames. Tais condutas seriam passíveis de enquadramento nos artigos 20, incisos I, II, III e IV, e 21, incisos I, II, III e VIII, da Lei n° 8.884/94, que assim dispõem:

[...]

46. Os fatos aqui apresentados, portanto, fundamentam a instauração de Processo Administrativo, a fim de investigar as condutas ora apontadas com maior profundidade, dada a existência de fortes indícios de conduta colusiva por parte dos Representados anteriormente identificados.

[...]

IV. CONCLUSÃO

54. Dessa forma, pelas razões acima apresentadas, nos termos dos artigos 32 da Lei nº 8.884/1994, e 46 da Portaria MJ nº 456/2010, sugere-se a instauração de Processo Administrativo em face dos Representados indicados no item II.!, a fim de apurar suposta conduta passível de enquadramento no artigo 20, incisos I, II, III e IV c/c artigo 21, incisos I, II, III e VIII, ambos da Lei nº 8.884/94. De acordo com o artigo 33, da Lei nº 8.884/94, recomenda-se a notificação dos Representados Associação Paranaense de Empresários de Obras Públicas - APEOP, Afirma Consultoria e Projetos de Engenharia Ltda., Construtora Triunfo S.A., REDRAM Construtora de Obras Ltda., CESBE S.A. Engenharia e Empreendimentos, EMPO - Empresa Curitibana de Saneamento e Construção Civil Ltda., MARC Construtora de Obras Ltda., Construtora Brasileira e Mineradora Ltda. - CBEMI, De Amorim Construtora de Obras Ltda., Delta Construções S.A., Construtora Estrutural Ltda., Gaisler Moreira Engenharia Civil Ltda., FEG Engenharia de Obras Ltda., Emerson Gava, Carlos Henrique Machado, Fernando Afonso Gaisler Moreira, Mano Henrique Furtado de Andrade, Gilberto Piva, Cláudio Bidóia, Juarez Nassur Cordeiro para apresentarem defesa no prazo de quinze dias, a ser contado em dobro caso a defesa seja oferecida por distintos procuradores (artigo 83 da Lei nº 8.884/94 c/c artigo 191 do CPC)."

Como se vê, foram expostos os indícios de autoria e de materialidade referentes à prática de infrações à ordem econômica que ensejaram a instauração do processo administrativo - com a descrição, inclusive, de quais seriam as condutas imputadas à APEOP passíveis de enquadramento nas normas previstas na Lei nº 8.884/94 (legislação antitruste vigente à época).

A propósito, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região proferiu acórdão no sentido de que, apresentadas na instauração do processo administrativo as prováveis infrações econômicas imputadas aos representados - suprimindo-se a exigência contida no art. 32 da Lei nº 8.884/94 -, inexistente nulidade decorrente de cerceamento de defesa (inexistindo óbice ao emprego, para fins de motivação, de nota técnica emanada do órgão). Observe-se:

ADMINISTRATIVO. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. CLÁUSULA DE RAIOS. CESSAÇÃO DA INFRAÇÃO. PAGAMENTO DE MULTA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. INEXISTÊNCIA. NULIDADE. INICORRÊNCIA. I - Incabível o conhecimento de direito superveniente decorrente de nova legislação, a teor do art. 462 do CPC, à míngua de expressa impugnação na peça recursal quanto a eventual pretensão de invalidação ou redução do valor da multa, por tratar-se de evidente inovação da causa de pedir/pedido, uma vez que o recurso sempre esteve limitado a atacar vícios formais no procedimento administrativo. II - Segundo a lição de Nelson Nery Junior, o fato superveniente deve ser levado em conta quando sua repercussão não possa ser afastada, desde que respeitado o princípio processual da congruência, ou seja, não pode representar alteração da causa de pedir/pedido. III - Descabe o exame da aplicação retroativa do art. 37, I, da Lei 12.529/2011, que reduziu o percentual mínimo do valor da multa

*de 1% para 0,1%, pois, muito embora possa, em tese, ser mais benéfica, representa inovação da lide, bem como também não houve manifestação específica sobre esse ponto sentença. IV - Demais questões postas em sede de memoriais, tais como a suposta existência de inconsistência, inocuidade e desproporcionalidade na decisão do CADE, o que a tornaria inexecutável, também não são passíveis de exame, pois não foram trazidas na peça recursal. V - Não se verifica a fluência do prazo prescricional previsto no artigo 1º da Lei 9873/99, tampouco da prescrição intercorrente (par. 1º do art. 1º). VI - Não há cerceamento de defesa quando o autor tem todo o tempo necessário ao seu dispor para solicitar e produzir as provas que entender úteis ao desenrolar da causa e permanece inerte por razões estranhas aos autos. VII - **Inexiste nulidade na não especificação, quando da notificação para a apresentação de defesa, dos fatos objeto de apuração, já que o despacho que decidiu pela instauração do PA, muito embora sucinto, trouxe as prováveis infrações à ordem econômica objeto de apuração, suprimindo a exigência contida no art. 32 da Lei 8.884/1994, fazendo integrar, para fins de motivação, nota técnica emitida pelo órgão, mesmo porque o representado demonstrou, em sua defesa, total conhecimento dos fatos objeto da representação, não resultando, tal fato, em prejuízo, razão pela qual não há que se falar em nulidade.** VIII ? Consoante os parágrafos 2º e 3º do artigo 33 da Lei 8.884/1994, só a notificação inicial do representado é que deverá ser feita pelo correio com aviso de recebimento; as demais se processam mediante simples publicação no Diário Oficial da União. IX ? Uma vez assegurado, no julgamento processo administrativo, tanto no âmbito da Secretaria de Direito Econômico quanto do CADE, o contraditório e a ampla defesa, o qual, entretanto, não foi exercido no prazo legal, **inexiste nulidade apta a ensejar a suspensão da decisão administrativa.** X ? Alegação de ocorrência de prescrição rejeitada. Apelação a que se nega provimento. A Turma, por unanimidade, rejeitou a alegação de ocorrência de prescrição e negou provimento à apelação. (ACORDAO 00259874820064013400, DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN, TRF1 - SEXTA TURMA, e-DJF1 DATA:16/04/2013 PAGINA:149.)*

A análise da defesa técnica apresentada pela parte autora na via administrativa evidencia que a APEOP detinha pleno conhecimento das possíveis condutas e fatos apurados no processo administrativo nº 08012.009382/2010-90 (conforme Ev. 1 - OUT15 e OUT17).

Assim, não há que se falar em cerceamento de defesa decorrente de suposta ausência de individualização adequada das condutas investigadas.

Também não prospera a argumentação da APEOP no sentido de que a condenação imposta pelo CADE, no processo administrativo nº 08012.009382/2010-90, careceria de elementos de prova.

Enquanto atos administrativos, os acórdãos proferidos pelo CADE gozam de *presunção de legitimidade e veracidade* - estando a sua

desconstituição condicionada à apresentação, pela parte interessada, de *prova plena e inequívoca da ilegalidade*. Quanto ao tema:

EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO ADMINISTRATIVO. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS CIVIL, PENAL E ADMINISTRATIVA. PROVA EMPRESTADA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA DE PREJUDICIALIDADE. PROVA TESTEMUNHAL. DESNECESSIDADE. ART. 130, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. SENTENÇA. MOTIVAÇÃO "PER RELATIONEM". COMPATIBILIDADE COM O ART. 93, IX, DA CRFB. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. ATO ADMINISTRATIVO. DESCONSTITUIÇÃO. ACÓRDÃO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). PRESUNÇÃO DE VERACIDADE E LEGITIMIDADE. 1. O reconhecimento judicial da ilegalidade de escutas telefônicas produzidas na esfera criminal em nada prejudica o seguimento da ação, na esfera cível/administrativa, quando (i) destacada prova tenha sido utilizada apenas como documental nos autos do processo administrativo; (ii) outros elementos probantes embasarem a reprimenda fixada na esfera administrativa; e (iii) todos os consectários da ampla defesa e do contraditório tenham sido disponibilizados aos interessados. 2. Nos termos do artigo 130 do Código de Processo Civil, "cabará ao juiz, de ofício, ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias." 3. A utilização por magistrados da técnica da motivação "per relationem", adotando como razões de decidir o parecer do Ministério Público, ainda que o órgão ministerial tenha conduzido as investigações, não afronta o artigo 93, inciso IX, da CRFB. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e deste Tribunal Regional Federal. 4. O Código de Processo Civil não prestigia a anulação de atos processuais irregulares, ou o excesso de formalismo, na medida em que à declaração de nulidade precede a demonstração da existência de prejuízo com relevante influência no direito material, o que não se vislumbra no caso em tela. 5. Constituiu-se o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em autarquia fiscalizadora e judicante, com atribuição para decidir sobre a existência de infração à ordem econômica, aplicar as penalidades previstas na lei antitruste e ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica. 6. As atividades desempenhadas pelo CADE devem observar as regras e princípios constitucionais, bem como as normas insertas na novel Lei n. 12.529/2011, e - neste aspecto (constitucionalidade e legalidade) - os atos do Conselho são passíveis de anulação pelo Poder Judiciário, que tem o escopo de assegurar a tutela dos direitos garantidos pelo ordenamento jurídico. 7. Decidir se as condutas praticadas pelas pessoas jurídicas e pessoas físicas representadas no processo administrativo caracterizam infração à ordem econômica e aplicar as penalidades da lei antitruste compete ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica. 8. Para fins de controle judicial, deve ser equiparado o CADE às agências reguladoras. A independência regulatória conferida ao órgão e o grau de intervenção que poderá exercer sobre o respectivo setor recomendam que a tutela judicial seja eficazmente assegurada para preservação dos direitos fundamentais. 9. O controle judicial que se preconiza não diz respeito ao mérito dos atos administrativos regulatórios, mas

às formalidades adotadas na preparação do ato ou violação de direitos fundamentais. 10. Pretendendo os autores desconstituir ato administrativo (acórdão proferido pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, que reconheceu a existência de cartel e aplicou as sanções da Lei n. 8.884/1994, então vigente), é necessária prova plena, inequívoca, da suposta ilegalidade, porquanto os atos administrativos revestem-se dos atributos da presunção de legitimidade e veracidade. (TRF4, AC 5006908-93.2011.4.04.7100, TERCEIRA TURMA, Relator FERNANDO QUADROS DA SILVA, juntado aos autos em 22/05/2014)

É que, via de regra, compete ao Poder Judiciário apreciar apenas a regularidade do processo administrativo - restando vedada a incursão no mérito da decisão administrativa, ressalvadas hipóteses de evidente abuso de poder, arbitrariedade ou ilegalidade perpetrada pela Administração Pública. Afinal, os atos administrativos, em especial quando alinhados ao exercício do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, revestem-se de presunção de veracidade. Quanto ao tema:

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO. REINTEGRAÇÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. LEGALIDADE. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA GARANTIDOS. Compete ao Poder Judiciário apreciar apenas a regularidade do procedimento administrativo, sendo-lhe vedada a incursão sobre o mérito da decisão administrativa, ressalvadas as hipóteses de evidente abuso ou arbitrariedade por parte da Administração. Considerando a presunção de veracidade dos atos administrativos, bem como a obediência aos princípios da ampla defesa, contraditório e devido processo legal, deve ser mantido o ato administrativo demissional, porquanto amplamente amparado nas provas produzidas no processo administrativo. (TRF4, AC 5011570-61.2015.4.04.7003, QUARTA TURMA, Relatora VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA, juntado aos autos em 15/07/2017)

Colhe-se dos elementos de prova reunidos no processo administrativo nº 08012.009382/2010-90 a presença de substrato fático-jurídico apto a ensejar a aplicação, em face da APEOP, das sanções questionadas nos autos.

Apesar do inconformismo da parte autora, o CADE, em observância ao *dever de motivação* previsto no art. 50, III, da Lei nº 9.784/99, expôs claramente os *fundamentos de fato e de direito* que embasaram a condenação da APEOP, na esfera administrativa, pela prática de infrações à ordem econômica.

A análise do processo administrativo evidencia que a condenação pautou-se em elementos de prova diversos, a exemplo de *depoimentos colhidos em sede de instrução* e de *degravações provenientes de interceptações telefônicas* e/ou de *gravações* envolvendo dirigentes da ASSOCIAÇÃO

PARANAENSE DOS EMPRESÁRIOS DE OBRAS PÚBLICAS e empresários, a partir dos quais se infere que, sob a articulação e coordenação da APEOP, foram realizadas ações destinadas à manipulação ilegal de procedimentos licitatórios junto à Administração Pública.

É emblemática, nesse sentido, a individualização da conduta da APEOP e de seus dirigentes exarada no voto de Conselheiro do CADE anexado no Ev. 24 - OUT11 (no qual se tipificaram, ainda, as infrações à ordem econômica constatadas). Observe-se:

À luz de tais constatações, é descabida a tese de que a condenação imposta pelo CADE carece de elementos de prova ou, ainda, teria decorrido de inversão do ônus da prova em detrimento da APEOP.

A parte autora também sustenta que as penas aplicadas pelo CADE seriam indevidas, excessivas e desproporcionais.

Eis o dispositivo do voto contendo as penas aplicadas à APEOP (Ev. 24 - OUT11 - pág. 42 do *e-proc*):

A Constituição Federal, no art. 5º, XLVI, consagra o *princípio da individualização da pena*, segundo o qual a pena deve ser aplicada, em relação a cada condenado, a partir das peculiaridades verificadas no caso concreto e das características pessoais de cada réu.

Conforme se extrai do voto anexado no Ev. 24 - OUT11 (pág.40-41), a condenação da APEOP, *sem prejuízo da individualização da conduta de cada representado*, apreciou motivadamente aspectos como a gravidade da infração, a boa-fé do infrator, a vantagem auferida pelo infrator, a consumação ou não da infração, o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores ou a terceiros, os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado, a situação econômica do infrator e a reincidência, na forma do art. 45 da Lei nº 12.529/11. Observe-se:

No tocante à tese de que as penas cominadas à APEOP seriam excessivas ou desproporcionais, vale registrar que, embora as infrações houvessem sido praticadas sob a égide da Lei nº 8.884/94, o CADE aplicou as

previsões inseridas na Lei nº 12.529/11 (legislação superveniente que sucedeu a Lei nº 8.884/94), no que fossem mais benéficas aos representados. Colaciono, quanto ao ponto, excerto do voto de Ev. 24 - OUT11:

Ademais, o art. 24 da Lei nº 8.884/94, vigente à época dos fatos apurados, estabelecia a possibilidade de cominação de pena de proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e a recomendação aos órgãos públicos competentes para que não concedessem aos infratores o parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que cancelassem, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos cumulativamente com as penalidades pecuniárias previstas no dispositivo legal antecedente. Eis a redação do art. 24 da Lei nº 8.884/94:

Art. 24. Sem prejuízo das penas cominadas no artigo anterior, quando assim o exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente: (Revogado pela Lei nº 12.529, de 2011).

I - a publicação, em meia página e às expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por dois dias seguidos, de uma a três semanas consecutivas;

II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, junto à Administração Pública Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal, bem como entidades da administração indireta, por prazo não inferior a cinco anos;

III - a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor;

IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:

a) seja concedida licença compulsória de patentes de titularidade do infrator;

b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos;

V - a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos, cessação parcial de atividade, ou qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

No art. 38 da Lei nº 12.529/11 (legislação antitruste atualmente em vigor), reiterou-se a possibilidade de cumulação de penas. Observe-se:

Art. 38. Sem prejuízo das penas cominadas no art. 37 desta Lei, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente:

I - a publicação, em meia página e a expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por 2 (dois) dias seguidos, de 1 (uma) a 3 (três) semanas consecutivas;

II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, na administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta, por prazo não inferior a 5 (cinco) anos;

III - a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor;

IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:

a) seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito;

b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos;

V - a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade;

VI - a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos; e

VII - qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

Como se vê, a possibilidade de cominação de pena pecuniária com pena de proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e de recomendação aos órgãos públicos competentes para que não concedessem aos infratores o parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que cancelassem, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos cumulativamente com a penalidade pecuniária tem amparo na legislação antitruste - quer na Lei nº 8.884/94, quer na Lei nº 12.529/11.

No tocante à penalidade pecuniária, é pertinente o cotejo entre o teor do art. 23 da Lei nº 8.884/94 e o teor do art. 37 da Lei nº 12.529/01. Analise-se:

Lei nº 8.884/94 (legislação antitruste vigente à época dos fatos)

Art. 23. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas: (Revogado pela Lei nº 12.529, de 2011).

I - no caso de empresa, **multa de um a trinta por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício**, excluídos os impostos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando quantificável;

II - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida por empresa, multa de dez a cinquenta por cento do valor daquela aplicável à empresa, de responsabilidade pessoal e exclusiva ao administrador.

III - No caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, **não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto**, a multa será de 6.000 (seis mil) a 6.000.000 (seis milhões) de Unidades Fiscais de Referência (Ufir), ou padrão superveniente. (Incluído pela Lei nº 9.069, de 29.6.95)

Parágrafo único. Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro.

[...]

Lei nº 12.529/01 (legislação antitruste superveniente)

Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

I - no caso de empresa, **multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido**, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação;

II - no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, **não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto**, a multa será entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais);

III - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso

previsto no inciso I do caput deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do caput deste artigo.

§ 1o Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro.

§ 2o No cálculo do valor da multa de que trata o inciso I do caput deste artigo, o Cade poderá considerar o faturamento total da empresa ou grupo de empresas, quando não dispuser do valor do faturamento no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, definido pelo Cade, ou quando este for apresentado de forma incompleta e/ou não demonstrado de forma inequívoca e idônea.

Tanto o art. 23, III, da Lei nº 8.884/94 quanto o art. 37, II, da Lei nº 12.529/01 prevêm a consideração do valor do faturamento bruto, quando possível, para fins de dosimetria de pena em relação a *associações de entidades que não exerçam atividade empresarial* (sem fins lucrativos) - condição em que a própria demandante alega enquadrar-se.

Não bastasse isso, a previsão normativa contida no art. 23, III, da Lei nº 8.884/94, que norteou a condenação da APEOP, é mais benéfica para os representados comparativamente à norma prevista no art. 37, II, da Lei nº 12.529/01. Para que se alcance tal conclusão, basta que se compare o patamar máximo de pena pecuniária admitido em cada um dos dispositivos, realizadas as pertinentes conversões financeiras (6 milhões de UFIR's e 2 bilhões de reais). O MPF, no parecer de Ev. 40, também se posicionou no sentido de que o CADE utilizou a norma mais favorável para fins de aplicação da sanção pecuniária. Observe-se:

(ii) O Plenário do Tribunal Administrativo do CADE aplicou à APEOP a penalidade pecuniária cominada pelo inciso III do artigo 23 da Lei nº 8.884/1994 (diploma legal vigente na época em que foi cometida a infração), embora o julgamento do Processo Administrativo nº 08012.009382/2010-90 tenha sido concluído em junho de 2017 (quando já estava em vigor a Lei nº 12.529/2011). Assim, fez incidir a lei mais favorável ao representado (lex mitior), quando da fixação das penalidades por infrações à ordem econômica cometidas na vigência da Lei nº 8.884/1994;

Além do mais, a fixação da multa no patamar de 197.511,11 UFIR (correspondente, à época, a R\$ 210.171,57) enquadra-se nos parâmetros estabelecidos pelo art. 23, III, da Lei nº 8.884/94 (6.000 a 6.000.000 de UFIR). Apenas a título de nota, a pena pecuniária arbitrada é significativamente inferior, inclusive, ao patamar máximo admitido no art. 37, II, da Lei nº 12.529/11 (dois bilhões de reais).

Diante de tais ponderações, bem como dos elementos apresentados nos autos, as penas arbitradas em face da APEOP, no curso do processo

administrativo nº 08012.009382/2010-90, não se revelam indevidas, excessivas ou desproporcionais.

Embora não devam ser exageradas, as penas aplicadas em razão de atos ilícitos também não podem ser ínfimas.

Do contrário, ignorar-se-ia a função *repressiva, preventiva e pedagógica* da pena - que, notoriamente, também se destina a coibir ou desestimular a prática de novas infrações.

Tais premissas, a meu ver, restaram observadas no julgamento proferido pelo CADE no processo administrativo nº 08012.009382/2010-90.

À guisa de conclusão, a competência para deliberar sobre a existência de *infração à ordem econômica* e para aplicar as respectivas penalidades foi legalmente atribuída ao CADE - ao qual cabe, ainda, apreciar os efeitos dos atos apurados. Como consequência, judicialmente é possível, em regra, apenas a análise da *legalidade* do processo administrativo, sob pena de indevida interferência do Poder Judiciário na esfera de atuação do CADE e de ofensa ao princípio da separação dos poderes. Nessa linha:

ECONÔMICO E ADMINISTRATIVO. CONCORRÊNCIA. LICITAÇÃO. ADAPTAÇÃO E MANUTENÇÃO DE PLATAFORMA DE PETRÓLEO. ACORDO PRÉVIO ENTRE EMPRESAS PREVENDO RESSARCIMENTO EM DÓLARES AMERICANOS DA VENCEDORA À PERDEDORA. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO INSTAURADO NO CADE. APLICAÇÃO DE PENALIDADES POR VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 20, I, E 21, VIII, DA LEI Nº 8.884/94. INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA. CONSIDERAÇÃO DOS EFEITOS POTENCIAIS DO ATO. PEDIDO DE NULIDADE POR SUPOSTA OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ILEGALIDADES NÃO CONSTATADAS. EXAME JUDICIAL DO MÉRITO DA DECISÃO DO CADE. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. CONTROLE PREVENTIVO. ART. 54 DA LEI ANTITRUSTE. MOTIVAÇÃO DA DECISÃO DO CADE. 1. A conclusão a que chegou o colegiado do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE no julgamento do Processo Administrativo nº 08012.009118/98-26 não teve, como premissa fática, as diligências mencionadas pela apelante. Toda a discussão entre os conselheiros da entidade girou em torno do Instrumento Particular de Transação Comercial firmado pelo estaleiro EISA e pela Marítima Navegação e Engenharia Ltda., pelo qual ficou estipulado "ressarcimento" a ser pago pela vencedora do certame à outra parte. Em função deste contrato, devidamente comprovado nos autos, entendeu o CADE que houve configuração da infração prevista no art. 21, VIII, da Lei Antitruste, potencialmente causadora do efeito descrito no art. 20, I, do mesmo diploma legal. 2. Indubitável que o acordo entre EISA e Marítima foi o fato determinante da aplicação das penalidades administrativas, razão pela qual não se sustenta a tese que a apelante tenciona fazer prevalecer, no sentido de que os ofícios encaminhados às empresas desistentes teriam sido utilizados

*indevidamente pelo CADE como substrato fático da incidência das disposições da Lei Antitruste. 3. O caput do art. 20 da Lei 8.884/94 estabelece que a infração à ordem econômica ocorre ainda que não concretizado o efeito potencial do ato. Vale dizer: mesmo que não haja alteração no mundo fático a conduta descrita no tipo legal constitui violação à ordem econômica, do que decorre a imposição das respectivas penalidades. 4. Se a violação à ordem econômica ocorre pela prática da conduta vedada pela Lei, sendo desnecessária a demonstração das suas repercussões concretas, não há que se falar em demonstração de nexos causal entre ação e dano. 5. O art. 7º, II, da Lei nº 8.884/94 confere ao Plenário do CADE competência para decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e para aplicar as respectivas penalidades. Portanto, a aferição dos potenciais efeitos do ato é atribuição legal daquele Conselho. **A pretensão da apelante de rediscutir a questão em sede judicial não pode prosperar, sob pena de indevida interferência do Poder Judiciário na esfera de atuação do CADE, em violação aos princípios da legalidade e da separação dos poderes. Pode-se, em juízo, discutir a legalidade do procedimento administrativo, isto é, sua conformidade com a legislação pertinente. Mas não há espaço, nesta seara, para rediscutir o mérito da decisão da Autarquia, o que implicaria na desconsideração da competência estabelecida pela Lei Antitruste.** 6. O art. 54 da Lei 8.884/94 dispõe sobre o controle preventivo de atos que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços. Assim, melhor seria se as partes que firmaram o acordo tivessem submetido seus termos ao CADE, antes de torná-lo efetivo. 7. Quanto ao procedimento, não apresentou a parte recorrente qualquer impropriedade passível de declaração de nulidade. A alegação de falta de motivação não se conforma à realidade dos autos. O voto do relator demonstra claramente as razões que motivaram a aplicação de penalidades à apelante. A conclusão a que se chega ao ler a íntegra do voto é diametralmente oposta ao que se alega na peça recursal. 8. Os argumentos trazidos pela autora, ora recorrente, não justificam a pretendida declaração de nulidade da decisão proferida pelo CADE no Procedimento Administrativo 08012-009118/98-26, por não demonstrarem qualquer vício que macule a lisura daquele julgamento. 9. **Apelação da autora improvida.** A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do voto do Exmo. Sr. Juiz Federal Alexandre Jorge Fontes Laranjeira. (ACORDAO 00253195320014013400, DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 DATA:30/07/2010 PAGINA:101.)*

No mais, argumentações casuísticas da parte autora atinentes a preços, propostas e valores referentes a procedimentos licitatórios específicos - com menção, por exemplo, à variação do preço do petróleo e às especificidades de obras viárias e obras rodoviárias - não têm o condão de invalidar a decisão administrativa exarada pelo CADE.

Conforme registrado no voto de Conselheiro do CADE anexado no Ev. 24 - OUT16, a condenação decorrente de prática de infração à ordem

econômica dispensa a "comprovação matemática" dos efeitos do cartel - eis que as condutas colusivas apuradas ao longo do processo administrativo caracterizariam, por si só, ilícito concorrencial. Reproduzo trecho da mencionada decisão:

De fato, é bastante plausível a argumentação prevalecente no CADE.

Mesmo na esfera penal (que é o "mais"), prevalece o entendimento de que a conduta de frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação é crime de natureza *formal* (art. 90 da Lei nº 8.666/96), cuja consumação *dispensa* a ocorrência de prejuízo ao Erário ou a efetiva obtenção de vantagem por meio de adjudicação de objeto. Nessa linha:

*Ementa: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ART. 90 DA LEI 8.666/1993. FORMAÇÃO DE QUADILHA. ART. 288 DO CÓDIGO PENAL. INÉPCIA DA INICIAL. FALTA DE INDICAÇÃO INDIVIDUALIZADA DAS CONDUTAS DELITIVAS. NÃO OCORRÊNCIA. FRAUDE À LICITAÇÃO. CRIME FORMAL. INVIABILIDADE DE ANÁLISE DE FATOS E PROVAS NA VIA DO HABEAS CORPUS. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. 1. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento no sentido de que a extinção da ação penal, de forma prematura, pela via do habeas corpus, somente se dá em hipóteses excepcionais, nas quais seja patente (a) a atipicidade da conduta; (b) a ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas; ou (c) a presença de alguma causa extintiva da punibilidade. 2. A inicial acusatória narrou de forma individualizada e objetiva as condutas atribuídas ao paciente, adequando-as, em tese, aos tipos descritos na peça acusatória. 3. **O Plenário desta Corte já decidiu que o delito previsto no art. 90 da Lei 8.666/1993 é formal, cuja consumação dá-se mediante o mero ajuste, combinação ou adoção de qualquer outro expediente com o fim de fraudar ou frustrar o caráter competitivo da licitação, com o intuito de obter vantagem, para si ou para outrem, decorrente da adjudicação do seu objeto, de modo que a consumação do delito independe da homologação do procedimento licitatório.** 4. Não há como avançar nas alegações postas na impetração acerca da ausência de indícios de autoria, questão que demandaria o revolvimento de fatos e provas, o que é inviável em sede de habeas corpus. Como se sabe, cabe às instâncias ordinárias proceder ao exame dos elementos probatórios colhidos sob o crivo do contraditório e conferirem a definição jurídica adequada para os fatos que restaram devidamente comprovados. Não convém, portanto, antecipar-se ao pronunciamento das instâncias ordinárias, sob pena de distorção do modelo constitucional de competências. 5. Ordem denegada. (HC 116680, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em*

18/12/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-030 DIVULG 12-02-2014
PUBLIC 13-02-2014)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO.

INADEQUAÇÃO. CRIME DE FRUSTRAÇÃO DO CARÁTER COMPETITIVO DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO MEDIANTE PRÉVIO AJUSTE (LEI N. 8.666/1993, ART. 90). INÉPCIA DA INICIAL ACUSATÓRIA. INEXISTÊNCIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. LASTRO PROBATÓRIO MÍNIMO PARA ADMISSIBILIDADE DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. A alegação de inépcia da denúncia deve ser analisada de acordo com os requisitos exigidos pelos arts. 41 do CPP e 5º, LV, da CF/1988. Portanto, a peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias de maneira a individualizar o quanto possível a conduta imputada, bem como sua tipificação, a fim de viabilizar a persecução penal e o contraditório pelo réu. Precedentes.

3. In concreto, a inicial acusatória preenche os requisitos exigidos pelo art. 41 do CPP, porquanto descreve detalhadamente os elementos essenciais das condutas do réu de fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório. Nos termos da denúncia, na condição de Presidente da Câmara dos Vereadores, homologou e adjudicou o certame em favor de empresa, cujos proprietários eram os mesmos das outras duas licitantes.

4. Hipótese em que a dinâmica dos fatos não permite concluir, de forma peremptória, pela inépcia da denúncia, uma vez que os fatos ali narrados encontram-se devidamente explicitados e fundamentados, possibilitando a ampla defesa do denunciado.

5. Ressalte-se que os indícios de autoria imputados ao paciente não implicam sua condenação antecipada, o que indicaria inarredável ilegalidade. Muito pelo contrário, o órgão ministerial, diante da materialidade do crime e dos indícios de autoria, ao promover a denúncia, mostrou-se cumpridor do desiderato da obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada.

6. A jurisprudência dos tribunais superiores admite o trancamento do inquérito policial ou de ação penal, excepcionalmente, nas hipóteses em que se constata, sem o revolvimento de matéria fático-probatória, a ausência de indícios de autoria e de prova da materialidade, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade, o que não se observa neste caso.

7. O crime do art. 90 da Lei n. 8.666/1993 é formal, ou de consumação antecipada, bastando a frustração do caráter competitivo do procedimento licitatório com o mero ajuste, combinação ou outro expediente finalidade específica (elemento subjetivo do tipo) de obter vantagem decorrente do objeto de adjudicação, para si ou para outrem. Despicienda, pois, a efetiva obtenção

da vantagem com a adjudicação do objeto licitado para futura e eventual contratação ou o prejuízo à Administração Pública.

8. *Habeas corpus não conhecido.*
(HC 300.910/PE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 06/03/2018)

Inexistem, portanto, razões para que se adote conclusão diversa no tocante a infrações sancionadas na via administrativa (que é o "menos").

Assim, não constatada ilegalidade no processo administrativo nº 08012.009382/2010-90 e nas sanções aplicadas à parte autora, devem ser julgados improcedentes os pedidos deduzidos na inicial.

Dispositivo

Ante o exposto, nos termos do art. 487, I, do CPC, **julgo improcedentes** os pedidos apresentados na petição inicial.

Em tempo, nos termos da fundamentação, retifique-se o valor da causa para R\$ 310.969,84.

Condeno a parte autora ao pagamento das despesas processuais (art. 84 do CPC).

Tendo em vista o grau de zelo dos profissionais, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa e o trabalho realizado pelos advogados, o tempo exigido para o serviço (art. 85, §2º, do CPC), bem como a constatação de que a Fazenda Pública é *parte* (art. 85, §3º, do CPC), CONDENO a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

Havendo necessidade, a atualização dos valores deverá ser realizada com base nos critérios constantes no Manual de Cálculos da Justiça Federal.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Interposto recurso de apelação em face da sentença, intime-se a parte recorrida para que, no prazo legal, apresente contrarrazões. Após, remetam-se os autos ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Não interposto recurso no prazo legal, certifique-se o trânsito em julgado e adotem-se as providências de praxe.

conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **70004957826v184** e do código CRC **56d3a1e2**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): MARCUS HOLZ

Data e Hora: 27/6/2018, às 13:26:52