



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

CARLOS FREDERICO BRAGA MARTINS

ANÁLISE CRÍTICA DA SOBREPOSIÇÃO DE ATRIBUIÇÕES DO CADE E DA CGU
NO COMBATE AOS CARTÉIS EM LICITAÇÕES DA PETROBRAS: UM ESTUDO
DE CASO

BRASÍLIA
2022



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

CARLOS FREDERICO BRAGA MARTINS

ANÁLISE CRÍTICA DA SOBREPOSIÇÃO DE ATRIBUIÇÕES DO CADE E DA CGU
NO COMBATE AOS CARTÉIS EM LICITAÇÕES DA PETROBRAS: UM ESTUDO
DE CASO

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito pelo programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília.

Área de Concentração: Direito, Estado e Constituição
Linha de Pesquisa: Transformações na Ordem Social e Econômica e Regulação

Orientadora: Professora Doutora Amanda Flávio de Oliveira

BRASÍLIA

2022

CARLOS FREDERICO BRAGA MARTINS

ANÁLISE CRÍTICA DA SOBREPOSIÇÃO DE ATRIBUIÇÕES DO CADE E DA CGU
NO COMBATE AOS CARTÉIS EM LICITAÇÕES DA PETROBRAS: UM ESTUDO
DE CASO

Dissertação apresentada como requisito parcial para a
obtenção do título de Mestre em Direito pelo programa
de Pós-Graduação em Direito da Universidade de
Brasília.

Aprovada em 20 de abril de 2022.

Profa. Dra. Amanda Flávio de Oliveira (Orientadora)

Profa. Dra. Uinie Caminha (membro externo)

Prof. Dr. Edilberto Carlos Pontes Lima (membro externo)

AGRADECIMENTOS

O caminho percorrido no curso de Mestrado está longe de ser fácil. Mas, certamente, foi menos difícil e mais prazeroso em razão da existência de pessoas a quem agradeço por terem me acompanhado nessa jornada.

À Professora Amanda Flávio, de quem tive a honra de ser o primeiro orientando na UnB, seu novo lar profissional, agradeço pela competência, profissionalismo e, principalmente, pela empatia, alteridade e sensibilidade com as minhas angústias. Sei do esforço que fez para me ajudar, e sou eternamente grato pelo apoio e pelos conhecimentos partilhados nesse percurso.

À minha esposa Ana Lídia, pelo companheirismo, parceria e pelo sacrifício pessoal durante esse período. Sem ela não teria sido possível chegar até aqui. Aos meus filhos, pelo amor incondicional e pela alegria que me proporcionam. Aos meus pais, pelo apoio permanente nas horas mais difíceis.

Aos demais membros da banca, pela disponibilidade e atenção com o trabalho. E, por fim, aos meus colegas de trabalho, da Procuradoria e do escritório, que nunca hesitaram em me apoiar e ajudar durante todo o trajeto até aqui.

RESUMO

MARTINS, Carlos Frederico Braga. **Análise crítica da sobreposição de atribuições do CADE e da CGU no combate aos cartéis em licitações da Petrobras: um estudo de caso.** 2022. 117f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2022.

A multiplicidade de regimes sancionatórios no Brasil carece de análise sistêmica, que considere as possíveis repercussões das atuações sancionatórias concorrentes nos direitos e garantias dos acusados. Tendo esse cenário como pano de fundo, o presente trabalho utiliza a metodologia de um estudo de caso para examinar qualitativamente os aspectos jurídicos da atuação concorrente do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) e da CGU (Controladoria-Geral da União) na apuração e responsabilização de sujeitos envolvidos em cartéis que afetam licitações públicas, com o objetivo de verificar se tal modelo de atuação é eficiente e compatível com a Constituição. São analisados dois cartéis que afetaram diferentes mercados de licitações da Petrobras no Brasil. Após a descrição da forma de atuação dos particulares cartelizados e das suas condutas ilícitas, examinam-se as atuações do CADE e da CGU na apuração e punição de determinada empresa envolvida nos conluios. Na sequência, o trabalho aprofunda uma série de conceitos e institutos essenciais ao exame do tema, tais como compras governamentais, licitação pública, cartel e o caráter competitivo do procedimento licitatório. São ainda examinadas as bases normativas que amparam as atribuições do CADE e da CGU, a fim de se identificar o exato ponto de sobreposição das hipóteses de incidência previstas em cada norma. Definido o espectro de sobreposição, passa-se à análise das implicações jurídicas que a atuação concorrente da CGU e do CADE geraram no caso concreto em estudo. Examina-se a origem normativa, o conteúdo e o alcance do princípio da segurança jurídica, da garantia de vedação ao *bis in idem*, e dos princípios da boa-fé objetiva e da proteção da confiança legítima, para, em seguida, averiguar se tais normas foram efetivamente violadas pela atuação dos órgãos estudados. Ainda, apresentam-se os entendimentos de CADE e CGU quanto à legitimidade da atuação concorrente estudada neste trabalho. Ao final, conclui-se pela incompatibilidade da atuação concorrente de tais órgãos com a ordem constitucional e pela inexistência de vantagem decorrente dessa sistemática. Como consequência, são sugeridas alternativas ao modelo interinstitucional hoje em vigor, como forma de compatibilizar as atribuições do CADE e da CGU com os direitos e garantias dos acusados em processo sancionatório.

Palavras-chave: CADE; CGU; cartel; licitações; *bis in idem*; Direito Administrativo sancionador.

ABSTRACT

The multiplicity of sanctioning systems in Brazil lacks a global analysis, which considers the possible repercussions of the concurrent sanctioning action on the rights and guarantees of the accused. With this scenario as a background, this thesis uses the case study methodology to qualitatively analyze the legal aspects of the concurrent action of CADE (Administrative Council for Economic Defense) and CGU (Brazilian Office of the Comptroller General) in the investigation and punishment of agents involved in bid rigging in public procurement, taking as example two cartels that affect different Petrobras bidding markets in Brazil. This study aims to verify whether such a model of action is efficient and compatible with the Brazilian Constitution. After describing the actions of cartelized individuals and their illegal conducts, it is analyzed CADE and CGU actions in the investigation and punishment of a company involved in the collusion. In sequence, the study deepens itself in a series of essential concepts and institutes for the examination of the subject, such as public procurement, bid rigging and competition in public bids. Laws supporting CADE and CGU powers are also scrutinized to determine the exact point of overlap. Once the overlapping point is defined, the legal implications that the concurrent action of this agencies generated in the case studied are analyzed. It is examined the legal support, the content, and the extent of legal certainty, of sealing guarantee to *ne bis in idem*, good faith and legitimate expectations, to answer if CADE and CGU violated these principles. In addition, it is presented the understandings of these two agencies regarding the legitimacy of the concurrent action studied in this work. The conclusion is that the concurrent action of CADE and CGU is not compatible with the Brazil's Constitution and that there is no advantage arising from this system. Therefore, it is suggested alternatives to the current inter-institutional model, in order to make the attributions of CADE and CGU compatible with the rights and guarantees of the accused in sanctioning process.

Keywords: CADE; CGU; bid rigging; public bid; *ne bis in idem*; sanctioning Administrative Law.

LISTA DE SIGLAS

AGU	Advocacia-Geral da União
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CENPES	Centro de Pesquisas Leopoldo Américo Miguez de Mello
CEPAL	Comissão Econômica das Organização das Nações Unidas para a América Latina e o Caribe
CGU	Controladoria-Geral da União
CIPD	Centro Integrado de Processamento de Dados da Tecnologia da Informação
COMPERJ	Complexo Petroquímico do Rio de Janeiro
HCC	Hidrocraqueamento Catalítico
HDT	Hidrotratamento
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
LAC	Lei Anticorrupção
OCDE	Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico
PAR	Processo Administrativo de Responsabilização
SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
TABR	Terminal Aquaviário Barra do Riacho
TAICIR	Terminal Aquaviário de Ilha Comprida/Ilha Redonda
TAR	Terminal Aquaviário de Recife
TARS	Terminal Aquaviário do Rio Grande
TASF	Terminal Aquaviário de São Francisco do Sul
TECAB	Terminal de Cabiúnas
TCC	Termo de Compromisso de Cessação de Prática
TCU	Tribunal de Contas da União
TRBA	Terminal de Regaseificação da Bahia

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 OS CARTÉIS EM LICITAÇÕES DA PETROBRAS: descrição dos casos e da atuação do CADE e da CGU	11
1.1 Os cartéis em licitação da Petrobras	11
1.2 Descrição dos casos	12
<i>1.2.1 O cartel no mercado de licitações públicas da Petrobras para “edificações de grande porte com características especiais”</i>	12
<i>1.2.2 O cartel no mercado de licitações públicas da Petrobras para “serviços de engenharia, construção e montagem industrial onshore”</i>	17
1.3 Atuações do Conselho Administrativo de Defesa Econômica e da Controladoria-Geral da União em face da mesma pessoa jurídica	25
2 CONCEITOS ESSENCIAIS AO EXAME DO TEMA: compreensão e contextualização	30
2.1 Compras governamentais e licitações públicas	30
2.2 Cartel e o caráter competitivo de procedimentos licitatórios	34
3 ARCABOUÇO NORMATIVO INCIDENTE NA PROTEÇÃO DO CARÁTER COMPETITIVO DE LICITAÇÕES	42
3.1 Normas voltadas à defesa da concorrência	42
3.2 Normas voltadas à higidez das licitações públicas	48
4 A SOBREPÓSICÃO DE ATUAÇÕES DO CADE E DA CGU NA APURAÇÃO DOS CARTÉIS EM LICITAÇÕES PÚBLICAS SOB ANÁLISE	55
4.1 Implicações jurídicas	57
<i>4.1.1 Impacto na segurança jurídica</i>	57
<i>4.1.2 Impacto na vedação ao bis in idem</i>	61
<i>4.1.3 Impacto na boa-fé objetiva e na proteção da confiança legítima</i>	76
<i>4.1.4 Impacto nos acordos de leniência</i>	79
4.2 Entendimentos da CGU e do CADE	83
<i>4.2.1 Posição da CGU</i>	83
<i>4.2.2 Posição do CADE</i>	86
4.3 Considerações sobre os entendimentos da CGU e do CADE	88
4.4 Alternativas à atual sobreposição de atribuições entre CADE e CGU	90
CONCLUSÃO	99
REFERÊNCIAS	102
ANEXOS	111

INTRODUÇÃO

A prática de cartel em licitações públicas é conduta proscrita em diversas legislações e instâncias jurídicas. Especificamente no âmbito do direito administrativo sancionador, tal ilícito é reprimido na Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), na Lei n. 12.529/2011 (Lei Antitruste), na Lei n. 8.443/1992 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União) e nas Leis n. 8.666/1993 e Lei n. 14.133/2021 (antiga e nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, respectivamente).

Em todas essas normas, a descrição da infração parte de conteúdo similar, que envolve a fraude à licitação mediante ajuste ou combinação entre concorrentes e a consequente frustração do caráter competitivo do procedimento licitatório. Esse contexto normativo gera a possibilidade de um mesmo fato ilícito dar causa à instauração de diferentes processos administrativos sancionatórios, conduzidos e julgados por instituições distintas.

Essa multiplicidade de regimes sancionatórios restou ainda mais evidenciada após virem à tona os cartéis que afetaram diversas licitações públicas realizadas pela Petrobras. Tendo o referido cenário como base, este trabalho tem como objetivo analisar se a sobreposição de atribuições do CADE e da CGU no combate a cartéis em licitações públicas é um modelo de atuação eficiente e compatível com os direitos e garantias constitucionais dos acusados em processos sancionatórios, partindo da hipótese de que a resposta a essa pergunta é negativa.

O exame dessa questão é de extrema relevância não apenas acadêmica, mas também para fomentar os debates acerca do aperfeiçoamento da atuação sancionatória estatal. Espera-se que esta pesquisa contribua para a modificação do cenário atual de inúmeras discussões judiciais envolvendo justamente as implicações jurídicas da multiplicidade de regimes sancionatórios do Estado.

Para responder a esse problema de pesquisa, optou-se, metodologicamente, por partir do estudo de um caso concreto, que envolveu a atuação do CADE e da CGU em face de determinada construtora acusada de participação em cartéis que afetaram dois mercados relevantes de licitações públicas da Petrobras, no Brasil. A fim de evitar desnecessário foco na identidade das construtoras em detrimento da análise das questões jurídicas pertinentes, optou-se por não nominar nenhuma das empresas envolvidas nos fatos. Contudo, a fim de diferenciar a construtora alvo da atuação sancionatória do CADE e da CGU da demais, decidiu-se nominá-la de “Empresa X”.

O primeiro capítulo deste estudo é destinado à descrição de todos os ajustes ilícitos investigados em diversas licitações deflagradas pela Petrobras, com o detalhamento da forma de atuação dos particulares cartelizados e das respectivas condutas ilícitas em cada um dos certames. Na sequência, é descrita a atuação do CADE e da CGU na apuração dos mesmos fatos, em face especificamente da Empresa X.

Delimitado o caso concreto que serve de ponto de partida para a análise jurídica proposta nesta pesquisa, o capítulo segundo apresenta um aprofundamento do conteúdo de diversos institutos e conceitos relacionados aos cartéis em licitações públicas, como forma de identificar, com precisão, o sentido das considerações e análises que serão feitas na sequência do trabalho.

O capítulo terceiro, por sua vez, realiza uma revisão das normas que sustentam as competências exercidas pela CGU e pelo CADE, com o objetivo de definir o exato espaço normativo de sobreposição da tutela jurídica outorgada aos dois órgãos estudados.

O quarto e último capítulo destina-se, inicialmente, a verificar as implicações jurídicas que a atuação concorrente da CGU e do CADE geraram no caso concreto, para além do mero exercício de suas competências. Examina-se se o princípio da segurança jurídica, a garantia de vedação ao *bis in idem*, e os princípios da boa-fé objetiva e da proteção da confiança legítima foram afetados em decorrência dessa dupla responsabilização e em qual extensão. Para possibilitar essa análise, é feita uma revisão da literatura acerca da origem normativa, do conteúdo e do alcance de cada uma dessas normas. Considerando que o caso concreto envolve ainda a celebração de acordo de leniência, também são estudados os impactos do multiprocessamento para os programas de leniência mantidos tanto pelo CADE quanto pela CGU.

Ainda no quarto capítulo, apresentam-se os entendimentos já manifestados pelos dois órgãos quando confrontados com questionamentos acerca da legitimidade da atuação concorrente estudada neste trabalho. Ao final, confrontando todos esses elementos, será possível verificar se a sobreposição de atribuições do CADE e da CGU no combate a cartéis em licitações públicas é efetivamente um modelo de atuação eficiente e compatível com os direitos e garantias constitucionais dos acusados em processos sancionatórios, confirmando-se ou não a hipótese de pesquisa, que responde negativamente a esse questionamento. Por fim, também será

possível examinar se há alternativas ao atual modelo que resultem no necessário aperfeiçoamento da atuação sancionatória estatal.

Na conclusão, sistematizam-se os resultados alcançados e os eventuais modelos alternativos ao sistema atualmente em vigor.

1 OS CARTÉIS EM LICITAÇÕES DA PETROBRAS: descrição dos casos e da atuação do CADE e da CGU

Em março de 2014, investigação criminal conduzida inicialmente pelo Ministério Público Federal e pela Polícia Federal em Curitiba/PR, para apurar crimes de lavagem de dinheiro e delitos conexos, resultou na deflagração da primeira fase da denominada Operação Lava Jato. Embora o início das investigações focasse na atuação de doleiros (operadores do mercado paralelo de câmbio), o contato entre um dos doleiros e um ex-diretor da Petrobras levou os investigadores a desvendar um complexo esquema criminoso envolvendo agentes públicos e privados, destinado a lesar os cofres da estatal. O Ministério Público Federal assim resume a apuração envolvendo a Petrobras, bem como o cartel que lesou a estatal e é objeto de análise neste trabalho¹:

As apurações revelaram que, durante pelo menos dez anos, de 2004 a 2014, estruturou-se uma organização criminosa dentro e em torno da Petrobras, formada por quatro núcleos principais, cujo objetivo era desviar dinheiro da estatal. Os quatro núcleos eram formados por empreiteiras, executivos de alto escalão e outros funcionários da Petrobras, operadores financeiros e, por fim, agentes e partidos políticos. **Em um dos principais esquemas criminosos desvelado pela operação, as empreiteiras organizavam-se em cartel a fim de escolher, como em um jogo de cartas marcadas, as vencedoras das licitações da Petrobras. Os preços cobrados à estatal eram inflacionados, definidos fora das regras de competição do mercado, causando prejuízos à administração pública.**

1.1 Os cartéis em licitação da Petrobras

Dentre os diversos cartéis revelados na Operação Lava Jato que afetaram a Petrobras, serão objeto de análise os acordos ilícitos que atingiram os mercados relevantes de “edificações de grande porte com características especiais”² e “serviços de engenharia, construção e montagem industrial *onshore*”, ambos em licitações

¹ ENTENDA O caso da Lava Jato: Curitiba. **Ministério Público Federal**, [s. d]. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso/curitiba>>. Acesso em: 3 out. 2021.

² A identificação deste mercado e todas as informações referentes ao caso descritas neste capítulo constam do processo administrativo n. 08700.007777/2016-95, em tramitação no CADE, de acesso público mediante cadastro como usuário externo no Sistema Eletrônico de Informações do CADE. (CADE. **SEI.CADE**, [s. d]. Acesso para Usuários externos. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=usuario_externo_logar&id_orgao_acesso_externo=0>. Acesso em: 3 out. 2021.)

públicas da estatal, no Brasil. No âmbito desses cartéis³, serão objeto de estudo os atos descritos a seguir, imputados à Empresa X, ocorridos entre 2006 e 2012⁴. Cabe ressaltar, aqui, que os todos os atos estão descritos exatamente conforme as versões públicas dos relatos feitos pelas empresas ao CADE, no âmbito dos processos administrativos referenciados nas notas de rodapé constantes deste capítulo.

1.2 Descrição dos casos

1.2.1 O cartel no mercado de licitações públicas da Petrobras para “edificações de grande porte com características especiais”

O conluio que atingiu o mercado de licitações públicas da Petrobras para “edificações de grande porte com características especiais”⁵ teve início em meados de 2006, época em que a Petrobras divulgou seu Plano de Negócios com os projetos previstos para o quadriênio de 2007 a 2011. Havia previsão de investimentos em diversos segmentos da estatal, em especial para modernização e ampliação da infraestrutura existente, além de investimentos em pesquisa.

³ A identificação deste mercado e todas as informações referentes ao caso descritas neste capítulo constam do processo administrativo n. 08700.002086/2015-14, em tramitação no CADE, de acesso público mediante cadastro como usuário externo no Sistema Eletrônico de Informações do CADE. (CADE. **SEI.CADE**, [s. d]. Acesso para Usuários externos. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=usuario_externo_logar&id_orgao_acesso_externo=0>. Acesso em: 3 out. 2021.)

⁴ De acordo com os signatários do Termo de Compromisso de Cessação, objeto do requerimento n. 08700.002014/2016-58, celebrado no âmbito do CADE e cuja versão pública do histórico de conduta se encontra disponível para acesso público, serviços “*onshore*” são realizados em plantas industriais em terra, e abrangem normalmente a construção e montagem de usinas, refinarias, petroquímicas, dutos, entre outros. Já os serviços “*offshore*” são prestados em alto mar, como em navios e plataformas petroleiras. A identificação deste mercado e as informações referentes ao caso descritas neste capítulo constam do processo administrativo n. 08700.002086/2015-14, em tramitação no CADE, de acesso público mediante cadastro como usuário externo no Sistema Eletrônico de Informações do CADE. (CADE. **SEI.CADE**, [s. d]. Acesso para usuários externos. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=usuario_externo_logar&id_orgao_acesso_externo=0>. Acesso em: 3 out. 2021.)

⁵ Segundo os signatários do Acordo de Leniência n. 10/2016, celebrado no âmbito do CADE e cuja versão pública do histórico de conduta se encontra disponível para acesso público no processo administrativo n. 8700.007777/2016-95, para execução de obras de construção de “edificações de grande porte com características especiais”, são demandados serviços do tipo fundações, estruturas em concreto, armado ou protendido, ou metálicas, *in loco* ou pré-moldada, automações, instalações prediais, CFTV, instalações especiais, elevadores, escadas rolantes, fachadas e acabamentos, que são itens não exigidos nas obras de “construção predial corporativa/comercial ou residencial comum”. Assim, as “edificações de grande porte com características especiais”, em regra, são executadas apenas por empresas de grande porte.

Dentre as obras anunciadas pela estatal, chamou a atenção da Empresa X a previsão de realização de licitação para três obras específicas: a construção da sede de Vitória – edifício sede da Petrobras, localizado em Vitória/ES – a construção do novo CENPES (Centro de Pesquisas Leopoldo Américo Miguez de Mello), localizado no Rio de Janeiro/RJ e a construção do CIPD (Centro Integrado de Processamento de Dados), também localizado no Rio de Janeiro/RJ.

Ainda em 2006, a Empresa X iniciou tratativas bilaterais com empreiteira, com quem mantinha relações comerciais preexistentes, para negociar uma composição entre ambas em relação às referidas licitações futuras. No contexto dessas tratativas bilaterais, o executivo da empreiteira parceira da Empresa X revelou ter tido acesso à lista das empresas que seriam convidadas pela Petrobras para participar das três licitações, conforme informações reveladas no processo administrativo n. 08700.007777/2016-95.

Nesse particular, cabe destacar que as contratações de bens e serviços pela Petrobras seguiam procedimento simplificado próprio, aprovado pelo Decreto n. 2745/1998. Embora o regulamento da Petrobras previsse diversas modalidades de contratação, as licitações da estatal que envolviam obras de grande porte, complexidade e valor eram, em regra, realizadas na modalidade convite. Nessa modalidade, a Companhia convidava algumas empresas para apresentar propostas em determinada licitação, mediante simples carta-convite, sendo os convites comumente restritos às empresas previamente qualificadas financeira e tecnicamente pela Petrobras, mediante certificado de registro no Cadastro de Fornecedores de Bens e Serviços.

Assim, após o envio dos convites para a licitação da sede de Vitória, em 05/07/2006, houve a primeira das reuniões presenciais entre a Empresa X e outras seis construtoras convidadas, com o objetivo de dividir o mercado entre as interessadas e definir as ações do cartel para garantir a concretização dos ajustes. Os principais instrumentos utilizados pelos integrantes do grupo para garantir a ausência de competitividade nos certames foram os acordos de fixação de preços, condições, vantagens e abstenções de participação; a divisão de mercado entre concorrentes, por meio da formação de consórcios, a apresentação de propostas de cobertura; e a troca de informações comercial e concorrencialmente sensíveis.

Após serem apresentadas as preferências de cada integrante, foram definidos, em reuniões realizadas entre julho e setembro de 2006, os consórcios de empresas

que se sagrariam vencedores da licitação da sede de Vitória, cujas propostas ainda não haviam sido apresentadas, bem como do Novo CENPES e do CIPD, previstas para lançamento na sequência.

A organização das empresas em consórcio se deu em razão da necessidade de contemplar todas as participantes dos ajustes ilícitos (cujo número era superior às três licitações que seriam realizadas pela Petrobras), bem como para acomodar no cartel novas empresas que haviam sido posteriormente convidadas pela estatal para também participar da licitação da sede de Vitória. Na licitação formalizada pelo convite n. 0215489068, cujo objeto era a contratação dos serviços de “verificação da consistência dos projetos, construção, montagem, testes, condicionamento, pré- operação e operação assistida, com fornecimento de materiais para as instalações dos prédios da Sede Administrativa de Unidades da Petrobras em Vitória”⁶, restou definido que determinado consórcio, composto por três empreiteiras, sagrar-se-ia vencedor do certame. Nessa licitação, portanto, coube à Empresa X, em consórcio com outra construtora, apresentar proposta de cobertura, sabidamente superior ao lance vencedor, mas destinada a conferir aparência de competitividade à licitação. Outros participantes do cartel também apresentaram propostas de cobertura, enquanto outros deixaram de apresentar propostas, tudo com a intenção de concretizar o ajuste anticompetitivo previamente firmado.

Como resultado, sagrou-se vencedor o consórcio previamente definido pelo cartel, com proposta final de preço correspondente a R\$ 486.185.223,77, frente ao preço de orçamento do edital, definido em R\$ 436.668.932,76.

Durante o curso da licitação relativa à sede de Vitória, foi deflagrado pela Petrobras o convite n. 0255865068, cujo objeto era a “contratação de serviços de construção predial para ampliação do Centro de Pesquisas e Desenvolvimento Leopoldo Américo Miguez de Mello (CENPES)”⁷.

⁶ Cf. item 113 da versão pública do Anexo da Nota Técnica nº 64/ 2019 /CGAA7/SGA2/SG/CADE, constante no processo administrativo n. 08700.007777/2016-95. (CADE. **SEI.CADE**, [s.d]. Acesso para Usuários Externos. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=usuario_externo_logar&id_orgao_acesso_externo=0>. Acesso em: 3 de out. de 2021).

⁷ Cf. item 113 da versão pública do Anexo da Nota Técnica nº 64/ 2019 /CGAA7/SGA2/SG/CADE, constante no processo administrativo n. 08700.007777/2016-95. (CADE. **SEI.CADE**, [s.d]. Acesso para Usuários Externos. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=usuario_externo_logar&id_orgao_acesso_externo=0>. Acesso em: 3 de out. de 2021).

Para a referida licitação do novo CENPES, foram inicialmente convidadas pela Petrobras as mesmas empreiteiras anteriormente convidadas para o certame da sede de Vitória⁸. Essa identidade conferia certa estabilidade ao conluio, já que permitia aos participantes do cartel manter a programação de divisão de mercado já definida antes mesmo da deflagração do primeiro procedimento licitatório.

Concretizando o que havia sido acordado, definiu-se que o consórcio integrado pela Empresa X e por outras quatro construtoras venceria essa licitação, enquanto os demais membros do grupo apresentariam propostas de cobertura ou deixariam intencionalmente de apresentar propostas.

Ocorre que a Petrobras optou por realizar uma segunda rodada de convites para esse mesmo certame, desta vez, convidando empreiteira que não havia participado do ajuste anticompetitivo relatado. Os integrantes do cartel entraram em contato com a empreiteira recém convidada pela Petrobras, buscando integrá-la ao cartel e dissuadi-la de participar do certame, sem sucesso. A empreiteira recém convidada ratificou seu interesse em participar da licitação de forma competitiva.

Assim, os integrantes do cartel seguiram com a estratégia já definida e participaram da licitação, independentemente de ajuste com a nova empresa convidada pela Petrobras. Disso resultou que o consórcio previamente escolhido como vencedor pelos integrantes do cartel fosse classificado em segundo lugar no certame, com uma proposta de R\$ 897.980.421,13, aproximadamente R\$ 40 milhões superior à proposta vencedora, de R\$ 858.366.444,14, apresentada pela nova empresa não era integrante do cartel.

Contudo, como mesmo a proposta vencedora estava acima do preço de referência definido pela Petrobras (R\$ 794.167.792,54), teve início a fase de negociação direta entre a estatal e a licitante classificada em primeiro lugar. Nessa etapa do certame, a licitante classificada em primeiro lugar deveria negociar um desconto em sua proposta, a fim de aproximar o preço final da licitação do valor estimado pela Petrobras.

Nesse momento, os integrantes do cartel abordaram novamente a licitante classificada em primeiro lugar e, desta feita, lograram êxito em convencê-la a

⁸ Cf. item 121 da versão pública do Anexo da Nota Técnica n. 64/ 2019 /CGAA7/SGA2/SG/CADE, constante no processo administrativo n. 08700.007777/2016-95. (CADE. **SEI.CADE**, [s. d]. Acesso para usuários externos. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=usuario_externo_logar&id_orgao_acesso_externo=0>. Acesso em: 3 out. 2021.)

ingressar no ajuste anticompetitivo. Pelo acordo firmado nesta ocasião, a licitante detentora da melhor proposta recusaria as ofertas de negociação formuladas pela Petrobras, abrindo espaço para que a estatal iniciasse a negociação direta com o consórcio classificado em segundo lugar. Em contrapartida, a nova integrante do cartel receberia uma compensação financeira por sair da disputa.

Concretizado o ajuste e encerrada a negociação direta entre a Petrobras e a primeira colocada, o consórcio originalmente classificado em segundo lugar – integrado pela Empresa X e outras quatro construtoras – logrou êxito na negociação direta com a Petrobras, após reduzir sua proposta original em quase R\$ 48 milhões. Assim, o referido consórcio sagrou-se vencedor do certame com uma proposta final de R\$ 849.981.400,13, mais de R\$ 8 milhões menor que a proposta inicialmente classificada em primeiro lugar, mas cuja negociação direta havia sido infrutífera.

Assim, também nesse segundo certame foi possível concretizar os ajustes anticompetitivos originalmente definidos pelo cartel.

Após o encerramento da licitação e subsequente assinatura do contrato relativo à construção da sede de Vitória, ainda estava em curso o certame para a obra do novo CENPES, quando a Petrobras lançou o convite n. 0376216078, cujo objeto era o:

[...] fornecimento de materiais, equipamentos e serviços relativos à análise de consistência de equipamentos e módulos, modificações em equipamentos e instalações existentes, comissionamento e testes, apoio à pré-operação e à operação assistida, sob o regime de preço global [do CIPD]⁹.

Para esse convite, foi definido pelo cartel que o certame seria vencido por determinado consórcio, composto por três empreiteiras, do qual não participou a Empresa X. Nessa licitação, portanto, coube novamente à Empresa X, em consórcio com outras quatro construtoras, na mesma composição que havia vencido a licitação do novo CENPES, apresentar proposta de cobertura, sabidamente superior à proposta vencedora, mas destinada a conferir aparência de competitividade à licitação. Outros participantes do cartel também apresentaram propostas de cobertura, enquanto outros deixaram de apresentar propostas, tudo com a intenção de concretizar o ajuste anticompetitivo previamente firmado.

⁹ Cf. item 130 da versão pública do Anexo da Nota Técnica nº 64/ 2019 /CGAA7/SGA2/SG/CADE, constante no processo administrativo n. 08700.007777/2016-95. (CADE. **SEI.CADE**, [s.d]. Acesso para Usuários Externos. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=usuario_externo_logar&id_orgao_acesso_externo=0>. Acesso em: 3 de out. de 2021).

Ressalte-se, nesse ponto, o papel da licitante detentora da melhor proposta na licitação do novo CENPES, que havia sido cooptada pelo cartel naquele certame, recebendo uma compensação financeira para sair da disputa. Nesta licitação do CIPD, a referida empresa, agora já integrada ao grupo cartelizado, também apresentou proposta de cobertura.

Como resultado, sagrou-se vencedor o consórcio previamente definido pelo cartel, com proposta final de preço correspondente a R\$ 452.900.000,00, frente ao preço de orçamento do edital fixado em R\$ 384.383.017,00.

A partir do cenário relatado acima, baseado nas provas e elementos coligidos no processo administrativo n. 08700.00777/2016-95, em tramitação no CADE, verifica-se a existência de fundados indícios de um cartel de empresas que atuou continuamente desde meados de 2006 até o início de 2008 (época da celebração do contrato de construção do CIPD), afetando o mercado de licitações de “edificações de grande porte com características especiais” realizadas pela Petrobras. Conforme visto, o cartel integrado pela Empresa X ao lado de outras empreiteiras obteve êxito em dividir as obras da Petrobras entre os integrantes do acordo colusivo, fixando preços acima dos valores de referência, mediante o compartilhamento de informações comerciais sensíveis e a utilização de propostas de coberturas ou mesmo a supressão deliberada de propostas, em uma estrutura que conferiu aparente legitimidade aos processos licitatórios.

1.2.2 O cartel no mercado de licitações públicas da Petrobras para “serviços de engenharia, construção e montagem industrial onshore”

O cartel que afetou o mercado de licitações públicas da Petrobras para contratação de “serviços de engenharia, construção e montagem industrial *onshore*” foi amplo e duradouro, afetando pelo menos vinte e duas licitações, no período de 1998 a 2014, sendo o período de maior estabilidade do grupo entre 2004 e 2011. No entanto, considerado o recorte definido para este trabalho, serão descritas a seguir apenas as licitações afetadas pelo referido cartel que contaram com a participação da Empresa X, cujos atos imputados ocorreram entre 2008 e 2012. Embora a empreiteira

não integrasse o núcleo permanente do conluio, denominado “Clube”¹⁰, participava esporadicamente dos ajustes ilícitos que afetavam o mercado em questão.

A razão de a Empresa X não ter sido convidada para integrar o grupo que atuava de forma estável em licitações da Petrobras decorreu muito provavelmente do fato de que, até 2008, a Empresa X não recebia convites da Petrobras para participar de licitações no referido mercado de “serviços de engenharia, construção e montagem industrial *onshore*”. Exatamente por isso que, após começar a ser convidada pela estatal em 2008 para participar de alguns certames no referido mercado, a construtora passou a ter relacionamentos esporádicos com as empresas do “Clube”.

Por não integrar o núcleo permanente do cartel, as interações da Empresa X com os concorrentes eram feitas, geralmente, de forma bilateral. A empresa era procurada por alguma das empreiteiras integrantes perenes do cartel, que ora lhe solicitava a apresentação de propostas de cobertura nas licitações objeto do mercado afetado, ora propunha-lhe a participação em determinada obra. Houve, contudo, algumas reuniões multilaterais entre a Empresa X e construtoras integrantes do cartel.

A dinâmica de contatos bilaterais com empresas do Clube decorria da estratégia internamente estabelecida pelo grupo principal, segundo a qual a empresa integrante do tal Clube escolhida para vencer determinado certame tinha a incumbência de contatar as empreiteiras de fora do Clube e que haviam sido convidadas para a mesma licitação, a fim de encontrar uma solução que acomodasse a prévia definição do cartel. Nesse cenário, a Empresa X se enquadrava como empresa de fora do Clube, contatada para alinhar os interesses anticompetitivos já predefinidos pelo grupo.

Em uma ocasião, contudo, em decorrência da sua notória especialização para o tipo de obra que seria licitada, a Empresa X tomou a iniciativa de contatar as concorrentes para alinhar os interesses e assegurar a obtenção da obra.

Isso ocorreu no início de 2008, quando a Petrobras sinalizou ao mercado que licitaria cinco obras de terminais: Terminal Aquaviário de Ilha Comprida/Ilha Redonda, Terminal Aquaviário Barra do Riacho, Terminal Aquaviário de São Francisco do Sul, Terminal Aquaviário do Rio Grande e Terminal Aquaviário de Recife. Entretanto,

¹⁰ Cf. CADE. Relatório no Acordo de Leniência n. 01/2015, celebrado no âmbito do CADE e cuja versão pública do histórico de conduta se encontra disponível para acesso público no processo administrativo n. 08700.002086/2015-14. (CADE. **SEI.CADE**, [s. d]. Acesso para usuários externos. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=usuario_externo_logar&id_ongao_acesso_externo=0>. Acesso em: 3 out. 2021.)

apenas os dois primeiros foram efetivamente licitados pela Petrobras, enquanto os três últimos terminais não chegaram a ser lançados.

A Empresa X contactou as concorrentes para tratar das obras do TAICIR e do TABR, tendo se formado um grupo de oito empresas que se reuniu pela primeira vez após o lançamento dos convites da Petrobras para as duas obras, a fim de alinhar os interesses das construtoras quanto aos referidos empreendimentos. Embora tivesse inicialmente interesse maior em executar a obra do TAICIR, a Empresa X aceitou renunciar a essa obra a fim de acomodar os interesses do grupo. Em contrapartida, restou definido que a empresa venceria a licitação para a execução do TABR.

Assim, no âmbito do convite n. 0468950.08.88, lançado pela Petrobras em 22/02/2008 para a contratação, com fornecimento de materiais, dos serviços de “[...]elaboração do Projeto de Detalhamento e da execução da Construção Civil do Píer do novo Terminal Aquaviário de Ilha Comprida e da Ponte de Interligação Ilha Comprida/Ilha Redonda, no interior da Baía de Guanabara, no do Rio de Janeiro”¹¹, coube à Empresa X a apresentação de proposta de cobertura, no valor de R\$ 285.141.387,76, que restou classificada em segundo lugar. A empresa que apresentou a melhor proposta no referido certame foi exatamente a definida pelo grupo de oito empresas acima citado para executar a obra.

Ocorre que a Petrobras decidiu cancelar a licitação, desclassificando todas as licitantes em razão do preço excessivo das propostas.

Em 17/09/2008, a estatal lançou novo convite para execução do mesmo projeto, e a Empresa X novamente apresentou proposta de cobertura, no valor de R\$ 245.027.504,47, de modo a cumprir com o ajuste anticompetitivo firmado com as demais empresas do grupo. Como resultado, a empresa definida pelo grupo para executar a obra sagrou-se vencedora do certame, com proposta final de R\$ 220.990.000,00¹².

Em contrapartida, a Empresa X venceu o convite n. 0468948.08.88, lançado pela Petrobras também em 22/02/2008 para a “contratação, com fornecimento de

¹¹ Cf. CADE. Relatório no Acordo de Leniência n. 01/2015, celebrado no âmbito do CADE e cuja versão pública do histórico de conduta se encontra disponível para acesso público no processo administrativo n. 08700.002086/2015-14. (CADE. **SEI.CADE**, [s. d]. Acesso para usuários externos. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=usuario_externo_logar&id_orgao_acesso_externo=0>. Acesso em: 3 out. 2021.)

¹² Cf. informações constantes da Ação Civil de Improbidade Administrativa n. 5006695-57.2015.4.04.7000/PR, ajuizada perante a 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Paraná.

materiais, dos serviços de elaboração do Projeto de Detalhamento e da execução da Construção Civil do Píer do novo Terminal Aquaviário de Barra do Riacho no Município de Aracruz no Estado do Espírito Santo – TABR”¹³.

Enquanto a Empresa X apresentou proposta no valor de R\$ 252.796.448,55, outras quatro empreiteiras, participantes do ajuste, apresentaram propostas de cobertura em valores sabidamente superiores ao referido montante.

Após negociação direta entre a Comissão de Licitação da Petrobras e a Empresa X, chegou-se ao preço final de R\$ 233.600.000,00 para a obra do TABR.

Às licitações dos terminais aquaviários acima descritas, seguiram-se os certames do Complexo Petroquímico do Rio de Janeiro – COMPERJ (Complexo Petroquímico do Rio de Janeiro), que demandou a realização de diversas licitações simultâneas pela Petrobras. Para tais empreendimentos, a participação da Empresa X restringiu-se à apresentação de propostas de cobertura, atendendo a solicitações feitas em contatos bilaterais por empresas integrantes do Clube, conforme padrão de interação descrito anteriormente.

Antes mesmo do recebimento do primeiro convite relativo às licitações do COMPERJ, a Empresa X foi procurada por empreiteira integrante do Clube, em reunião na qual lhe foi sugerido que constituísse consórcio com outras duas empresas para participação nas licitações para as obras do COMPERJ para as quais a Empresa X fosse convidada, sempre apresentando propostas de cobertura, não competitivas, de forma a facilitar que as empresas pré-selecionadas pelo Clube vencessem cada um dos certames. Em contrapartida, a construtora integrante do “Clube” informou à Empresa X que seria garantido ao consórcio por ela integrado a vitória na licitação para execução do projeto do *off-site*¹⁴ do COMPERJ.

Assim, ao ser convidada para o certame n. 061.0.662.09-8, cujo objeto era a construção da unidade de Hidrocraqueamento Catalítico (HCC) do COMPERJ, incluindo a Subestação Elétrica Unitária, a Empresa X se uniu às duas construtoras

¹³ Cf. CADE. Relatório no Acordo de Leniência n. 01/2015, celebrado no âmbito do CADE e cuja versão pública do histórico de conduta se encontra disponível para acesso público no processo administrativo n. 08700.002086/2015-14. (CADE. **SEI.CADE**, [s. d]. Acesso para usuários externos. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=usuario_externo_logar&id_orgao_acesso_externo=0>. Acesso em: 3 out. 2021.)

¹⁴ De acordo com os signatários do TCC, objeto do requerimento n. 08700.002014/2016-58, celebrado no âmbito do CADE e cuja versão pública do histórico de conduta se encontra disponível para acesso público, obras *on-site* referem-se às obras intrínsecas da unidade, que fazem parte das etapas tanto de armazenagem e transferência como das etapas de processamento dentro da unidade. Já as obras *off-site* referem-se às obras de interligações com as unidades existentes.

sugeridas pela integrante do “Clube”, apresentando, em consórcio, proposta de cobertura no valor de R\$ 2.415.342.300,00, que restou classificada em quarto lugar.

Em razão do preço excessivo de todas as propostas apresentadas, a Petrobras decidiu cancelar a licitação e realizar um novo pleito. Para o novo certame, a Empresa X novamente apresentou proposta de cobertura, em consórcio com as mesmas construtoras, desta feita no valor de R\$ 2.168.534.870,00, ficando novamente classificada em quarto lugar. Destaque-se que, neste certame, a proposta vencedora foi apresentada por empresa que, embora participasse esporadicamente dos ajustes do Clube, atuou no certame da unidade de HCC do COMPERJ de forma independente dos ajustes do cartel¹⁵. A proposta da referida empresa foi de R\$ 1.492.894.991,93, quase R\$ 400 milhões a menos do que a proposta do consórcio classificado em segundo lugar, o qual havia sido definido pelo cartel para vencer a licitação.

No curso da licitação da unidade do HCC do COMPERJ, a Petrobras lançou o convite n. 061.4.831.09-8, cujo objeto era o:

[...] fornecimento de bens e prestação de serviços relativos à elaboração de projeto executivo, construção civil, montagem eletromecânica, interligações, testes e comissionamento (condicionante, pré-operação, partida e operação assistida) da Unidade de Hidrotratamento de Destilados Médios (U-2500), Unidade de Hidrotratamento de Querosene (HDT) (U-2600) e subestações elétricas unitárias dessas Unidades (SE2500 e SE2600), para o COMPERJ, sob o regime de preço global [...].¹⁶

Tratava-se de duas unidades de HDT (Hidrotratamento) do COMPERJ, e, diante do ajuste já firmado com a construtora integrante do Clube, a Empresa X apresentou novamente proposta de cobertura, em conjunto com as mesmas empresas com as quais participara do certame do HCC do COMPERJ. A referida proposta, no valor de R\$ 1.523.562.283,52, foi classificada na quinta e última colocação no certame.

¹⁵ Cf. versão pública do histórico da conduta do Acordo de Leniência n. 01/2015, celebrado no âmbito do CADE, disponível para acesso público no processo administrativo n. 08700.002086/2015-14. (CADE. **SEI.CADE**, [s. d]. Acesso para usuários externos. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=usuario_externo_logar&id_orgao_acesso_externo=0>. Acesso em: 3 out. 2021.)

¹⁶ Cf. CADE. Relatório no Acordo de Leniência n. 01/2015, celebrado no âmbito do CADE e cuja versão pública do histórico de conduta se encontra disponível para acesso público no processo administrativo n. 08700.002086/2015-14. (CADE. **SEI.CADE**, [s. d]. Acesso para usuários externos. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=usuario_externo_logar&id_orgao_acesso_externo=0>. Acesso em: 3 out. 2021.)

Contudo, assim como ocorreu na licitação do HCC do COMPERJ, a Petrobras decidiu cancelar o certame e realizar um novo pleito, novamente em razão do preço excessivo de todas as propostas apresentadas. Para o novo certame das duas unidades de HDT do COMPERJ, o consórcio integrado pela Empresa X apresentou novamente proposta de cobertura, agora no valor de R\$ 1.118.441.499,93, sendo classificado, mais uma vez, em quinto lugar. O consórcio previamente definido pelo cartel para vencer a licitação efetivamente logrou êxito¹⁷, com a proposta vencedora fixada em R\$ 987.815.797,54.

Embora tenha cumprido sua obrigação no conluio com a apresentação das propostas de cobertura acima descritas, a Empresa X não recebeu a contrapartida relativa à vitória na licitação para execução do projeto do *off-site* do COMPERJ, muito provavelmente por não ter sido convidada pela Petrobras para participar dos certames dessas obras específicas¹⁸.

A Empresa X ainda chegou a apresentar propostas de cobertura em outras duas licitações da Petrobras para a qual fora convidada, sempre atendendo a pedido de construtoras integrantes do Clube.

A primeira delas consistiu no convite n. 1006077.77.8, lançado em 21/09/2011, para:

[...] contratação de projeto executivo, fornecimento de equipamentos e materiais, construção civil, montagem eletromecânica, comissionamento, assistência técnica à pré-operação, partida e operação assistida para as Unidades de *on-site* e *off-site* e interligações do Projeto PLANSAL – Rota Cabiúnas - Ampliação do Terminal de Cabiúnas (TECAB), sob regime de preço global¹⁹.

Ao ser convidada para participar do certame, a Empresa X, atendendo a pedido de construtora integrante do cartel, apresentou proposta de cobertura no valor de R\$

¹⁷ Cf. versão pública do histórico da conduta do Acordo de Leniência n. 01/2015, celebrado no âmbito do CADE, disponível para acesso público no processo administrativo n. 08700.002086/2015-14. (CADE. **SEI.CADE**, [s. d]. Acesso para usuários externos. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei//controlador_externo.php?acao=usuario_externo_logar&id_orgao_acesso_externo=0>. Acesso em: 3 out. 2021.)

¹⁸ Cf. versão pública do histórico da conduta do TCC objeto do requerimento n. 08700.002014/2016-58, celebrado no âmbito do CADE. (CADE. **SEI.CADE**, [s. d]. Acesso para usuários externos. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei//controlador_externo.php?acao=usuario_externo_logar&id_orgao_acesso_externo=0>. Acesso em: 3 out. 2021.)

¹⁹ Cf. item 417 da versão pública do Anexo da Nota Técnica n. 38/2015/ASSTEC-SG/SGA2/SG/CADE, constante no processo administrativo n. 08700.002086/2015-14. (CADE. **SEI.CADE**, [s.d]. Acesso para Usuários Externos. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei//controlador_externo.php?acao=usuario_externo_logar&id_orgao_acesso_externo=0>. Acesso em: 3 de out. de 2021).

1.443.259.677,76 à Comissão de Licitação da Petrobras, sendo classificada na quinta colocação no certame. A licitação foi vencida por consórcio integrado pela empreiteira que havia solicitado à Empresa X a apresentação de proposta não competitiva. O valor da proposta vencedora foi de R\$ 1.391.759.499,13.

A segunda proposta de cobertura da Empresa X foi apresentada no convite n. 1054885.11.8, lançado em 09/01/2012, cujo objeto consistia no:

[...] fornecimento de bens e prestação de serviços relativos à implantação da Unidade de Amônia, das Unidades Acessórias e das obras extramuros para a Unidade de Fertilizantes Nitrogenados V (UFN-V), localizada no município de Uberaba, Estado de Minas Gerais, sob regime de preço global²⁰.

Ao ser convidada a competir no certame e realizar estudos internos, a Empresa X decidiu que participaria sozinha da licitação, de forma competitiva e legítima. Contudo, após ser procurada por construtora integrante do Clube, que solicitou a apresentação de proposta não competitiva, a Empresa X concordou em apresentar proposta de cobertura²¹.

Após o cancelamento do primeiro certame em razão do valor excessivo das propostas apresentadas, a Empresa X manteve o compromisso de apresentar proposta de cobertura no segundo certame, de modo a favorecer a construtora do Clube, que havia feito tal solicitação. Assim, a Empresa X restou classificada em terceiro lugar, com proposta de R\$ 2.328.838.780,07, enquanto o consórcio integrado pela construtora que havia contatado a Empresa X, ficou na primeira posição, com proposta de R\$ 2.149.713.500,0.

Em ambas as licitações, a Empresa X não recebeu qualquer promessa de contrapartida nem vantagem econômica para apresentar as propostas de cobertura solicitadas. Optou por atender aos pedidos na expectativa de ser contemplada pelas integrantes do Clube, no futuro, em outra obra que viesse a ser licitada pela Petrobras.

²⁰ Cf. item 420 da versão pública do Anexo da Nota Técnica n. 38/2015/ASSTEC-SG/SGA2/SG/CADE, constante no processo administrativo n. 08700.002086/2015-14. (CADE. **SEI.CADE**, [s.d]. Acesso para Usuários Externos. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=usuario_externo_logar&id_orgao_acesso_externo=0>. Acesso em: 3 de out. de 2021).

²¹ Cf. versão pública do histórico da conduta do TCC objeto do requerimento n. 08700.002014/2016-58, celebrado no âmbito do CADE. (CADE. **SEI.CADE**, [s. d]. Acesso para usuários externos. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=usuario_externo_logar&id_orgao_acesso_externo=0>. Acesso em: 3 out. 2021.)

A expectativa concretizou-se no final de 2011, após a Petrobras lançar o convite n. 1025516.11.8, cujo objeto era o fornecimento de bens e prestação de serviços de construção e montagem do Píer do Terminal de Regaseificação da Bahia (TRBA), localizado a oeste da Ilha dos Frades, na Baía de Todos os Santos, no Estado da Bahia.

Após receber o convite para o referido certame em 31/10/2011, a Empresa X foi procurada por construtora integrante do Clube, que manifestou interesse em constituir consórcio entre ambas para participar da licitação do TRBA, dada a grande expertise da Empresa X no segmento marítimo-portuário. A integrante do cartel informou ainda que tinha condições de negociar com as demais construtoras convidadas pela Petrobras para o mesmo certame, a fim de garantir que o consórcio a ser formado entre ambas vencesse a licitação. Por sua vez, a Empresa X condicionou sua concordância à participação mínima de 50% no Consórcio a ser constituído, o que foi aceito pela empreiteira integrante do Clube.

Assim, em 29/12/2011, foram apresentadas as propostas à Comissão de Licitação da Petrobras, tendo o consórcio entre a Empresa X e a construtora integrante do cartel se sagrado vencedor, com proposta no valor de R\$ 544.968.474,58. Posteriormente, porém, houve negociação direta entre a Petrobras e o consórcio, na qual foi concedido desconto de R\$ 2.000.000,00 em relação ao preço originalmente ofertado na proposta vencedora.

Após a adjudicação do contrato respectivo no início de 2012, a Empresa X não mais foi procurada para ajustar práticas anticompetitivas nos certames da Petrobras, conforme informações constantes no processo administrativo n. 08700.002086/2015-14.

A partir do cenário relatado acima, baseado nas provas e elementos coligidos no processo administrativo n. 08700.002086/2015-14, em tramitação no CADE, bem como na versão pública do histórico da conduta do Termo de Compromisso de Cessação de Prática, objeto do requerimento n. 08700.002014/2016-58, também celebrado no âmbito do CADE, verifica-se a existência de fortes indícios de um cartel de empresas que atuou continuamente em licitações públicas realizadas pela Petrobras, no Brasil, no mercado de serviços de engenharia para construção e montagem industrial *onshore*, incluindo serviços de engenharia para a construção, ampliação e reforma de terminais portuários.

Conforme visto, a Empresa X participou esporadicamente dos ajustes do cartel, celebrando acordos anticompetitivos de fixação de preços, divisão de mercado entre os concorrentes, troca de informações comercialmente sensíveis, dentre outras condutas acima descritas.

1.3 Atuações do Conselho Administrativo de Defesa Econômica e da Controladoria-Geral da União em face da mesma pessoa jurídica

No CADE, o cartel de empresas que atuou em licitações públicas realizadas pela Petrobras, no Brasil, no mercado de “serviços de engenharia para construção e montagem industrial *onshore*”, passou a ser investigado em inquérito administrativo sigiloso no segundo semestre de 2014, a partir do compartilhamento de elementos de prova oriundos da Operação Lava Jato.²²

Em 19/03/2015, foi celebrado o Acordo de Leniência n. 01/2015, cuja versão pública do histórico da conduta está disponível para acesso público no processo administrativo n. 08700.002086/2015-14. A signatária do referido acordo, construtora integrante do denominado “Clube”, revelou à Superintendência-Geral do CADE que a Empresa X participava esporadicamente de ajustes anticompetitivos no âmbito do referido cartel.

Diante dos elementos coligidos no referido inquérito administrativo, o Superintendente-Geral do CADE decidiu, em 22/12/2015, instaurar processo administrativo em face da Empresa X e de diversas outras pessoas físicas e jurídicas representadas, para apurar condutas passíveis de enquadramento no artigo 20, incisos I a IV, c/c. artigo 21, incisos I, III, IV e VIII, da Lei n. 8.884/94, bem como no artigo 36, incisos I a IV c/c seu § 3º, inciso I, alíneas “a”, “c” e “d”, da Lei n. 12.529/2011²³.

Nesse particular, cabe destacar que, dentre as diversas infrações à ordem econômica imputadas aos representados, foi invocada a previsão expressa da prática

²² Cf. relatório da Nota Técnica n. 38/2015/ASSTEC-SG/SGA2/SG/CADE, constante no processo administrativo n. 08700.002086/2015-14. (CADE. **SEI.CADE**, [s. d]. Acesso para usuários externos. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=usuario_externo_logar&id_orgao_acesso_externo=0>. Acesso em: 3 out. 2021.

²³ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Despacho do Superintendente-Geral n. 42. **Diário Oficial União**. 23 dez. 2015; Seção 1:86.

de cartel em certames públicos, prevista tanto na já revogada Lei n. 8.884/94²⁴, como na Lei n. 12.529/2011²⁵. Por sua relevância, convém transcrever os referidos dispositivos:

Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994

[...]

Artigo 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no artigo 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

[...]

VIII - combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa;

Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011

[...]

Artigo 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

[...]

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no *caput* deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

[...]

d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;
(sem grifos no original).

Visando evitar a aplicação das sanções decorrentes das infrações que lhe foram imputadas, bem como a fim de preservar e proteger as condições concorrenciais no mercado de “serviços de engenharia, construção e montagem industrial *onshore*” em licitações da Petrobras no Brasil, a Empresa X e o CADE celebraram, em 21/11/2018, TCC objeto do processo administrativo n. 8700.002014/2016-58.²⁶

Dentre as diversas obrigações assumidas no Termo, a Empresa X e seus executivos obrigaram-se a recolher uma contribuição pecuniária total superior a R\$ 50

²⁴ BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. 13 jun. 1994.

²⁵ BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei n. 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. 1º nov. 2011.

²⁶ BRASIL. Tribunal Administrativo de Defesa Econômica. Ata da 134ª sessão ordinária de julgamento. **Diário Oficial União**. 26 nov. 2018; Seção 1.

milhões. Por meio do referido TCC, a Empresa X saneou sua responsabilidade junto ao CADE pelas condutas objeto do processo administrativo n. 08700.002086/2015-14, as quais, como visto, incluíram a prática de cartel em licitações públicas.

Já em relação ao cartel que afetou o mercado de licitações de “edificações de grande porte com características especiais” realizadas pela Petrobras no Brasil, as investigações no âmbito do CADE tiveram início a partir da celebração, em 28/11/2016, do Acordo de Leniência n. 10/2016 entre a SG/CADE e o Ministério Público Federal, e a Empresa X²⁷.

Por meio do referido Acordo de Leniência, celebrado nos termos do artigo 86 da Lei n. 12.529/2011, a Empresa X também saneou sua responsabilidade junto ao CADE pelas condutas objeto do processo administrativo n. 08700.007777/2016-95, que também incluíram a prática de cartel em licitações públicas.

Considerando que a prática de cartel em certames públicos ocorre por meio do ajuste entre concorrentes, visando essencialmente frustrar o caráter competitivo das licitações, tal conduta também atrai a incidência da Lei n. 12.846/2013, denominada Lei Anticorrupção²⁸. Isso porque referida norma prevê, em seu artigo 5º, inciso IV, alínea “a”, que constitui ato lesivo à Administração Pública “[...] frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público.” A mesma conduta atrai ainda a incidência do artigo 88 da Lei n. 8.666/93, que prevê a aplicação de sanções a “[...] empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei, tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação [...]” ou “[...] demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.”

Sem prejuízo da análise aprofundada da base normativa que ampara a atuação da Controladoria-Geral da União, objeto do terceiro capítulo deste trabalho, convém esclarecer desde logo que, no âmbito do Poder Executivo Federal, a CGU detém competência concorrente para instaurar processos administrativos de

²⁷ Cf. informações constantes no processo administrativo n. 08700.007777/2016-95, em tramitação no Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, de acesso público mediante cadastro como usuário externo. (CADE. **SEI. CADE**, [s. d]. Acesso para usuários externos Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=usuario_externo_logar&id_orgao_acesso_externo=0>. Acesso em: 3 out. 2021.)

²⁸ BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. 2 ago. 2013.

responsabilização de pessoas jurídicas para apurar infrações às Leis n. 8.666/93 e n. 12.846/2013, nos termos do artigo 8º, § 2º, desta última Lei.

Por essa razão, a Petrobras, no início de 2015, encaminhou à CGU, para continuidade da apuração, investigação iniciada na estatal para apurar a prática de atos lesivos por parte da Empresa X. No órgão central de controle interno, a apuração encaminhada pela Petrobras foi autuada como Processo Administrativo de Responsabilização – PAR – n. 00190.004168/2015-99²⁹.

O objeto do referido PAR era amplo e apurava não apenas o conluio para fraudar licitações da Petrobras, mas também o suposto pagamento de vantagens indevidas a agentes públicos. Com efeito, a comissão processante do PAR imputou à Empresa X dois grupos de ilícitos, sendo que um deles consistiu exatamente em

[...] direcionar e lotear as licitações promovidas pela PETROBRAS, com conseqüente frustração do caráter competitivo, por meio de conluio empresarial e utilização de prévia combinação de vencedoras, mediante apresentação de propostas de cobertura pelas demais licitantes³⁰.

Para indiciar a Empresa X pela referida infração, a Comissão do PAR elencou fatos ocorridos nas seguintes licitações: sede de Vitória, novo CENPES, CIPD, TABR, TAICIR, a unidade de HCC, as duas unidades de HDT do COMPERJ e o TRBA. Percebe-se, portanto, que todas as licitações em relação às quais a Comissão do PAR da CGU imputou à construtora a prática de conluio também foram apuradas no CADE, nos processos administrativos n. 08700.002086/2015-14 e 08700.007777/2016-95.

Para demonstrar a referida identidade, ao ser intimada para indicar as provas que pretendia produzir, a empresa processada requereu a intimação do CADE para informar à CGU “se existem procedimentos administrativos em curso perante aquele órgão versando sobre a atuação em conjunto com outras empresas fornecedoras da Petrobras, supostamente visando fraudar essas mesmas licitações”. O pedido, contudo, foi indeferido pela comissão processante, ao argumento de que as informações requeridas “já se encontravam, na sua maior parte, juntada aos autos”³¹.

²⁹ Embora o referido processo administrativo tenha tramitado na CGU de forma sigilosa, suas decisões foram publicadas no Diário Oficial da União e sua íntegra encontra-se disponível no processo judicial público n. 1016180-59.2021.4.01.3400, em tramitação na 21ª Vara Federal do Distrito Federal, do qual foram extraídas todas as informações acerca do referido processo administrativo citadas neste trabalho.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*.

Sobreveio então termo de indicição da empresa, sua apresentação de defesa e o relatório final da Comissão Processante do PAR, sugerindo a penalização da Empresa X com a sanção de declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública, “conforme prescrito no artigo 87, inc. IV, da Lei n. 8.666/93 c/c artigo 88, incisos II e III, do mesmo diploma normativo”.

Na sequência, a empresa apresentou alegações finais, aduzindo, dentre outros argumentos, que todos os fatos objeto do PAR estavam abrangidos por termo de leniência firmado com o Ministério Público Federal. Ademais, especificamente quanto às alegações de conluio, a empresa aduziu que os mesmos fatos estavam sendo objeto de apuração no CADE, de modo que não poderia ser processada na CGU pelos mesmos fatos.

O processo então ficou suspenso entre outubro de 2018 e julho de 2019, enquanto a empresa e a CGU negociaram a celebração de acordo que encerrasse o feito, sem sucesso. Depois disso, a Consultoria Jurídica da CGU endossou a proposta de responsabilização da Comissão Processante do PAR, rechaçando todas as alegações da pessoa jurídica processada.

Fundamentado no relatório final de Comissão processante do PAR e no parecer da Consultoria Jurídica, o Ministro da CGU decidiu pela responsabilização da empresa, declarando sua inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública, “por ter atuado em defesa de interesses escusos e particulares, de forma concertada e ardilosa, frustrando, direcionando e fraudando certames licitatórios da Petrobras em conluio com outras empresas”³².

Formulado o pedido de reconsideração pela pessoa jurídica apenada, a Consultoria Jurídica da CGU opinou pelo seu indeferimento, o que foi acatado pelo Ministro da CGU, em decisão publicada no Diário Oficial da União de 4 de fevereiro de 2021.

Do cenário relatado, percebe-se que as mesmas condutas da construtora foram objeto de processos administrativos conduzidos por órgãos distintos da União Federal, para apuração de infrações previstas em leis diferentes, de forma independente e sem atuação coordenada entre as entidades.

³² BRASIL. Controladoria-Geral da União. Gabinete do Ministro. Decisão de 16 de março de 2020. **Diário Oficial União**. 17 mar. 2020; Seção 1.

2 CONCEITOS ESSENCIAIS AO EXAME DO TEMA: COMPREENSÃO E CONTEXTUALIZAÇÃO

Entende-se, sobretudo em um trabalho acadêmico, a relevância de se observar o rigor terminológico. Nesse sentido, o aprofundamento de alguns conceitos é condição imprescindível para embasar a análise jurídica que será realizada nos capítulos seguintes. O presente capítulo destina-se, assim, a alinhar a compreensão de conceitos essenciais para o pleno exame da situação em estudo, a exemplo dos termos “compras governamentais”, “licitações públicas”, “cartel” e “caráter competitivo dos procedimentos licitatórios”, bem como a contextualizá-los criticamente no ambiente institucional brasileiro.

2.1 Compras governamentais e licitações públicas

Compras governamentais ou aquisições públicas compreendem o processo pelo qual o Poder Público adquire bens e serviços destinados a suprir suas necessidades materiais, possibilitando a execução das políticas públicas e, de modo geral, o desempenho de suas atribuições.

Estudo conduzido em conjunto pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e pela Comissão Econômica das Organização das Nações Unidas para a América Latina e o Caribe (CEPAL) aponta que “o mercado de compras públicas corresponde a, aproximadamente, 12% das economias dos países-membros da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), atingindo proporção semelhante no Brasil”³³. Em números absolutos, as compras públicas brasileiras movimentam aproximadamente R\$ 500 bilhões por ano.

Por sua magnitude, é notório que as compras governamentais extrapolam a finalidade de consumo voltada à aquisição de bens e serviços. É comum que o Poder Público se utilize das aquisições governamentais como instrumento, em um cenário ideal, para fomentar setores econômicos específicos, incentivar o mercado interno, gerar empregos, sempre com o propósito de perseguir, concomitantemente com a

³³ CADERNOS Brasil na OCDE. **Compras Públicas**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada e Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe – CEPAL, Nações Unidas. Disponível em: <<https://repositorio.cepal.org/handle/11362/47061>>. Acesso em: 4 de nov. 2021.

satisfação de suas necessidades materiais, o desenvolvimento socioeconômico do país³⁴.

Nos Estados Unidos, o *Buy American Act* determina às agências e aos órgãos públicos a aquisição preferencial de bens e serviços internos nos processos de compras públicas. Contudo, a despeito do seu caráter protecionista, a própria existência dessa norma demonstra que os Estados Unidos utilizam as compras públicas também como instrumento de política pública até hoje³⁵.

Por essas relevantes funções que ultrapassam a finalidade de consumo, as compras públicas ocupam um papel central na governança estratégica, recebendo especial atenção quanto à sua higidez e quanto à eficiência do seu processo. E para concretizar essa preocupação, é que surge e se destaca o instituto da licitação. Sendo prévia à contratação, a licitação permite que, dentre várias propostas oferecidas, seja escolhida a mais vantajosa para o Poder Público, a partir de critérios objetivos e impessoais³⁶.

No Brasil, o processo de licitação é regulado por uma complexa gama de regras positivadas, que vão desde normas constitucionais, passando pelas leis e por atos normativos infralegais editados pelos diversos entes federados e por seus órgãos. Os procedimentos de compra variam conforme a natureza dos bens ou serviços a serem adquiridos, o valor da transação, ou até mesmo de acordo com o órgão ou entidade contratante.

Visando diminuir a complexidade e a burocracia do procedimento, conferindo-lhe maior eficiência, foi promulgada, em 1º abril de 2021, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei n. 14.133/2021³⁷. No entanto, em razão de ainda estar em vigor a Lei anterior (Lei n. 8.666/93) até o ano de 2023³⁸, a nova legislação ainda

³⁴ MOREIRA, Marina Figueiredo; VARGAS, Eduardo Raupp. **O papel das compras governamentais na indução de inovações**. Contabilidade, Gestão e Governança. v. 12, n. 2, p. 35-43, 2009. Disponível em: <https://www.revistacgg.org/contabil/article/view/66/pdf_59>. Acesso em: 15 out. 2021.

³⁵ FOSS, Maria Carolina. **Compras públicas como instrumento de política de inovação orientada à demanda: experiências no Brasil, nos Estados Unidos e na União Europeia**. Tese (Doutorado) – Departamento de Política Científica e Tecnológica (DPCT), Unicamp, Campinas, São Paulo, 2019, p. 175. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/333405385_COMPRAS_PUBLICAS_COMO_INSTRUMENTO_DE_POLITICA_DE_INOVACAO_ORIENTADA_A_DEMANDA_EXPERIENCIAS_NO_BRASIL_NOS_ESTADOS_UNIDOS_E_NA_UNIAO_EUROPEIA>. Acesso em: 15 de out. de 2021.

³⁶ LASO, Enrique Sayagués. **Tratado de derecho administrativo**. Montevideu: Facultad de Derecho Y Ciencias Sociales, Fundacion de Cultura Universitaria, 1991, p. 552.

³⁷ BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União**. 1º abr. 2021.

³⁸ Conforme art. 193, inciso II, da Lei n. 14.133/2021.

não passou a ser amplamente utilizada para regular as aquisições públicas atuais, além de não ser aplicável às empresas estatais, que possuem normativo próprio³⁹. De toda sorte, para os fins deste trabalho, importa tratar dos principais aspectos do procedimento licitatório utilizado pela Petrobras à época dos fatos objeto de estudo.

Enquanto sociedade de economia mista federal exploradora de atividade econômica, a Petrobras sujeita-se a regramento próprio de licitação e contratação de bens e serviços, nos termos do artigo 173, § 1º, da Constituição Federal. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal entende que, mesmo antes da inclusão da referida previsão no texto constitucional, que ocorreu com a edição da Emenda Constitucional n. 19/98⁴⁰, a Petrobras não se sujeitava ao estatuto geral de licitações e contratos, em razão da necessidade de um procedimento simplificado que fosse compatível com sua atuação no mercado competitivo.

No ponto, pertinentes são as conclusões a seguir, extraídas do voto do Ministro Dias Toffoli, acompanhado pela maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário n. 441.280, oriundo do Rio Grande do Sul, ocorrido em 8 de março de 2021⁴¹:

Portanto, reputo ser inaplicável às sociedades de economia mista que explorem atividade econômica própria das empresas privadas, concorrendo, portanto, no mercado, o regime estreito de licitação estabelecido na Lei n. 8.666/93, por entender não ser possível conciliar tal regime com a agilidade própria desse tipo de mercado que, como sabido, é movido por intensa concorrência entre as empresas que nele atuam.

Daí a perspectiva de se reconhecer, com a Emenda n. 19/98, a necessidade de essas empresas disporem de um regime licitatório diferenciado, consequência previsível da redação original do § 1º do artigo 173 da Constituição, o qual já adotava, para essas empresas, na prática de atos de comércio, o regime do direito privado.

Não se diga, também, que essa interpretação só se tornou possível com a promulgação da Emenda Constitucional n. 9/95, ou mesmo da Emenda Constitucional n. 19/98.

Pelo contrário, a compreensão dessa realidade, ou seja, de que tais empresas que assim atuam no mercado se sujeitam ao regime jurídico de

³⁹ Desde o fim de junho de 2018, as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias passaram a estar obrigatoriamente vinculadas à Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016, denominada Lei das Estatais, que prevê procedimento licitatório próprio a ser utilizado pelas referidas companhias.

⁴⁰ BRASIL. Congresso Nacional. Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. 5 jun. 1998.

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 441.280. Recorrente: Frota de Petroleiros do Sul Ltda - PETROSUL. Recorrida: Petróleo Brasileiro S.A – Petrobras. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 8 de março 2021. **Diário de Justiça Eletrônico** de 24/05/2021 – Ata n. 87/2021. DJE n. 98, divulgado em 21/05/2021.

direito privado, é inerente ao sistema criado pela Constituição Federal, o qual atribui à sociedade de economia mista a exploração de atividades econômicas (comercialização de bens ou de prestação de serviços) e o mesmo regime das empresas de direito privado.

Não faz nenhum sentido unir esse regime àquele outro em que se exige que as entidades públicas sigam o padrão de contratação adequado à prestação de serviços públicos, os quais não se submetem ao regime da livre concorrência.

Tal interpretação, que afasta a aplicação do artigo 1º, parágrafo único, da Lei n. 8.666/93, é uma consequência direta da própria natureza constitucional dessa sociedade, tal como foi posto pelo constituinte originário e reiterado pelo constituinte derivado quando esse editou a Emenda Constitucional n. 19/98.

Portanto, com o reconhecimento da constitucionalidade de rito licitatório específico para as estatais exploradoras de atividade econômica, as contratações objeto de análise neste trabalho foram conduzidas pela Petrobras, sem maiores questionamentos, com base no “Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A.”, aprovado pelo Decreto n. 2.745, de 24 de agosto de 1998⁴², conforme autorizado pelo artigo 67 da Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997⁴³, vigente à época.

A norma contemplava diversas modalidades licitatórias, com diferentes graus de complexidade, à semelhança do que previa o estatuto geral de licitações, a saber: concorrência, aberta a qualquer interessado; tomada de preços, restrita a interessados previamente cadastrados e classificados na Petrobras; convite, restrita aos convidados pela Petrobras, em número mínimo de três, cadastrados ou não; concurso, destinado à escolha de trabalhos técnicos ou artísticos; e leilão, exclusivo para alienações.

Contudo, diferentemente da norma geral de licitações, o regulamento da Petrobras não previa limite máximo de valor da licitação para a utilização da modalidade convite, notadamente mais simplificada que a concorrência e a tomada de preços. Tal particularidade permitiu à estatal adotar o referido procedimento inclusive para licitações vultosas.

⁴² BRASIL. Congresso Nacional. Decreto n. 2.745, de 24 de agosto de 1998. Aprova o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRAS previsto no art. 67 da Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997. **Diário Oficial da União**. 25 ago. 1998.

⁴³ BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. 7 ago. 1997.

O normativo previa apenas que, “a cada novo convite, realizado para objeto idêntico ou assemelhado, a convocação será estendida a, pelo menos, mais uma firma, dentre as cadastradas e classificadas no ramo pertinente”⁴⁴. Por outro lado, a norma não permitia a participação voluntária no certame de eventuais interessados não previamente convidados.

Além disso, conquanto fosse possível convidar para o certame qualquer empresa, ainda que sem relacionamento comercial prévio com a estatal, era comum serem convidadas apenas empresas previamente habilitadas e cadastradas no Cadastro de Fornecedores de Bens e Serviços da Petrobras, previsto no capítulo IV do referido regulamento.

2.2 Cartel e o caráter competitivo de procedimentos licitatórios

Os convites conduzidos pela Petrobras e analisados neste trabalho envolviam, em regra, grande complexidade, elevados interesses financeiros em disputa, além de contarem com uma necessária interação entre empregados da companhia petroleira e as empresas licitantes. Tais características são elencadas pela OCDE como fatores que elevam sobremaneira o risco de integridade e de violações de conduta em compras públicas⁴⁵.

Nos convites descritos, tais riscos se concretizaram com a ocorrência de diversos desvios de conduta que foram inicialmente revelados no âmbito da Operação Lava Jato. Para os fins deste estudo, contudo, cabe destacar o principal desvio de conduta destinado a frustrar o caráter competitivo dos procedimentos licitatórios: o cartel.

O CADE assim define o cartel e os seus efetivos nocivos às aquisições públicas:

⁴⁴ BRASIL. Congresso Nacional. Decreto n. 2.745, de 24 de agosto de 1998. Aprova o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRAS previsto no art. 67 da Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997. **Diário Oficial da União**. 25 ago. 1998.

⁴⁵ OCDE. **Preventing corruption in Public Procurement**. 2016. “Public procurement is one of the government activities most vulnerable to corruption. In addition to the volume of transactions and the financial interests at stake, corruption risks are exacerbated by the complexity of the process, the close interaction between public officials and businesses, and the multitude of stakeholders.” Disponível em: <<http://www.oecd.org/gov/ethics/Corruption-Public-Procurement-Brochure.pdf>>. Acesso em: 4 nov. 2021.

O cartel em licitação consiste no conluio entre agentes econômicos com o objetivo de eliminar ou restringir a concorrência dos processos de contratação de bens e serviços pela Administração Pública.

Essa conduta altera a situação normal e esperada de efetiva concorrência do certame, imputando ao Estado condições menos favoráveis na contratação de bens e serviços, tais como preços mais elevados, produtos e serviços de qualidade inferior ou aquisição de quantidade menor do que a desejada.

Em outras palavras, o cartel em licitação mina os esforços da Administração Pública em empregar de forma eficiente e eficaz seus recursos, com vistas a prover os bens e serviços necessários à população e promover o desenvolvimento do país, sendo, portanto, prejudicial a toda a sociedade. [...]

Para que o Estado empregue seus recursos de maneira apropriada, seus contratos precisam ser feitos com base na melhor proposta para a Administração, considerando, dentre outras coisas, qualidade e preço do bem ou serviço. O certame deve respeitar elevados padrões de isonomia, qualidade e eficiência, sem favorecer qualquer dos participantes. Assim, é de fundamental importância que as licitações sejam transparentes e econômicas. Esses princípios estão intimamente relacionados à concorrência em uma licitação. Licitações com regras transparentes e amplamente conhecidas facilitam a participação do maior número de licitantes, aumentando a competitividade e, conseqüentemente, resultando em propostas mais vantajosas. Para o Estado, portanto, a efetiva competição entre as empresas nas licitações que promove é a verdadeira “alma do negócio”. [...]

Segundo a OCDE, cartéis geram um sobrepreço estimado entre 10 e 20%, se comparado ao preço em um mercado competitivo, causando perdas anuais de centenas de bilhões de reais aos consumidores. Em termos de valores, alguns dos mais relevantes casos de colusão encontram-se precisamente em contratações públicas. Exemplo disso no Brasil é o Cartel de Portas de Segurança Giratórias (Processo Administrativo n. 08012.009611/2008-51), no qual, de acordo com estudo do Departamento de Estudos Econômicos do CADE, a colusão gerou sobrepreço de 25%.⁴⁶

Conforme deixa claro a definição transcrita, o cartel pressupõe a prática de conluio entre *concorrentes*. Quando o ajuste ou atuação concertada se dá entre empresas ligadas ou pertencentes a um mesmo grupo econômico, embora se esteja diante de fraude à licitação, não há como se falar na prática de cartel. Além disso, embora seja comum a prática de sobrepreço como uma consequência da atuação cartelizada dos concorrentes, essa não é uma característica necessária para a configuração do ilícito concorrencial, bastando a ocorrência da combinação entre os concorrentes para a sua consumação.

⁴⁶ CADE. **Guia de Combate a cartéis em licitação**, 2019. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/Not%C3%ADcias/2019/Cade%20publica%20Guia%20de%20Combate%20a%20Cart%C3%A9is%20em%20Licita%C3%A7%C3%A3o__guia-de-combate-a-carteis-em-licitacao-versao-final-1.pdf>. Acesso em: 24 dez. 2021.

Nesse particular, uma vez que o CADE identifique a prática de cartel, a amplitude das matérias de defesa e as provas que o particular pode requerer se tornam bastante limitadas. Isso porque o CADE não admite a alegação de possíveis efeitos positivos advindos da cartelização, havendo uma presunção apriorística de prejuízo à ordem econômica decorrente da prática. Em outras condutas fiscalizadas, a exemplo dos atos de concentração, é possível advogar a existência de efeitos benéficos que superariam os possíveis prejuízos à concorrência.

Tratando do cartel especificamente em contratações públicas, a OCDE explica as formas mais comuns de atuação em conluio, correspondentes a apresentação de propostas de cobertura, supressão de propostas, apresentação de propostas rotativas e divisão de mercado⁴⁷:

Propostas Fictícias ou de Cobertura. As propostas fictícias, ou de cobertura (também designadas como complementares, de cortesia, figurativas ou simbólicas) são a forma mais frequente de implementação dos esquemas de conluio entre concorrentes. Ocorre quando indivíduos ou empresas combinam submeter propostas que envolvem, pelo menos, um dos seguintes comportamentos: (1) Um dos concorrentes aceita apresentar uma proposta mais elevada do que a proposta do candidato escolhido, (2) Um concorrente apresenta uma proposta que já sabe de antemão que é demasiado elevada para ser aceita, ou (3) Um concorrente apresenta uma proposta que contém condições específicas que sabe de antemão que serão inaceitáveis para o comprador. As propostas fictícias são concebidas para dar a aparência de uma concorrência genuína entre os licitantes.

Supressão de propostas. Os esquemas de supressão de propostas envolvem acordos entre os concorrentes nos quais uma ou mais empresas estipulam abster-se de concorrer ou retiram uma proposta previamente apresentada para que a proposta do concorrente escolhido seja aceita. Fundamentalmente, a supressão de propostas implica que uma empresa não apresenta uma proposta para apreciação final.

Propostas Rotativas ou Rodízio. Nos esquemas de propostas rotativas (ou rodízio), as empresas conspiradoras continuam a concorrer, mas combinam apresentar alternadamente a proposta vencedora (i.e. a proposta de valor mais baixo). A forma como os acordos de propostas rotativas são implementados pode variar. Por exemplo, os conspiradores podem decidir atribuir aproximadamente os mesmos valores monetários de um determinado grupo de contratos a cada empresa ou atribuir a cada uma valores que correspondam ao seu respectivo tamanho.

Divisão do Mercado. Os concorrentes definem os contornos do mercado e acordam em não concorrer para determinados clientes ou em áreas geográficas específicas. As empresas concorrentes podem, por exemplo, atribuir clientes específicos ou tipos de clientes a diferentes empresas, para que os demais concorrentes não apresentem propostas (ou apresentem apenas uma proposta fictícia) para contratos ofertados por essas classes de

⁴⁷ OCDE. **Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas**, 2009. Disponível em: <<http://www.comprasnet.gov.br/banner/seguro/diretrizes-ocde.pdf>> Acesso em: 5 nov. 2021.

potenciais clientes. Em troca, o concorrente não apresenta propostas competitivas a um grupo específico de clientes atribuído a outras empresas integrantes do cartel.

Nos cartéis descritos no capítulo anterior, foi possível verificar a intensa utilização de propostas de cobertura, sabidamente superiores à proposta do licitante ou do consórcio escolhido para vencer o certame, como forma de conferir aparente competitividade entre as empresas. Além disso, os integrantes do conluio também lançaram mão da supressão deliberada de propostas e das propostas rotativas, alternando-se entre os escolhidos para vencer cada um dos certames.

Por fim, embora não tenha havido a divisão de mercado por cliente – que era único – ou por áreas geográficas, tal como descrito pela OCDE acima, as licitações lançadas pela Petrobras nos mercados de “edificações de grande porte com características especiais” e “serviços de engenharia, construção e montagem industrial *onshore*” foram previamente divididas entre os integrantes dos cartéis, que definiram quem seria vencedor de cada certame deflagrado pela estatal.

Para viabilizar a divisão de mercado e o rodízio de vencedores, empresas cartelizadas se utilizaram de um instrumento lícito: a previsão da possibilidade de participação, nas licitações, de empresas consorciadas. O item 4.10 do “Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A.”, que regeu os certames em estudo, dispunha que, desde que previsto no ato de convocação do certame, “admitir-se-á a inscrição de pessoas físicas ou jurídicas reunidas em consórcio, sendo, porém, vedado a um consorciado, na mesma licitação, também concorrer isoladamente ou por intermédio de outro consórcio”⁴⁸.

Nos casos descritos, a formação de consórcios facilitou os ajustes ilícitos justamente por possibilitar que mais de uma empresa fosse contemplada em cada licitação. Assim, foram acomodados os interesses das diversas empreiteiras, diante da insuficiência de licitações para contemplar isoladamente cada uma das integrantes dos cartéis.

Tal circunstância não quer dizer, contudo, que a possibilidade de constituição de consórcios em licitações públicas seja invariavelmente um instrumento prejudicial

⁴⁸ BRASIL. Congresso Nacional. Decreto n. 2.745, de 24 de agosto de 1998. Aprova o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRAS previsto no art. 67 da Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997. **Diário Oficial da União**. 25 ago. 1998.

ao caráter competitivo da licitação. Em verdade, a autorização de constituição de consórcios somente pode ser considerada prejudicial ao certame quando concebida sem critério, permitindo indistintamente a constituição de consórcios por empresas que teriam capacidade econômica e técnica para, de forma isolada, entregar o bem ou prestar o serviço objeto da licitação.

Contudo, mesmo nos casos em que a autorização de constituição de consórcios é prevista sem critério, reduzindo a competitividade da licitação, tal prejuízo não pode ser imputado ao particular, uma vez que a formação de consórcio é, *prima facie*, um instrumento lícito, sobretudo quando há previsão editalícia nesse sentido. Diferente é a situação de utilização fraudulenta do consórcio para acomodar conluios e ajustes escusos, o que, por óbvio, constitui conduta invariavelmente ilícita.

Por outro lado, a autorização de participação de pessoas jurídicas reunidas em consórcio, quando efetivamente necessária, possibilita a participação de empresas que, isoladamente, não teriam condições de competir naquele certame. Nesses casos, indiscutivelmente, a previsão do consórcio está a aumentar a competitividade da licitação.

Em documento que consolidou discussões de diversas autoridades da concorrência sobre compras públicas, a OCDE bem esclarece o duplice efeito que a previsão da possibilidade de participação de consórcios pode gerar nas licitações públicas⁴⁹:

Permitir a participação de empresas em conjunto na licitação (*joint bidding*), pode ter inúmeros efeitos no resultado da atividade licitatórios, alguns deles opostos:

A apresentação de propostas em consórcio incrementa a competitividade se permite que empresas incapazes de fornecer produtos complementares se juntem com outras empresas para fornecer tais produtos. Esse é denominado efeito da informação das propostas em consórcio e favorece a competitividade na medida em que promove uma disputa mais agressiva devido ao compartilhamento de informações.

Por outro lado, quando empresas que competem entre si formulam proposta em consórcio, isso usualmente reduz a competitividade, uma vez que o consórcio reduz o número de participantes. (tradução nossa)

⁴⁹ OCDE. **Public procurement** – the role of competition authorities in promoting competition. Paris, 2007, p. 34. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/cartels/39891049.pdf>>. Acesso em: 5 nov. 2021.

Por sua vez, identificando os fatores que favoreceram o desvirtuamento do instituto do consórcio no caso do cartel que atingiu o mercado de “edificações de grande porte com características especiais”, o CADE assim se manifestou⁵⁰:

A implementação de tais estratégias, via formação de consórcios, é facilitada em mercados nos quais as empresas têm contatos frequentes, como no caso em tela: as empresas sob investigação, via de regra, participavam dos mesmos certames, o que criava oportunidades para que eventuais negociações fossem abrangentes em termos territoriais (possíveis acordos para licitações conduzidas por órgãos diferentes) e temporais (possíveis acordos para diversas licitações ao longo do tempo, permitindo estabelecer eventuais compensações e punições).

Como se vê, entidades oficiais, nacionais e internacionais, consideram que o cartel, em suas diversas formas de atuação, afeta de forma grave e direta o caráter competitivo da licitação, que, por sua vez, consiste na própria essência do procedimento licitatório. A licitação somente terá lugar onde houver competição efetiva, a garantir que a proposta vencedora seja realmente vantajosa para a Administração. Não havendo disputa, a licitação não só é desnecessária, como impossível do ponto de vista lógico.

Para os fins deste trabalho, contudo, cabe destacar que, embora o cartel sempre vise à frustração do caráter competitivo da licitação, não se trata do único ilícito que poderá contribuir para que isso aconteça. Isso porque o caráter competitivo da licitação pode igualmente ser minado ou mesmo frustrado por diversos outros institutos distintos do cartel.

Nesse sentido, ao dispor sobre a licitação pública, a Constituição Federal, no seu artigo 27, inciso XXI, expressamente prescreve que o processo de licitação “somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”⁵¹. Trata-se de norma protetiva do caráter competitivo da licitação que visa evitar não o cartel, mas sim o afastamento de licitantes mediante a desnecessária restrição da competição, por meio de cláusulas que contenham exigências excessivas e desnecessárias à consecução do objeto licitado.

⁵⁰ Item 33 da versão pública do Anexo da Nota Técnica n. 64/2019 /CGAA7/SGA2/SG/CADE, elaborada pela Superintendência-Geral do CADE e juntada ao processo administrativo n. 08700.007777/2016-95. Acesso para usuários externos. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=usuario_externo_logar&id_orgao_acesso_externo=0>. Acesso em: 3 out. de 2021;

⁵¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1998**, de 5 de outubro de 1988.

Sobre o ponto, o Tribunal de Contas da União já considerou diversas vezes serem “ilegais e atentatórias ao interesse público as exigências editalícias que restrinjam a ampla participação de interessados”⁵². Além de restringirem o caráter competitivo da licitação, as especificações excessivas e desnecessárias podem resultar inclusive em direcionamento da licitação a determinado fornecedor ou licitante, o que contraria não só a competitividade, mas também os princípios da isonomia e da moralidade. Nesse sentido, Marçal Justen Filho ressalva que “[...] as avaliações da Administração têm de ser rigorosamente objetivas. Não podem ser influenciadas por preferências subjetivas, fundadas em critérios opinativos. A Lei volta a reprovar escolhas fundadas na pura e simples preferência por marcas”⁵³.

Da mesma forma, a fraude licitatória caracterizada pela participação de licitantes que possuam vínculos societários entre si e participem de forma simulada do certame também afeta o caráter competitivo da licitação, embora não configure cartel, uma vez que não se trata de concorrentes efetivos. Analisando esse tipo de violação da competitividade em licitação na qual as três empresas convidadas possuíam sócios em comum, o Tribunal de Contas da União já manifestou o entendimento de que

[...]Esse quadro fático compromete a competitividade do certame, porquanto não estimula a real disputa entre as participantes tampouco assegura o sigilo das propostas então ofertadas.

Quando ocorre a coincidência de sócios entre empresas licitantes, o que se observa é a prevalência do interesse do grupo societário como um todo em detrimento dos interesses isolados de cada participante, de tal forma que não há mais efetiva disputa entre essas empresas⁵⁴.

Contudo, enquanto os últimos exemplos acima são combatidos especificamente pelas normas voltadas à proteção da Administração Pública, de sua probidade e do erário, o cartel em licitações públicas atrai a incidência de dois sistemas normativos distintos. Além das regras protetivas da Administração, o conluio que afeta certames públicos também é objeto de incidência simultânea do sistema normativo de defesa da concorrência. As bases normativas que regem a proteção da

⁵² BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 6.198/2009. Primeira Câmara. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 05/11/2009. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 nov. 2009.

⁵³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 10ª. ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 273.

⁵⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 2.502/2010**. Plenário. Relator: Ministro Marcos Bemquerer. Sessão de 22/09/2010.

concorrência e da Administração Pública serão objeto de análise no próximo capítulo deste trabalho, a fim de se identificar o exato ponto de sobreposição normativa entre os dois sistemas.

3 ARCABOUÇO NORMATIVO INCIDENTE NA PROTEÇÃO DO CARÁTER COMPETITIVO DE LICITAÇÕES

O caráter competitivo de licitações públicas é um bem jurídico⁵⁵ complexo que envolve dois institutos distintos: a defesa da concorrência, própria da ordem econômica, e a lisura dos certames públicos, própria da Administração Pública. Tais institutos atraem a incidência de sistemas normativos específicos, que serão objeto de exame neste capítulo.

3.1 Normas voltadas à defesa da concorrência

Os limites para a intervenção do Estado na economia⁵⁶ constam do Título da Constituição destinado a disciplinar a Ordem Econômica. Nele, erigiu o Texto de 1988, de forma inédita, a livre concorrência a princípio constitucional, elencando-a no artigo 170, inciso IV. Ao lado da livre iniciativa e da propriedade privada (artigo 170, *caput* e inciso II, da Constituição), a livre concorrência compõe o núcleo definidor da opção constitucional pelo sistema capitalista, caracterizado pela apropriação privada dos meios de produção e pela iniciativa privada.

José Afonso da Silva ensina que a opção constitucional pelo sistema capitalista não resta desconfigurada nem mesmo pela intervenção e atuação do Estado na economia. Isso porque a atuação estatal na economia não deixa de legitimar a apropriação dos meios de produção por uma determinada classe, ainda que pelo próprio Estado, em relação às atividades econômicas submetidas ao regime de monopólio⁵⁷.

Além disso, no regime erigido pela Constituição, a intervenção do Estado na economia é medida de exceção, somente tendo lugar nas situações excepcionais em que há necessidade de se garantir a proteção de determinados direitos e garantias

⁵⁵ Francisco de Assis Toledo define bens jurídicos como “valores éticos sociais que o Direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob a sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas”. (TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. Saraiva: São Paulo, 1994, p. 16).

⁵⁶ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14ª ed. Malheiros: 2010, p. 62.

⁵⁷ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 43ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 814.

individuais também constitucionalmente consagrados, ou mesmo promover o que se convencionou chamar de justiça social⁵⁸.

Para concretizar a livre concorrência, o artigo 173, § 4º, da Constituição Federal de 1988 dispôs que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (sem grifos no original). Também impondo ao legislador infraconstitucional a função de editar normas que confirmam efetiva proteção à concorrência, o artigo 173, § 5º, da Constituição, ao tratar da responsabilização da pessoa jurídica, prescreve que

[...] a lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

No artigo 174, a Constituição atribuiu ao Estado, enquanto agente normativo e regulador da atividade econômica, a função de fiscalização da referida atividade, cabendo à Lei disciplinar a forma de exercício desse mister. Ratificando o caráter excepcional da intervenção do Estado na Economia, recentemente foi editada a Lei de Liberdade Econômica, que traz como um de seus princípios norteadores “a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas”⁵⁹. Além disso, a referida Lei impacta todas as demais normas que regulam atividades econômicas ao prever que “interpretam-se em favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos, à propriedade e a todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas”⁶⁰.

A despeito do impacto produzido pela citada norma, a principal Lei que disciplina os preceitos constitucionais citados que tratam da defesa da concorrência continua sendo a Lei n. 12.529/2011 que, dentre outras providências, estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica.

⁵⁸ GRAU, Eros Roberto. *Op. Cit*, p. 62.

⁵⁹ BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. **13.874, de 20 de setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei n. 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada n. 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei n. 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei n. 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Diário Oficial da União. 20 set. 2019.

⁶⁰ *Ibidem*.

Já no artigo primeiro da referida lei, a norma anuncia que o SBDC será orientado pelos ditames constitucionais “de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico” (sem grifos no original). Concretizando esse viés, a primeira infração da ordem econômica tipificada na Lei consiste justamente em “limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa”.⁶¹

Avançando para o objeto de estudo neste trabalho, a Lei tipifica o cartel como infração à ordem econômica no artigo 36, § 3º, inciso I. Dentre os diversos formatos de conluio previstos na norma (divisão de mercado, combinação de preços, limitação de produção e outros), merece destaque a alínea “d” do referido inciso I do artigo 36, que descreve precisamente a conduta de “acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma, preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública” (sem grifos no original).⁶²

Esse dispositivo constitui o verdadeiro autorizador da incidência do direito concorrencial sancionador a ilícitos praticados por particulares no âmbito de licitações públicas. Isso porque, embora o caráter competitivo das licitações seja objeto de interesse do direito antitruste, a licitação pública possui inúmeras outras características e requisitos que não interessam à defesa da concorrência. É dizer, ao direito concorrencial apenas importa o aspecto da efetiva concorrência nos certames públicos, avaliada pelo grau de independência dos licitantes e demais agentes interessados, ainda que indiretamente, no certame.

Por outro lado, a existência de cartel em mercados privados não atrai a incidência conjunta dos sistemas normativos analisados neste capítulo, pois não há lesão direta à Administração Pública e, conseqüentemente, incidência do direito administrativo sancionador voltado à tutela da própria Administração Pública. Da mesma forma, ocorrendo ilícitos em licitações que não representem restrições à concorrência, não haverá incidência do direito concorrencial sancionador. O gráfico abaixo bem ilustra o cenário:

⁶¹ BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei n. 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. 1º nov. 2011.

⁶² *Ibidem*.



Além das repercussões administrativas que podem atingir tanto pessoas jurídicas quanto pessoas físicas, a prática de cartel gera ainda, para as pessoas físicas, repercussões criminais. Enquanto o artigo 4º da Lei n. 8.137/90 tipifica a prática do crime de cartel nos seus incisos I e II⁶³, cominando pena de dois a cinco anos de reclusão, além de multa, o artigo 337-F do Código Penal criminaliza a conduta de fraudar ou frustrar o caráter competitivo do processo licitatório, com o intuito de obter vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação. Para esse delito, a pena cominada é de reclusão de quatro a oito anos e multa.

Veja-se, portanto, que, para as pessoas físicas, a prática de cartel em licitações públicas pode sujeitá-las a três sistemas sancionatórios distintos, conduzidos por autoridades diferentes, o que agrava sobremaneira a segurança jurídica da persecução estatal. Contudo, em razão do recorte definido para este trabalho, que é restrito às consequências administrativas do referido ilícito para as pessoas jurídicas, não serão aprofundadas as repercussões criminais da prática de cartel em licitações públicas.

⁶³ BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. 28 dez. 1990.

No âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, o cartel tem sido considerado a mais grave infração prevista na legislação⁶⁴, podendo sujeitar o infrator às seguintes penalidades: multa, publicação do extrato da decisão condenatória em jornal de grande circulação, proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e de participar de licitações públicas, cisão compulsória, venda de ativos, transferência compulsória de controle societário, recomendação para que seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual, proibição de concessão de parcelamento de tributos, proibição de exercer o comércio, dentre outras.

Para evitar a aplicação das referidas sanções ou reduzi-las, a lei antitruste prevê dois institutos de solução negocial da pretensão sancionatória: o programa de leniência e o compromisso de cessação. O programa de leniência consiste, a um só tempo, em um método de investigação e uma negociação entre Estado e o particular. Sobre o programa, pertinentes são os esclarecimentos contidos no Guia sobre o Programa de Leniência Antitruste do CADE⁶⁵:

O Programa de Leniência permite que empresas e/ou pessoas físicas envolvidas ou que estiveram envolvidas em um cartel ou em outra prática anticoncorrencial coletiva obtenham benefícios na esfera administrativa e criminal por meio da celebração de acordo de leniência com o CADE, comprometendo-se a cessar a conduta ilegal, a denunciar e confessar sua participação no ilícito, bem como a cooperar com as investigações apresentando informações e documentos relevantes à investigação. Na esfera administrativa, desde que colaborem com a investigação e o resultado desta colaboração ocasione a identificação dos demais envolvidos na infração e a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação, o signatário do acordo de leniência será beneficiado com a extinção da ação punitiva da administração pública (se a Superintendência-Geral do CADE não tiver conhecimento prévio da infração noticiada) ou a redução de um a dois terços das penas administrativas aplicáveis (se a SG/CADE já tiver conhecimento prévio da infração notificada) (artigo 86, § 4º da Lei n. 12.529/2011 c/c artigo 208, I e II do RICADE).

⁶⁴ Os cartéis em licitação, como já explicado, têm natureza de acordos entre concorrentes que têm por objetivo restringir ou neutralizar a competição entre eles no âmbito do procedimento licitatório. No limite, **trata-se da mais grave espécie de atentado à ordem econômica**, em que os agentes são movidos pela racionalidade de que os concorrentes possuem um objetivo em comum, enquanto o consumidor (além de, no caso da licitação, o próprio poder público) sai prejudicado. (CADE. **Guia de Combate a cartéis em licitação**, 2019.) Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/Not%C3%ADcias/2019/Cade%20publica%20Guia%20de%20Combate%20a%20Cart%C3%A9is%20em%20Licita%C3%A7%C3%A3o__guia-de-combate-a-carteis-em-licitacao-versao-final-1.pdf>. Acesso em: 24 dez. 2021.

⁶⁵ CADE. **Guia sobre o Programa de Leniência Antitruste do CADE**, 2016, atualizado em 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/programa-de-leniencia/guia-do-programa>>. Acesso em: 5 dez. 2021.

A legislação, contudo, prevê uma série de requisitos para que o particular infrator se qualifique para a celebração de um acordo de leniência. Além de confessar a participação no ilícito, cessando a atuação irregular e cooperando com as investigações de modo a permitir a identificação dos demais envolvidos e a coleta de evidências do ato infracional, é necessário que o interessado seja o primeiro a se qualificar para a celebração de acordo de leniência em relação à infração noticiada. Além disso, a lei exige ainda que, no momento da propositura do acordo, a Superintendência-Geral do CADE não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação do interessado.

Uma vez celebrado o acordo e cumpridas as obrigações respectivas, poderá advir a extinção da ação punitiva ou a redução das penalidades aplicáveis, a depender do conhecimento prévio, pela Superintendência-Geral do CADE, da infração noticiada, conforme esclarecido no excerto acima transcrito.

Na impossibilidade de pactuação do acordo de leniência, remanesce ao infrator a alternativa de pleitear a celebração de Termo de Compromisso de Cessação de Prática, sempre que, a juízo discricionário do CADE, o referido negócio jurídico atender aos interesses protegidos por lei (artigo 85 da Lei n. 12.529/2011). O CADE assim define o TCC:

Previsto no artigo 85 da Lei n. 12.529/2011, o Termo de Compromisso de Cessação (“TCC”) consiste em uma modalidade de acordo celebrado entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) e as empresas e/ou pessoas físicas investigadas por infrações à ordem econômica a partir da qual a autoridade antitruste anui em suspender o prosseguimento das investigações em relação ao(s) Compromissário(s) de TCC enquanto estiverem sendo cumpridos os termos do compromisso, ao passo que o(s) Compromissário(s) se compromete(m) às obrigações por ele expressamente previstas.⁶⁶

À semelhança do programa de leniência, para a celebração do TCC, em casos envolvendo apuração de conluio, é necessário que o interessado confesse a participação no ilícito⁶⁷, comprometendo-se a cessar integralmente sua atuação irregular. Não há necessidade, contudo, de o interessado ser o primeiro a pleitear a

⁶⁶ CADE. **Guia:** Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel, 2017. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-tcc-atualizado-11-09-17.pdf>>. Acesso em: 5 dez. 2021.

⁶⁷ Nesse sentido, o art. 185 do Regimento Interno do CADE dispõe: “tratando-se de investigação de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes, o compromisso de cessação deverá, necessariamente, conter reconhecimento de participação na conduta investigada por parte do compromissário”. **Regimento Interno do CADE.** Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/regimento-interno/RICADE%20atual..pdf>>. Acesso em 12 jan. 2022.

celebração de TCC em relação à infração noticiada. A celebração do TCC suspende o processo administrativo respectivo enquanto o termo estiver sendo cumprido. Uma vez cumpridas todas as obrigações fixadas, a apuração da infração será arquivada em relação ao compromissário.

Conforme relatado no primeiro capítulo, a Empresa X celebrou TCC com o CADE relativamente à imputação da prática de cartel no mercado de “serviços de engenharia, construção e montagem industrial *onshore*” em licitações da Petrobras no Brasil, apurada no processo administrativo n. 08700.002086/2015-14, evitando a aplicação contenciosa das sanções previstas na Lei n. 12.529/2011.

Já em relação ao cartel que afetou o mercado de licitações de “edificações de grande porte com características especiais” realizadas pela Petrobras no Brasil, as investigações no âmbito do CADE tiveram início a partir da celebração, em 28/11/2016, do Acordo de Leniência n° 10/2016 entre a SG/CADE e o Ministério Público Federal, e a Empresa X⁶⁸. Por meio do referido acordo de leniência, a construtora saneou sua responsabilidade junto ao CADE pelas referidas condutas ilícitas.

3.2 Normas voltadas à higidez das licitações públicas

O artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, estipula que a contratação de obras, compras, serviços e alienações deve ocorrer, em regra, por meio de licitação pública. O próprio texto constitucional já elenca requisitos do procedimento licitatório, que deve assegurar igualdade de condições a todos os concorrentes, bem como somente deve prever exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Referido comando constitucional revela a intenção do constituinte de conceber a licitação como um processo competitivo, nos quais os licitantes atuam em igualdade de condições, sujeitos apenas aos pré-requisitos indispensáveis ao cumprimento do objeto licitado.

Ainda no plano constitucional, há previsão expressa da responsabilização por atos lesivos à Administração Pública, aí incluídos os ilícitos praticados em licitações. Nesse

⁶⁸ Cf. informações constantes no processo administrativo n. 08700.007777/2016-95, em tramitação no Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, de acesso público mediante cadastro como usuário externo. (CADE. **SEI. CADE**, [s. d]. Acesso a usuários externos. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=usuario_externo_logar&id_orgao_acesso_externo=0>. Acesso em: 3 out. 2021.)

sentido, o § 4º, do artigo 37, da Carta⁶⁹, prevê que os atos de improbidade administrativa “importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

Tratando dos órgãos competentes para apuração dos atos lesivos à Administração, o artigo 71, inciso II, da Constituição, atribui ao Tribunal de Contas da União competência para julgar “as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público”.⁷⁰ Já no artigo 74, a Constituição estrutura o sistema de controle interno de cada Poder, aos quais compete, além de apoiar o controle externo no exercício da sua função institucional, “comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal” (sem grifos no original).⁷¹

No plano infraconstitucional, diversas são as normas que regem o procedimento licitatório e dispõem sobre os ilícitos contra a Administração Pública, aí incluídos aqueles ocorridos no âmbito de licitações, bem como disciplinam os órgãos e autoridades competentes para processar e julgar tais infrações. Em razão do recorte deste trabalho, serão analisadas as normas de responsabilização administrativa que atribuem à Controladoria-Geral da União competência para processar e julgar tais infrações, ainda que supletivamente.

Um dos mais importantes diplomas normativos voltados à apuração e repressão de ilícitos contra a Administração Pública é a Lei Anticorrupção, que trata especificamente da responsabilização objetiva, administrativa e civil, de pessoas jurídicas que pratiquem atos lesivos à Administração Pública nacional ou estrangeira.

A LAC (Lei Anticorrupção) foi editada no contexto de aprimoramento do combate à corrupção no Brasil e no mundo. No plano internacional, a LAC resultou de uma série de compromissos de combate à corrupção assumidos pelo Brasil. Dentre os principais compromissos firmados, destacam-se a Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais

⁶⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1998**, de 5 de outubro de 1988.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ *Ibidem*.

Internacionais, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção e a Convenção Interamericana contra a Corrupção⁷².

A OCDE também já havia recomendado ao Brasil a edição de diploma legal que norteasse o processo de responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas, à semelhança do *Foreign Corrupt Practices Act* – FCPA, editado pelos Estados Unidos em 1997⁷³. Jacoby e Karina Amorim explicam que o FCPA introduziu, no sistema jurídico americano, a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica por atos de corrupção praticados no seu interesse, independentemente da apuração da responsabilização individual das pessoas físicas envolvidas⁷⁴.

Fruto desse contexto, a LAC representou um avanço no combate à corrupção no Brasil. O artigo 5º da norma tipifica os diversos atos lesivos à Administração, prevendo, em dispositivo específico (sete alíneas do inciso IV), os vários ilícitos praticados no âmbito de licitações e contratos públicos. Conforme já detalhado no tópico anterior, apenas um desses ilícitos pode atrair a incidência simultânea da LAC e do direito concorrencial sancionador. Trata-se da alínea “a” do referido inciso IV, do artigo 5º, que prevê constituir ato lesivo à Administração Pública, “no tocante a licitações e contratos, frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público”.⁷⁵

Na seara administrativa, a LAC prevê a sanção de multa de até 20% do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, não podendo ser inferior à vantagem auferida. Além disso, há ainda a sanção de publicação extraordinária da decisão condenatória, que consiste na publicação de extrato de sentença em meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional, bem como por meio de afixação

⁷² CGU. **Cartilha sobre a Convenção da OCDE contra o Suborno Transnacional**. Disponível em <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/articulacao-internacional-1/convencao-da-ocde/arquivos/cartilha-ocde-2016.pdf>>. Acesso em: 13 dez. 2021.

⁷³ GOMES, Renata Machado dos Santos; MIRANDA, e Rodrigo Fontenelle de Araújo. Os Caminhos da Política Pública Anticorrupção e as Influências Internacionais: O Caso da Lei n. 12.846/2013. **Revista da CGU**. 2018. Disponível em: <https://revista.cgu.gov.br/Revista_da_CGU/article/view/64>. Acesso em: 15 dez. 2021.

⁷⁴ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby; COSTA, Karina Amorim Sampaio. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). **Lei Anticorrupção Empresarial: aspectos críticos à Lei n. 12.846/2013**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 29.

⁷⁵ BRASIL. Congresso Nacional. **Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12846.htm>. Acesso em 13 dez. 2021.

de edital, pelo prazo mínimo de trinta dias, no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, de modo visível ao público, e no sítio eletrônico na rede mundial de computadores, tudo às custas da pessoa jurídica infratora.

Quanto à autoridade competente para aplicar a LAC e instaurar o respectivo processo administrativo de responsabilização, o artigo 8º da norma dispõe que tanto a instauração como o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica cabem à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes da República. No Poder Executivo federal, contudo, a CGU possui competência concorrente para instaurar ou avocar os referidos processos administrativos, para exame de sua regularidade ou para corrigir o andamento de tais feitos.

À semelhança do programa de leniência em funcionamento no CADE, a LAC prevê a possibilidade de celebração de acordo de leniência entre a Controladoria-Geral da União e a pessoa jurídica infratora, desde que haja colaboração com as investigações da qual resulte a apresentação de informações e documentos que permitam a identificação dos demais envolvidos no ilícito e a alavancagem investigativa. Além disso, tal como ocorre no CADE, a pessoa jurídica deve ser a primeira a manifestar interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito, bem como deve se comprometer a cessar completamente o seu envolvimento na infração.

Uma vez celebrado, o acordo permite a isenção de determinadas infrações, bem como a redução da multa aplicável em até dois terços. A CGU assim resume o instituto da leniência previsto na LAC⁷⁶:

É um instrumento sancionador negocial, estabelecido pela Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), celebrado com uma pessoa jurídica, que colabora, livremente, entregando informações e provas sobre os atos lesivos de que tem conhecimento e sobre os quais assume responsabilidade. Como resultado, serão aplicadas sanções de forma atenuada – benefícios previstos em lei, considerando a postura colaborativa da pessoa jurídica para a identificação e investigação dos ilícitos revelados, bem como a prevenção de novos ilícitos.

Além da LAC, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos igualmente tipifica ilícitos praticados em licitações e contratos públicos. O artigo 155 da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n. 14.133/2021) prevê, dentre outras infrações, que o licitante será responsabilizado administrativamente por praticar atos

⁷⁶ CGU. **Como fazer um acordo**. Disponível em: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/combate-a-corrupcao/acordo-leniencia/como-fazer-um-acordo>>. Acesso em: 15 dez. 2021.

ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação, bem como por praticar ato lesivo previsto no artigo 5º da Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013, em uma remissão direta à Lei Anticorrupção. O parágrafo quinto do artigo 156 elenca as infrações que sujeitam o responsável à penalidade de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar, impedindo-o de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta de todos os entes federativos, pelo prazo mínimo de três anos e máximo de seis anos.

Embora o órgão licitante seja competente para o processo e julgamento de tais infrações, a aplicação de sanções mais graves, como a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração, é de competência exclusiva de ministro de Estado, de secretário estadual ou de secretário municipal e, quando aplicada por autarquia ou fundação, será de competência exclusiva da autoridade máxima da entidade, nos termos do artigo 156, § 6º, inciso I, da Lei n. 14.133/2021.

Além disso, é possível que a apuração das infrações à Lei de Licitações e Contratos seja processada e julgada no âmbito da Controladoria-Geral da União nas seguintes situações: quando as infrações também forem tipificadas como infrações à LAC, hipótese em que poderão ser apuradas e julgadas conjuntamente pela CGU, nos termos do artigo 159 da Lei n. 14.133/2021, bem como quando houver necessidade de exame da regularidade do procedimento, proposição de providências ou correção de falhas, situação em que a CGU poderá avocar os autos, conforme autoriza o artigo 51, inciso V, da Lei n. 13.884/2019⁷⁷.

Há ainda uma última hipótese em que tal atribuição é outorgada à CGU, referente aos casos em que a infração à Lei de Licitações e Contratos houver sido noticiada inicialmente à própria CGU, no âmbito de acordo de leniência celebrado entre o particular e o órgão central de controle interno do Poder Executivo Federal, consoante artigo 38 do Decreto n. 8.420/2015⁷⁸.

⁷⁷ BRASIL. Congresso Nacional. **Lei n. 13.844, de 18 de junho de 2019**. Estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios; altera as Leis nos 13.334, de 13 de setembro de 2016, 9.069, de 29 de junho de 1995, 11.457, de 16 de março de 2007, 9.984, de 17 de julho de 2000, 9.433, de 8 de janeiro de 1997, 8.001, de 13 de março de 1990, 11.952, de 25 de junho de 2009, 10.559, de 13 de novembro de 2002, 11.440, de 29 de dezembro de 2006, 9.613, de 3 de março de 1998, 11.473, de 10 de maio de 2007, e 13.346, de 10 de outubro de 2016; e revoga dispositivos das Leis de n.10.233, de 5 de junho de 2001, e a de n.11.284, de 2 de março de 2006, e a Lei n. 13.502, de 1º de novembro de 2017. Diário Oficial da União. 18 jun. 2019.

⁷⁸ Brasil. **Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015**. Regulamenta a Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Diário Oficial da União. 19 mar. 2015.

Disposições semelhantes constam na antiga Lei de Licitações e Contratos (Lei n. 8.666/1993), que permanecerá em vigor até abril de 2023. O artigo 88 da referida norma igualmente tipifica a infração de praticar “atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação”⁷⁹. Assim como na nova Lei, a referida infração sujeita o responsável à declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública ou à suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a dois anos.

Por força do artigo 17 da LAC, é possível celebrar acordo de leniência com a CGU não apenas em relação a ilícitos previstos na própria Lei Anticorrupção, mas também em razão de infrações previstas na Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Todas essas disposições normativas posicionam a CGU, na esfera federal, como órgão central de controle dos atos ilícitos praticados contra a Administração Pública, em especial os ilícitos verificados em licitações e contratos administrativos. Isso porque, embora tais ilícitos possam ser processados e julgados fora da Controladoria em alguns casos, a CGU sempre possuirá a atribuição de fiscalizar o exercício do poder sancionatório pelos órgãos e entidades da administração, podendo inclusive, como visto, avocar processos para continuidade da apuração, além de exercer um papel orientador e uniformizador da função sancionatória na Administração.

Nesse cenário, é possível concluir que, em se tratando de apuração de infrações contra a Administração Pública, incluindo aquelas ocorridas em licitações, não existirão dois processos administrativos tramitando simultaneamente para apurar o mesmo fato no âmbito da CGU e da Administração licitante. Ou o fato será apurado no órgão ou entidade diretamente interessada, responsável pela realização da licitação, ou será apurado pela CGU.

Contudo, caso esteja sendo apurada a infração de frustrar o caráter competitivo da licitação mediante ajuste ou combinação, é possível que coexistam processos administrativos distintos para apurar o referido ilícito, sendo um no âmbito do CADE e outro na CGU ou no órgão diretamente interessado; neste caso, com supervisão da CGU. A tabela elaborada abaixo sistematiza a referida sobreposição normativa:

⁷⁹ BRASIL. Congresso Nacional. **Lei 8.666/1993**, art. 88.

Lei	Lei n. 12.529/2011	Lei n. 12.846/2013	Lei n. 14.133/2021 e Lei n. 8.666/1993
Infração	Art. 36, §3º, I, “d”: “ <u>acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma, preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública</u> ” ⁸⁰ . (sem grifos no original)	Art. 5º, IV, “a”: “ <u>frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público</u> ”. (sem grifos no original)	Art. 155, XI e art. 88: “ <u>praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação</u> ”. (sem grifos no original)
Órgão competente	CADE.	CGU ou órgão lesado.	CGU ou órgão lesado.

Fonte: elaborado pelo Autor, 2022.

Em situações dessa natureza, a apuração administrativa do mesmo fato por dois órgãos distintos e independentes entre si, com aplicação de legislações diversas e sem coordenação interinstitucional, é fato que gera um ambiente propício à ocorrência de violações aos princípios da segurança jurídica, da proteção à confiança e do *ne bis in idem*, bem como a outros diversos valores e garantias constitucionais, conforme será analisado no capítulo seguinte.

⁸⁰ Nos termos do § 3º, combinado com o *caput* e incisos do artigo 36 da Lei n. 12.529/2011, para que a referida conduta configure infração à ordem econômica, é necessário que ela tenha por objetivo ou possa produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: limitar, falsear ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente os lucros; e exercer de forma abusiva posição dominante.

4 A SOBREPOSIÇÃO DE ATUAÇÕES DO CADE E DA CGU NA APURAÇÃO DOS CARTÉIS EM LICITAÇÕES PÚBLICAS SOB ANÁLISE

No caso sob estudo, conforme descrito nos capítulos iniciais deste trabalho, a CGU e o CADE, ambos integrantes da Administração Pública Federal, instauraram processos administrativos distintos e independentes em face da mesma pessoa jurídica para apuração dos mesmos fatos ilícitos.

No CADE, a imputação de participação em conluios de empresas que atingiram os mercados relevantes de “edificações de grande porte com características especiais” e de “serviços de engenharia, construção e montagem industrial *onshore*”, em licitações da Petrobras, no Brasil, foi enquadrada pela Autarquia como violação ao sistema normativo de defesa da concorrência, com instauração de dois processos administrativos para apuração de infrações à Lei antitruste. As mesmas condutas foram enquadradas pela CGU como atos lesivos à Administração Pública, com instauração de processo administrativo de responsabilização para apuração de infrações à antiga Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei n. 8.666/1993).

Junto ao CADE, a Empresa X celebrou acordo de leniência para extinguir a ação punitiva da Administração Pública relativa à imputação de participação no cartel que afetou o mercado de licitações para “edificações de grande porte com características especiais”. Já em relação à imputação de cartel no mercado de licitações para “serviços de engenharia, construção e montagem industrial *onshore*”, a Empresa X firmou TCC com o CADE, igualmente evitando a aplicação contenciosa das sanções previstas na Lei Federal n. 12.529/2011.

Dentre as sanções cuja imposição fora evitada em razão da celebração dos referidos instrumentos negociais entre a Empresa X e o CADE, destaca-se a “proibição de [...] 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”, prevista no artigo 37, inciso II, da Lei antitruste.

Ao celebrar negócios jurídicos consensuais com entidade integrante da Administração Federal, por meio dos quais evitou a aplicação da referida sanção, a Empresa X adquiriu expectativa de continuar autorizada a participar de licitações e de celebrar contratos com o Poder Público. A manutenção de tal direito era de grande

relevância para a Empresa X, haja vista sua atividade empresarial ser quase inteiramente voltada à execução de obras e serviços públicos de engenharia de grande porte.

Até o corrente ano de 2022, não há notícia de eventual descumprimento das obrigações assumidas pela Empresa X junto ao CADE, no âmbito do acordo de leniência e do TCC firmados, a ensejar a rescisão dos referidos instrumentos. A despeito disso, a CGU processou e sancionou a Empresa X em razão dos mesmos ilícitos.

Com efeito, ao final do processo administrativo sancionador, a Empresa X foi apenada com a sanção de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, prevista no artigo 87, inciso IV, da Lei n. 8.666/1993, mesmo após cientificar a CGU de que já havia sido processada por tais condutas junto ao CADE, tendo sido extinta a ação punitiva daquela Autarquia a partir da celebração de acordo de leniência e de TCC.

Cabe esclarecer nesse ponto que a pena de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública aplicada pela CGU é materialmente equivalente à sanção de proibição de participar de licitação prevista no artigo 37, inciso II, da Lei n. 12.529/2011, embora possua fundamento legal distinto. Tal equivalência decorre do fato de que as empresas declaradas inidôneas para licitar e contratar com a Administração Pública não podem ser admitidas a participar em licitações ou contratadas pelo Poder Público, sob pena de subsunção da hipótese ao crime previsto no artigo 337-M do Código Penal, *verbis*:

337-M. Admitir à licitação empresa ou profissional declarado inidôneo: (Incluído pela Lei n. 14.133, de 2021)

Pena - reclusão, de 1 (um) ano a 3 (três) anos, e multa (Incluído pela Lei n. 14.133, de 2021)

§ 1º Celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo: (Incluído pela Lei n. 14.133, de 2021)

Pena - reclusão, de 3 (três) anos a 6 (seis) anos, e multa. (Incluído pela Lei n. 14.133, de 2021)

§ 2º Incide na mesma pena do *caput* deste artigo aquele que, declarado inidôneo, venha a participar de licitação e, na mesma pena do § 1º deste artigo, aquele que, declarado inidôneo, venha a contratar com a Administração Pública.

O dispositivo legal incrimina não só a conduta do agente público que contrata empresa ou profissional inidôneo ou admite sua participação em licitação, mas

também tipifica a conduta do particular que, declarado inidôneo, participa de licitação ou contrata com a Administração Pública.

Portanto, é possível constatar que, após celebrar TCC e acordo de leniência com o CADE, adquirindo, em razão disso, expectativa de continuar autorizada a participar de licitações e a celebrar contratos com o Poder Público, a Empresa X teve tal expectativa frustrada pela imposição de equivalente sanção pela CGU, em razão dos mesmos fatos que haviam ensejado a celebração de instrumentos consensuais de extinção da ação punitiva junto ao CADE.

As repercussões jurídicas dessa sobreposição de atuações persecutórias no caso concreto serão a seguir aprofundadas.

4.1 Implicações jurídicas

4.1.1 *Impacto na segurança jurídica*

A segurança jurídica não possui previsão expressa na Constituição, mas, inquestionavelmente, orienta diversos princípios e garantias constitucionais, sendo um valor protegido pelo ordenamento brasileiro. Ao dispor, no seu artigo 5º, inciso XXXVI, que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”⁸¹, a Constituição nada mais está buscando senão aplicar o preceito geral de segurança jurídica.

Canotilho ensina que a segurança jurídica está relacionada com a garantia de estabilidade da própria ordem jurídica, exigindo clareza, fiabilidade e coerência dos atos do Poder Público. Para o autor, a segurança jurídica deve ser capaz de conferir para o cidadão, tanto em relação a seus atos, direitos e relações, quanto às decisões do Poder Público, efeitos jurídicos estáveis, duradouros e previsíveis⁸².

A professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por sua vez, divide as acepções objetiva e subjetiva da segurança jurídica. Enquanto a acepção objetiva estaria relacionada à estabilidade das relações jurídicas, o aspecto subjetivo, de origem no direito alemão, traduz-se na proteção da confiança legítima depositada pelo particular

⁸¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 5 de outubro de 1988.

⁸² CANOTILHO, J. J. GOMES. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almeida, 1995, p. 373.

na Administração⁸³. A proteção da confiança será mais aprofundada adiante, em tópico específico.

A legislação infraconstitucional brasileira contempla expressamente a segurança jurídica. Especificamente no âmbito dos processos administrativos federais, o artigo 2º da Lei n. 9.784/1.999 prevê que a “Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, *segurança jurídica*, interesse público e eficiência”⁸⁴. Reforçando a necessidade de respeito a segurança jurídica, a Lei n. 13.655/2018 acresceu o artigo 30 à Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LINDB, para prescrever que “as autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas”⁸⁵.

A segurança jurídica serve também à proscrição de determinados comportamentos. Nesse sentido, é possível sustentar que a negativa da segurança jurídica é o comportamento contraditório, daí porque a vedação ao “*venire contra factum proprium*”, embora não possua previsão legal, decorre diretamente da segurança jurídica⁸⁶.

Partindo de tais prescrições legais e doutrinárias, percebe-se a potencial ofensa à segurança jurídica decorrente da instauração de processos administrativos autônomos, por autoridades distintas da Administração Pública, para apuração dos mesmos ilícitos, ainda que visando a aplicação de sanções previstas em legislações diversas.

Exemplo clássico de o risco à segurança jurídica que pode se concretizar nessa situação é o caso em que uma autoridade entende suficientemente comprovada a inocorrência do ilícito ou a negativa de autoria do particular, enquanto a outra autoridade administrativa considera existirem elementos suficientes de materialidade

⁸³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O STJ e o princípio da segurança jurídica. **Revista do Advogado**. São Paulo. Associação dos Advogados de São Paulo, ano XXXIX, n. 141, maio 2019.

⁸⁴ BRASIL. Congresso Nacional. **Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Diário Oficial da União. 1º fev. 1999.

⁸⁵ BRASIL. Congresso Nacional. **Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre *segurança jurídica* e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Diário Oficial da União. 26 abr. 2018.

⁸⁶ FACCI, Lucio Picanço. **A proibição de comportamento contraditório no âmbito da Administração Pública: a tutela da confiança nas relações jurídico-administrativas**. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista53/Revista53_197.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2022.

e autoria em relação ao mesmo fato para justificar a aplicação da sanção correspondente ao particular.

Diferentemente da apuração do mesmo fato nas esferas administrativa e judicial criminal, em que a lei expressamente determina a prevalência do entendimento criminal em caso de contradição prejudicial ao particular⁸⁷, não há igual previsão para conclusões contraditórias envolvendo autoridades administrativas.

Nesse cenário, qual posição prevaleceria? Ou seria possível submeter o particular a uma sanção administrativa com base na Lei de Licitações, por exemplo, quando absolvido pelo mesmo fato, ante a comprovação da inocorrência do ato ilícito, em processo que apurava violação à Lei antitruste? A Lei não traz a resposta para essa situação de inegável insegurança jurídica, que prejudica inclusive a credibilidade da capacidade de julgamento de tais órgãos.

Embora menos flagrante que o exemplo fornecido, o caso sob estudo também apresenta ofensa concreta à segurança jurídica decorrente da adoção de comportamentos, pela Administração Pública, que podem ser qualificados como contraditórios (configurando *venire contra factum proprium*).

Ao celebrar instrumentos negociais com a Empresa X, deixando de aplicar a sanção de proibição de participar de licitação prevista no artigo 37, inciso II, da Lei n. 12.529/2011, a Administração passou a mensagem de que, em razão dos compromissos assumidos no âmbito do TCC e do acordo de leniência firmados com o CADE, a Empresa X continuaria a deter as condições necessárias para participar de licitações públicas e para celebrar contratos com o Poder Público. De fato, compreendeu-se da relação jurídica travada entre o Estado e o particular que as obrigações assumidas pela Empresa X seriam adequadas e suficientes não só para responsabilizá-la pelos ilícitos imputados, mas também para garantir o efeito dissuasório suficiente para desencorajar a prática de novas infrações, de modo que,

⁸⁷ Artigo 126 da Lei n. 8.112/1990: Art. 126. A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria. (BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. **Diário Oficial da União**. 19 abr. 1991).

Artigo 935 do Código Civil: Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal. (BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**. 11 jan. 2002).

em razão das obrigações assumidas, a pessoa jurídica continuaria habilitada a participar de licitações e a contratar com o Poder Público.

Contudo, ao processar a Empresa X pelos mesmos fatos em processo conduzido por outro órgão integrante da mesma Administração, aplicando-lhe penalidade de declaração de inidoneidade para licitar e contratar com o Poder Público, o Estado adotou postura contraditória. Isso porque, enquanto uma parcela da Administração confiou que a Empresa X deteria a qualidade para manter relações contratuais com o Poder Público em razão de compromissos assumidos, outra parcela da mesma Administração ignorou a assunção de tais obrigações e penalizou a pessoa jurídica pelos mesmos fatos.

A insegurança jurídica decorrente dessa situação é patente, uma vez que, para celebrar TCC e, em especial, acordo de leniência com o CADE, a empresa teve de reconhecer sua participação nos ilícitos e colaborar com a apuração dos fatos e com a identificação dos demais envolvidos na conduta. Tal postura colaborativa é incompatível com a defesa substancial em processo sancionador, ante a colaboração já realizada para a reunião dos elementos necessários à comprovação da autoria e da materialidade da infração.

Nesse ponto, importa destacar que, além de contraditório, o comportamento da Administração no caso fragiliza até mesmo a concepção de um programa de leniência robusto. Para Scott Hammond, a robustez de um programa de leniência é baseada em três características principais, dentre as quais merece destaque a necessidade de haver previsibilidade, transparência e segurança jurídica para os signatários dos acordos⁸⁸. Hammond elenca ainda, como características de um programa de leniência eficiente, a previsão de penas severas para os que não colaboram e a alta

⁸⁸ “There are three prerequisites for adopting and implementing an effective leniency program. These prerequisites are essential cornerstones that must be in place before a jurisdiction can successfully implement a leniency program. First, the jurisdiction’s antitrust laws must provide the threat of severe sanctions for those who participate in hardcore cartel activity and fail to self-report. Second, organizations must perceive a high risk of detection by antitrust authorities if they do not self-report. Third, there must be transparency and predictability to the greatest extent possible throughout a jurisdiction’s cartel enforcement program, so that companies can predict with a high degree of certainty how they will be treated if they seek leniency and what the consequences will be if they do not. These three major cornerstones – severe sanctions, heightened fear of detection, and transparency in enforcement policies – are the indispensable components of Every effective leniency program”. (HAMMOND, Scott. **Cornerstones of an effective leniency program**. U.S. Department of Justice. 2009. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/speech/cornerstones-effective-lenieny-program>>. Acesso em: 28 jan. 2022).

probabilidade de detecção do ilícito independentemente do funcionamento do programa de leniência.

Não há dúvidas, portanto, de que a atuação descoordenada da Administração no caso em estudo, em que uma instância desconsidera a atuação da outra, ignora instrumentos negociais celebrados e aplica sanção que havia sido evitada justamente em razão da celebração de tais instrumentos, é conduta que se afasta da previsibilidade e da coerência necessárias à existência de segurança jurídica na atuação sancionatória do Estado.

4.1.2 *Impacto na vedação ao bis in idem*

A análise da incidência da vedação ao *bis in idem* no caso talvez seja a implicação jurídica mais relevante e, ao mesmo tempo, mais controvertida a ser enfrentada neste item, tendo em vista a ausência de consenso doutrinário e jurisprudencial acerca do exato conteúdo da referida norma e do seu âmbito de aplicação, o que é decisivo para avaliar, no caso concreto, se houve efetiva violação da referida garantia.

Aqui, denominou-se *norma* de vedação ao *bis in idem* apenas para se destacar a pertinente observação de Helena Regina Lobo da Costa no sentido de que, embora usualmente denominado de *princípio*, “a proibição de *bis in idem* apresenta características de regra, ou seja, é norma com alto grau de concretude”.⁸⁹ Como consequência dessa constatação, defende a autora que a norma não admite espaço de ponderação, devendo ser aplicada em sua integralidade.

Embora de reconhecida aplicação no Brasil, a vedação ao *bis in idem* não possui previsão expressa no texto da Constituição. Ainda assim, a doutrina brasileira amplamente outorga à norma *status* constitucional, concebendo-a como decorrência direta dos princípios do devido processo legal, da proporcionalidade, da legalidade e da tipicidade. Defendendo tal posição, Fábio Medina Osório pontua que o *ne bis in idem* “está constitucionalmente conectado às garantias da legalidade,

⁸⁹ COSTA, Helena Regina Lobo da. **Ne bis in idem e Lei Anticorrupção: sobre os limites para a imposição de sanção pelo Estado**. Revista Fórum de Ciências Criminais, Belo Horizonte, ano 2, 2015, p. 79.

proporcionalidade e, fundamentalmente, devido processo legal, implicitamente presente, portanto, no texto da CF/88⁹⁰.

Em igual sentido, mas dividindo as vertentes substancial e processual da norma, Luiz Regis Prado sustenta que, na vertente substancial, a vedação ao *bis in idem* decorre da garantia de tipicidade material prevista no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição⁹¹, bem como do princípio da proporcionalidade. Já na acepção processual, o autor indica que a norma seria manifestação do devido processo legal e da coisa julgada, previstos, respectivamente, nos incisos LIV e XXXVI do mesmo artigo 5º.⁹²

Além da previsão constitucional implícita, a proibição ao *bis in idem* é expressamente garantida em diplomas com *status* normativo supralegal⁹³, como a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, internalizada no Brasil pelo Decreto n. 678/1992⁹⁴. O artigo 8º, item 4, do referido tratado dispõe que “o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá se submetido a novo processo pelos mesmos fatos”.

Também positivando a vedação ao duplo processamento pelos mesmos fatos, o item 7 do artigo 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, internalizado no ordenamento brasileiro pelo Decreto n. 592/1992⁹⁵, dispõe que “ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou

⁹⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 270.

⁹¹ “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.”

⁹² Por vertente substancial, Luiz Regis Prado refere-se à impossibilidade de dupla sanção, enquanto a vertente processual diz respeito à vedação do duplo processamento. (PRADO. Luiz Régis. **Tratado de direito penal brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Forense, 2019, p. 165).

⁹³ No julgamento do Recurso Extraordinário com Repercussão Geral n. 466.343/SP, o Supremo Tribunal Federal definiu a natureza supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil com rito distinto do previsto para aprovação de Emendas Constitucionais. No inteiro teor do acórdão, a Corte destaca que “**diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.** [...] Tendo em vista o **caráter supralegal** desses diplomas normativos internacionais, **a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada.** (grifos do original) (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **RE 466343**, Relator(a): CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, RTJ VOL-00210-02 PP-00745 v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165).

⁹⁴ BRASIL. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da União**. 9 nov. 1992.

⁹⁵ BRASIL. Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. **Diário Oficial da União**. 7 jul. 1992.

condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país”.

Por fim, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional – TPI, promulgado pelo Decreto n. 4.388/2002, de modo a evitar o *bis in idem* entre a atuação do TPI e de outras jurisdições, dispôs nos itens 1 e 2 do artigo 20, *in verbis*⁹⁶:

Artigo 20

Ne bis in idem

1. Salvo disposição contrária do presente Estatuto, nenhuma pessoa poderá ser julgada pelo Tribunal por atos constitutivos de crimes pelos quais este já a tenha condenado ou absolvido.
2. Nenhuma pessoa poderá ser julgada por outro tribunal por um crime mencionado no artigo 5º, relativamente ao qual já tenha sido condenada ou absolvida pelo Tribunal.

Inegável, portanto, a existência de normas supralegais no ordenamento brasileiro garantindo ao indivíduo a impossibilidade de ser submetido a duplo processo e sancionamento decorrente do mesmo objeto. Embora tal garantia seja originalmente voltada à persecução penal – como demonstra a redação dos dispositivos mencionados⁹⁷ – não há controvérsia sobre a extensão de tal norma às demais atuações sancionatórias do Estado, aí incluído o direito administrativo sancionador.

Nesse sentido é a posição de Gilmar Mendes e Bruno Buonicore, ao comentarem decisão da Suprema Corte, que entendeu exatamente pela possibilidade de extensão das garantias individuais penais, voltadas à proteção do indivíduo face aos excessos punitivos do Estado, ao direito administrativo sancionador⁹⁸.

Aliás, a origem criminal da vedação ao *bis in idem* possui justificativa histórica, uma vez que, durante muito tempo, o direito penal foi o único efetivamente vocacionado a veicular o exercício do poder punitivo estatal. Na última década,

⁹⁶ BRASIL. **Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Diário Oficial da União 26 set. 2002.

⁹⁷ Também tratando do *bis in idem* como uma garantia penal, Nucci empresta à norma o seguinte significado: “ninguém deve ser processado e punido duas vezes pela prática da mesma infração penal”. (NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4 ed. São Paulo Forense, 2015, p. 305-306).

⁹⁸ BUONICORE, Bruno Tadeu; MENDES, Gilmar. **A vedação do *bis in idem* na relação entre direito penal e direito administrativo sancionador e o princípio da independência mitigada**. Boletim IBCRIM, n. 340, mar. 2021, p. 4. Disponível em <<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/741/8454>>. Acesso em: 2 fev. 2022.

contudo, ao lado das demais garantias individuais, a vedação ao *bis in idem* vem ganhando maior relevância e aprofundamento teórico, à medida em que o aparato sancionador estatal se amplia para outras esferas distintas da criminal. Analisando esse fenômeno aplicado ao combate à corrupção, Rodrigo Tostes Mascarenhas alerta⁹⁹:

Nos últimos anos o Brasil tem assistido a um movimento de ampliação do enfrentamento à corrupção em distintas dimensões. Podemos falar de uma ampliação da ação de cada um dos possíveis atores (ministério público, tribunais de contas e advocacia pública); podemos falar da entrada de novos atores (como a Controladoria Geral da União); da introdução de novos instrumentos jurídicos em sistemas clássicos de apuração de responsabilidade (como é o caso da delação premiada em relação à responsabilidade penal) e podemos falar também da criação de novos sistemas de apuração de responsabilidade, como é o caso daquele trazido pela Lei n. 12.846/13, conhecida como “Lei anticorrupção”.

Portanto, o cenário atual impõe a necessidade de se aprofundar o estudo dessa garantia que, conquanto goze de amplo prestígio retórico pelos operadores do direito no Brasil, carece de discussão substancial sobre sua amplitude e, mais ainda, de efetiva aplicação nos casos concretos¹⁰⁰.

A primeira questão que merece aprofundamento diz respeito ao conteúdo da norma. Não há dúvidas de que a primeira parte da norma – vedação ao *bis* – impede um segundo processo e sancionamento. A discussão ocorre em relação ao conteúdo final da garantia – *idem* –, especificamente para definir se o impedimento da segunda persecução atinge apenas a mesma infração, ou se sequer o mesmo fato poderá ser penalizado, ainda que sob outra capitulação. Note-se, no particular, que o impedimento de instauração de um processo pelos mesmos fatos é bem mais amplo do que a vedação de nova punição em decorrência da mesma infração, já que, no primeiro caso, ainda que um mesmo fato enseje infrações distintas, subsistirá a vedação para o segundo processo, tendente a apurar a segunda infração.

Sequer os dispositivos dos diplomas internacionais transcritos são uniformes. Enquanto o Pacto de São José da Costa Rica veda novo processo pelos mesmos fatos, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Estatuto de Roma

⁹⁹ MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. A vedação do *bis in idem* no direito brasileiro: algumas reflexões e uma proposta de interpretação. **Revista Publicum**. Rio de Janeiro. v. 6, n. 1, p. 13-41, 2020. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/57571/37408>>. Acesso em: 2 fev. 2022.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

fazem referência, respectivamente, a delito e crime, aproximando-se, portanto, do conceito de infração. Contudo, como a proteção de maior amplitude não pode ser derogada pela garantia mais restrita, a doutrina brasileira, ao definir a vedação ao *bis in idem*, utiliza-se da concepção mais benéfica, que proíbe a dupla responsabilização pelos mesmos fatos. Nessa linha, Medina Osório define a vedação ao *bis in idem* como uma garantia de que “ninguém pode ser condenado ou processado duas ou mais vezes por um mesmo *fato*”¹⁰¹. Aduz o autor que a norma endereça “um problema de legalidade e, mais especialmente, de definir a aplicabilidade de uma norma em detrimento de outra, de uma punição que, uma vez incidente, afasta outra possível sanção”¹⁰².

No mesmo sentido, Luiz Regis Prado destaca que, por meio da vedação ao *bis in idem*, “procura-se impedir mais de uma punição individual – compreendendo tanto a pena como a agravante – pelo mesmo fato (a dupla punição pelo mesmo fato)”¹⁰³.

No plano internacional, José Gomes Canotilho e Vital Moreira defendem a mesma amplitude, dividindo ainda a vedação ao *bis in idem* em duas dimensões. Como direito subjetivo fundamental, consistiria em garantia do cidadão de não ser submetido mais de uma vez a julgamento pelo mesmo fato. Já enquanto princípio constitucional objetivo, o *ne bis in idem* obrigaria o legislador, na definição da coisa julgada material e na estruturação do direito processual, a evitar a existência de vários julgamentos também pelo mesmo fato¹⁰⁴.

A *ratio* da vedação ao *bis in idem* é bem exemplificada por Rodrigo Mascarenhas que, citando Akhil Amar e sua análise do *ne bis in idem* no *Bill of rights* da Constituição americana, explica que a garantia se destina a impedir o tipo de “cara ou coroa” em que as regras são assim descritas pelo Estado ao indivíduo: se der cara, nós ganhamos. Se der coroa, jogaremos novamente até você perder¹⁰⁵. Além disso, a norma visa evitar também a preferência política pelo protagonismo do Estado –

¹⁰¹ OSÓRIO, Fábio Medina. *op. cit.*, p. 274.

¹⁰² *Ibid.*, p. 271.

¹⁰³ PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2019. p. 123- 124.

¹⁰⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa: anotada**. Vol. I, 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 497.

¹⁰⁵ MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. *Op. cit.*

gerador de disputa institucional intraestatal – em detrimento dos direitos do indivíduo¹⁰⁶.

Examinadas a base normativa, o conteúdo e a *ratio* do *ne bis in idem*, há condições de se ingressar na análise da principal controvérsia que liga a referida garantia ao caso em estudo neste trabalho, relacionada à amplitude da incidência da norma. Discutem-se três possíveis espectros de incidência da vedação ao *bis in idem*.

O primeiro e mais amplo possível veda a cumulação de responsabilizações ainda quando oriundas de instâncias distintas e independentes entre si, a exemplo das instâncias criminal e administrativa. O segundo impede o duplo processo e sancionamento apenas dentro de uma mesma instância, permitindo a dupla persecução verificada em instâncias independentes. Por fim, o terceiro e mais restrito, que praticamente esvazia o *bis in idem*, reduzindo-o à uma repetição da coisa julgada, admite a dupla responsabilização dentro da mesma instância, desde que baseada em legislações e, conseqüentemente, infrações distintas. Assim, nessa concepção mais restritiva da incidência do *ne bis in idem*, somente seria proscrita nova responsabilização baseada no mesmo fato, pela mesma infração, regida pela mesma norma sancionatória.

Se adotados os dois espectros mais amplos de incidência da vedação ao *bis in idem*, concluir-se-á que, no caso sob estudo, houve violação a tal garantia por parte do Estado, já que o particular foi duplamente responsabilizado pelos mesmos fatos, dentro de uma mesma instância de responsabilização: o direito administrativo sancionador. Lado outro, caso se considere que o *bis in idem* somente se aplica na hipótese mais restrita, tal garantia não terá sido violada pela Administração, uma vez que a cumulação de processos sancionatórios no caso concreto, embora verificada dentro da mesma instância administrativa, foi baseada em legislações distintas, para a apuração de infrações diversas.

Conforme já alertado no início deste tópico, não há qualquer consenso também nesse ponto.

Defendendo a maior amplitude possível para a garantia, Helena Regina Lobo da Costa argumenta que “o reconhecimento da vedação do *bis in idem* entre as esferas penal e administrativa pelo direito brasileiro não encontra óbice algum na

¹⁰⁶ CALDEIRA, Felipe Machado. A conformação constitucional do direito penal econômico e a impossibilidade de sobreposição de sanções administrativa e penal. **Revista brasileira de ciências criminais**. Ano 20 – n. 95 – abril 2012.

Constituição”.¹⁰⁷ Para a autora, tal posição seria muito mais harmônica com o viés garantista do que a ideia de instâncias independentes, classificada por ela como incoerente. Prossegue destacando que a capacidade de ingerência do direito administrativo sancionador em direitos fundamentais é fundamento suficiente para uma delimitação jurídica rigorosa, que não permita o múltiplo processamento e punição pelo mesmo ato, ainda que sob o manto da “independência das instâncias”.¹⁰⁸

Similar posição é partilhada por Sirlene Nunes Aredes, para quem “as punições simultâneas impostas às mesmas pessoas, em razão dos mesmos fatos e fundamento, ainda que por diversas autoridades, caracterizam *bis in idem*”.¹⁰⁹ Aredes compreende as diversas instâncias sancionatórias não como independentes, mas sim interdependentes, uma vez que todas teriam a mesma natureza: repressão ao descumprimento de obrigações jurídicas. Por essa razão, a reiteração, mesmo quando amparada em lei, seria desproporcional do ponto de vista constitucional.¹¹⁰

No plano internacional, há precedente que igualmente adota a incidência mais ampla da vedação ao *bis in idem*. O professor Paulo Burnier da Silveira, em artigo publicado na revista do CADE, comenta o caso “Grande Stevens”, no qual o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, em março de 2014, anulou sanções criminais impostas pela justiça italiana, por entender ter havido violação ao *ne bis in idem* em razão da existência de condenação administrativa anterior pelos mesmos fatos, proferida pela autoridade do mercado de capitais da Itália¹¹¹.

No Brasil, contudo, a doutrina amplamente majoritária admite a dupla responsabilização pelo mesmo fato, quando oriunda de instâncias independentes. Advogando essa possibilidade, Jorge Munhós de Souza, ao tratar do princípio da independência das instâncias, argumenta que tal princípio não só “pretende evitar a submissão de uma esfera dos Poderes estatais às demais, permitindo que cada qual

¹⁰⁷ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Ne bis in idem* entre direito penal e direito administrativo sancionador. **Boletim IBCRIM**, n. 340, mar. 2021, p. 6. Disponível em <<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/741/8454>>. Acesso em: 2 fev. 2022.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ AREDES, Sirlene Nunes. ***Ne bis in idem***: direito fundamental constitucional aplicável na relação entre as esferas penal e administrativa geral no direito brasileiro. Disponível em: <<https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/818/500>>. Acesso em: 6 fev. 2022.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ SILVEIRA, Paulo Burnier da. O direito administrativo sancionador e o princípio *non bis in idem* na União Europeia: uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos na defesa da concorrência. **Revista de Defesa da Concorrência**. Vol. 2, n. 2. nov. 2014, p. 5-22. Disponível em: <<https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/download/139/84/446>>. Acesso em: 6 fev. 2022.

exerça com autonomia e independência sua parcela de *ius puniendi*”, como também confere ao legislador liberdade para “atribuir a uma mesma conduta múltiplas sanções em diversos ramos do direito”¹¹².

Defendendo posição similar, Medina Osório acrescenta que a independência das instâncias e a conseqüente possibilidade de cumulação de responsabilizações originadas em instâncias diversas propicia um “incremento das atuações estatais na proteção de bens jurídicos”¹¹³ considerados relevantes.

A jurisprudência brasileira também é assente em admitir a duplicidade de processos oriundos de instâncias independentes. Exemplificativamente, o Superior Tribunal de Justiça, analisando a sobreposição de persecuções administrativa e judicial, consignou que,

[...] em virtude do princípio da independência das instâncias administrativa e judicial e da inafastabilidade da jurisdição, a atuação [...] do Poder Judiciário não pode ser prejudicada ou mesmo restringida pela decisão proferida na esfera administrativa.¹¹⁴

O próprio texto constitucional, em duas oportunidades, expressamente autoriza a cumulação de responsabilizações pelo mesmo fato em instâncias independentes. Na primeira hipótese, ao tratar dos atos ímprobos, o artigo 37, § 4^a, da Constituição Federal prevê que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”¹¹⁵. O dispositivo deixa claro que a responsabilização por improbidade será regulada por lei não penal, podendo ser cumulada com a responsabilização criminal cabível em razão da mesma conduta ímproba.

Em disposição similar, o artigo 225, § 3^o, da Carta, tratando da tutela do meio ambiente, expressamente autoriza a responsabilização administrativa e criminal pela mesma conduta, ao prever que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais

¹¹² SOUZA, Jorge Munhós de. Responsabilização administrativa na lei anticorrupção. *In*: SOUZA, Jorge Munhós de. QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org). **Lei anticorrupção**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 169-170.

¹¹³ OSÓRIO, Fábio Medina. *op. cit.*, p. 293.

¹¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **REsp 1504007/PI**, Rel. Ministro Herman Benjamin, segunda turma, julgado em 10/05/2016, DJe 01/06/2016, p. 443.

¹¹⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1998**, de 5 de outubro de 1988.

e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”¹¹⁶.

A legislação ordinária vai além, legitimando o multiprocessamento e sancionamento em diversas outras situações. Exemplificativamente, pode-se mencionar o Estatuto dos servidores públicos federais e a nova Lei de abuso de autoridade. A redação do artigo 125 do Estatuto não poderia ser mais clara: “as sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si”¹¹⁷. O artigo 6º da Lei de abuso de autoridade, por sua vez, prescreve que “as penas previstas nesta Lei serão aplicadas independentemente das sanções de natureza civil ou administrativa cabíveis”¹¹⁸.

O cenário acima descrito demonstra não haver dúvidas de que o ordenamento brasileiro chancela a múltipla persecução e punição por um mesmo fato, quando verificada em instâncias independentes. O questionamento remanescente reside em saber se há possibilidade jurídica de dupla responsabilização pelo mesmo fato, na mesma instância, especialmente no caso de silêncio das normas respectivas.

Considerando que as normas constitucionais e legais citadas, quando tratam de múltiplas responsabilizações, sempre preveem sua ocorrência em instâncias independentes, poder-se-ia extrair uma primeira interpretação, *a contrario sensu*, no sentido de que não seria possível o multiprocessamento na mesma instância. Isso porque, quando a Constituição quis admitir várias responsabilizações pelo mesmo fato, sempre o fez considerando instâncias independentes.

Há, contudo, vozes que advogam pela possibilidade de, no silêncio legal, haver dupla responsabilização na mesma instância, desde que apurem infrações distintas, previstas em legislações diversas. Trata-se da menor amplitude possível da vedação ao *bis in idem*, conforme descrito anteriormente.

Nesse sentido, Heraldo Garcia Vitta argumenta que, se violado mais de um dever jurídico, especialmente contidos em normas de natureza jurídico-administrativa

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. **Diário Oficial da União**. 12 dez. 1998.

¹¹⁸ BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 13.869, de 5 de setembro de 2019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei n. 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). **Diário Oficial da União**. 5 set. 2019.

diversas, no silêncio da lei, haverá a imposição cumulativa das respectivas sanções administrativas”. Para reforçar esse entendimento, o autor faz referência às lições do jurista italiano Guido Zanobini, para quem a violação de um “duplo dever de não cometer o fato” acarreta o descumprimento de duas obrigações legais, sujeitando o autor às “consequências da dupla transgressão”¹¹⁹.

Há ainda um precedente de 2017, da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, que analisou a possibilidade de abertura de dois processos punitivos para apuração dos mesmos fatos ilícitos. O primeiro processo, no Senado Federal, culminou com a cassação de mandato de um Senador da República. O segundo foi instaurado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, em razão de o parlamentar ser membro licenciado do *Parquet*. Conquanto seja discutível o enquadramento das esferas de política e funcional de responsabilização em uma mesma instância (administrativa sancionatória), o que importa destacar do referido caso concreto são as considerações gerais tecidas pelo relator sobre o espectro de incidência da vedação ao *bis in idem*, que foram acompanhadas à unanimidade pelos demais integrantes da Segunda Turma da Suprema Corte.

Após abordar os fundamentos constitucionais da garantia e sua origem histórica, o relator destacou que a tradição do sistema brasileiro admite, “em circunstâncias excepcionais, a possibilidade de aplicação de sanções a acusado submetido a processos administrativos distintos que tratam dos mesmos fatos”¹²⁰. Para Sua Excelência, a cumulação seria possível não só quando houvesse independência das instâncias, mas também quando se verificasse a “complementaridade nas sanções aplicadas”, ainda que dentro de uma mesma instância. Pelo que se depreende do voto, a complementaridade nas sanções estaria presente sempre que não houvesse “identidade teleológica da norma sancionadora”.

Assim, para o relator, só haveria *bis in idem* quando, além da identidade de fatos e do indivíduo submetido à persecução, estivesse presente a denominada identidade teleológica da norma sancionadora. A partir dessa sistematização, o ministro afastou a alegação de violação da vedação ao *bis in idem* no caso concreto, destacando que os processos punitivos instaurados pelo Senado Federal e pelo

¹¹⁹ VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 129-130.

¹²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Mandado de Segurança n. 32788**, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 05/12/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-053 DIVULG 19-03-2018 PUBLIC 20-03-2018.

Conselho Nacional do Ministério Público, cada um baseado nos seus respectivos arcabouços normativos, objetivavam tutelar bens jurídicos distintos entre si.

O tratamento mais restritivo à vedação ao *bis in idem*, defendido no precedente citado, também tem encontrado ressonância na legislação mais recente. A Lei Anticorrupção é a que possui mais disposições nesse sentido, *in verbis*:

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

Art. 30. A aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de:

I - ato de improbidade administrativa nos termos da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992; e

II - atos ilícitos alcançados pela Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, ou outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no tocante ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC instituído pela Lei n. 12.462, de 4 de agosto de 2011.

Como sê vê, no artigo 29 a Lei admite a cumulação das responsabilizações decorrentes de bens jurídicos distintos: a proteção da Administração Pública, tutelada pela própria Lei Anticorrupção e a da ordem econômica. Indo além, o artigo 30 admite igual cumulação mesmo quando se trata de bens jurídicos bastante similares, senão coincidentes com a proteção da Administração Pública, a exemplo da probidade administrativa (artigo 30, inciso I) e da higidez das licitações e contratos administrativos (artigo 30, inciso II).

Também no sentido de permitir a dupla responsabilização na mesma instância, merece destaque a Lei n. 13.655/2018, que acresceu o artigo 23, § 3º, à Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LINDB, dispondo que “as sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato”.

A despeito do precedente da Suprema Corte examinado e das disposições legais transcritas, entende-se que os fundamentos que sustentam a concepção mais restritiva da incidência do *ne bis in idem* não são suficientes para legitimar a possibilidade de dupla responsabilização em uma mesma instância, ainda que oriunda de processos que apurem ofensas a bens jurídicos diversos. Explica-se.

A garantia da vedação ao *bis in idem*, conforme demonstrado, possui matriz constitucional, ainda que implícita. Nesse sentido, no precedente acima examinado relacionado à atuação do Senado Federal e do órgão de controle do Ministério Público, a própria Suprema Corte reconheceu que o *ne bis in idem*, “muito embora não

expressamente consignado no texto constitucional, está intimamente relacionado aos princípios da legalidade, da proporcionalidade e do devido processo legal”¹²¹.

O conteúdo da garantia, por sua vez, é informado com tratados internacionais com *status* supralegal e, por isso, superiores hierarquicamente às leis. Tais tratados, conforme visto no início deste tópico, são incontestes em vedar o *bis in idem* dentro de uma mesma instância, a instância criminal. Ora, se tal garantia é igualmente aplicável ao direito administrativo sancionador, conforme já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal¹²², sua aplicação deve ocorrer na mesma extensão verificada na instância penal, vedando-se a dupla punição também na instância administrativa sancionatória.

Nessa linha de raciocínio, nem mesmo os dispositivos legais da Lei Anticorrupção teriam o condão de afastar a aplicação do *ne bis in idem* e legitimar a dupla responsabilização na mesma instância. Isso porque, em razão da hierarquia superior dos tratados internacionais que informam o conteúdo do *ne bis in idem*, “a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada”¹²³. Assim, os dispositivos infraconstitucionais que admitem o *bis in idem* no âmbito do direito administrativo sancionador simplesmente não produziram efeitos, por contrariarem as normas supralegais sobre o mesmo tema.

Rodrigo Tostes Mascarenhas também considera que a dupla responsabilização administrativa não pode ser admitida por violar o *ne bis in idem*, mas desenvolve raciocínio jurídico diverso para embasar tal conclusão. Sustenta que se deve considerar a natureza constitucional da garantia e o fato de que a Constituição, ao excepcionar a vedação ao *bis in idem* nos dois dispositivos já examinados (artigos 37, § 4º, e 225, § 3º), o fez para admitir o *bis in idem* apenas em instâncias independentes.

¹²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Mandado de Segurança n. 32788**, Relator: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 05/12/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-053 DIVULG 19-03-2018 PUBLIC 20-03-2018.

¹²² No julgamento da Reclamação n. 41.577, a Segunda Turma do Pretório Excelso reconhece que os “determinados princípios jurídico-penais se estenderiam para o âmbito do direito administrativo sancionador, que pertenceria ao sistema penal em sentido lato”, incluindo, nesse rol, o *ne bis in idem*. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Reclamação n. 41557**, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 15/12/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-045 DIVULG 09-03-2021 PUBLIC 10-03-2021).

¹²³ No sentido da paralisação da eficácia de normas contrárias aos tratados internacionais de direitos humanos internalizados no ordenamento jurídico, ver decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 4666.343. (Brasil. Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário n. 466343**, Relator(a): CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, RTJ VOL-00210-02 PP-00745 v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165)

Assim, para Mascarenhas, não seria lícito ao legislador conferir à vedação ao *bis in idem* “conteúdo menor do que aquele emprestado pela Constituição”. Portanto, somente se poderia admitir a cumulação de uma responsabilização penal com uma não penal. Por essa linha de raciocínio, o autor considera a Lei Anticorrupção, na parte que trata do tema, inconstitucional¹²⁴. Também sustentando similar entendimento, Ronaldo Pinheiro de Queiroz considera haver “violação ao *ne bis in idem* quando o infrator é punido mais de uma vez pela mesma conduta, dentro da mesma esfera de responsabilidade”¹²⁵.

O professor titular da Faculdade de Direito do Recife e Presidente do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Edilson Pereira Nobre Júnior, manifesta o mesmo entendimento, aduzindo que “a previsão típica de mais uma hipótese de responsabilização administrativa para um mesmo fato e sujeito afigura-se incompatível com a proscrição do *bis in idem* no sentido material e, de conseguinte, não ostenta validade”¹²⁶.

A despeito de a matéria ainda suscitar bastante controvérsia, alguns fatos recentes apontam para a possibilidade de a posição ora defendida – e já há tempos sustentada pelas respeitáveis vozes acima mencionadas – vir a prevalecer no sistema jurídico brasileiro.

No plano legislativo, a Lei n. 12.230/2021, que alterou substancialmente a Lei de Improbidade Administrativa, trouxe, pela primeira vez na legislação ordinária, a menção ao princípio da vedação ao *bis in idem*. Em disposição absolutamente incompatível com o artigo 30, inciso I, da Lei Anticorrupção – que admite a cumulação de sanções da Lei Anticorrupção com as penas da Lei de Improbidade administrativa – a *novel* legislação acresceu o § 2º ao artigo 3º da Lei de Improbidade, assim dispondo: “as sanções desta Lei não se aplicarão à pessoa jurídica, caso o ato de improbidade administrativa seja também sancionado como ato lesivo à administração pública de que trata a Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013”. Mas não foi só. Ao

¹²⁴ MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. *Op. cit.*

¹²⁵ QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. Responsabilização judicial da pessoa jurídica na lei anticorrupção. *In: Lei Anticorrupção*. SOUZA. Jorge Munhoz de. QUEIROZ. Ronaldo Pinheiro de (Org). Salvador: Juspodivm, 2015, p. 169-170.

¹²⁶ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **A vedação do *bis in idem* e as sanções administrativas: uma abordagem da perspectiva material**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/direito-administrativo-sancionador/a-vedacao-do-bis-in-idem-e-as-sancoes-administrativas-10082021>> Acesso em: 8 fev. 2022.

acrescer o § 7º ao artigo 12 da Lei de Improbidade, o legislador foi ainda mais claro, invocando, pela primeira vez de forma expressa, o *status* constitucional da vedação ao *bis in idem*, *verbis*: “as sanções aplicadas a pessoas jurídicas com base nesta Lei e na Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013, deverão observar o princípio constitucional do ***non bis in idem***”¹²⁷.

Os dois dispositivos transcritos demonstram um recuo dos legisladores em relação ao contexto legislativo dos anos de 2013 e seguintes, no qual houve a edição da Lei Anticorrupção, que autorizou múltiplas responsabilizações dentro de uma mesma instância, sem qualquer limitação. Nesse ponto, em relação ao artigo 30, inciso I, da Lei Anticorrupção, sequer é necessário aplicar a tese ora defendida de paralisação da sua eficácia em razão de contrariar o conteúdo de normas supralegais. Isso porque o caso parece ter sido de revogação tácita da norma, em razão da edição de lei posterior com ela incompatível, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro¹²⁸.

No âmbito jurisprudencial, antes mesmo da alteração legislativa na Lei de Improbidade, a 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região já havia decidido pela impossibilidade de responsabilizar por improbidade administrativa empresa que já havia saneado sua responsabilidade pelos mesmos fatos no âmbito da Lei Anticorrupção, a partir da celebração de acordo de leniência. No referido precedente, a Corte Federal expressamente reconheceu a amplitude do *ne bis in idem* na extensão ora defendida, nada obstante tenha admitido a dupla responsabilização oriunda de instâncias independentes (penal e administrativa). Pela relevância, veja-se o que constou no voto da relatora, acolhido à unanimidade¹²⁹:

Como se sabe, um mesmo fato poderá configurar ilícito penal, ato de corrupção e improbidade administrativa, consoante os tipos descritos nas leis regentes.

No que concerne às instâncias penal e administrativa, não remanescem dúvidas quanto à sua independência, donde o consectário de que **o mesmo suporte fático poderá configurar crime e ato ímprobo, incidindo as penas correspondentes, nas respectivas esferas, sem que se possa falar em *bis in idem*.**

¹²⁷ BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. **14.230, de 25 de outubro 2021**. Altera a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Diário Oficial da União 26 out. 2021.

¹²⁸ “Artigo 2º, § 1º: a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.”

¹²⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Agravo de Instrumento n. 5055856-11.2020.4.04.0000**, Terceira Turma. Relatora: Vânia Hack de Almeida. Juntado aos autos em 21/07/2021.

No entanto, se restritos ao âmbito administrativo, tanto os atos de corrupção quanto os de improbidade serão passíveis de sanção. Integram o direito administrativo sancionador. Por isso, **diferentemente do que se dá entre o administrativo e o penal, aplicar-se dupla sanção na seara administrativa ao mesmo agente e em razão de um mesmo delito tipificado tanto como corrupção quanto improbidade, configura *bis in idem*.**

E *bis in idem*, em nosso ordenamento jurídico, é expressamente vedado, afastando a possibilidade de duplicidade de sanções pelo mesmo suporte fático, na mesma esfera sancionatória. Assim, o mesmo fato pode gerar sanção penal e administrativa, mas não poderá render ensejo a duas penalidades em uma mesma órbita.

Como se vê, a decisão foi categórica em proscrever, por violação ao *bis in idem* “a possibilidade de duplicidade de sanções pelo mesmo suporte fático, na mesma esfera sancionatória”.

No Pretório Excelso, três anos após o precedente da Segunda Turma já mencionado, que havia conferido tratamento mais restritivo à vedação ao *bis in idem*, a mesma turma revisitou o tema no julgamento da Reclamação n. 41.557, de São Paulo. O processo discutia a possibilidade de prosseguimento de ação de improbidade em face de indivíduo já beneficiado, no âmbito criminal, por decisão que reconheceu a negativa de autoria.

Embora o Tribunal não tenha superado expressamente o entendimento firmado em 2017, as considerações tecidas pelo relator e acompanhadas pela turma demonstram a abertura do STF à adoção de um conceito mais amplo da garantia de vedação ao *bis in idem*. Invocando o precedente do já citado caso “Grande Stevens”, no qual o Tribunal Europeu de Direitos Humanos vedou dupla responsabilização oriunda de instâncias penal e administrativa, o voto do relator destacou que “círculos concêntricos de ilicitude não podem levar a uma dupla persecução e, conseqüentemente, a uma dupla punição, devendo ser o *bis in idem* vedado no que diz respeito à persecução penal e ao direito administrativo sancionador pelos mesmos fatos”.¹³⁰

Vê-se, portanto, que o próprio Pretório Excelso tem variado entre interpretações ora demasiadamente restritivas do *bis in idem*, ora amplas o suficiente para fazê-lo incidir inclusive entre instâncias independentes. Contudo, as manifestações legislativas e jurisprudenciais mais recentes permitem visualizar a possibilidade de

¹³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Reclamação n. 41557**, Relator: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 15/12/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-045 DIVULG 09-03-2021 PUBLIC 10-03-2021.

prevalecer, no sistema jurídico brasileiro, o entendimento de que a vedação ao *bis in idem* impede a dupla responsabilização na mesma instância.

Aplicando-se tal compreensão ao caso em exame, é possível concluir que a sobreposição de competências sancionatórias exercidas por dois órgãos integrantes da mesma Administração, submetendo o particular à dupla responsabilização na instância administrativa sancionatória, violou a garantia constitucional da vedação ao *bis in idem*.

4.1.3 Impacto na boa-fé objetiva e na proteção da confiança legítima

Além do duplo processamento na instância administrativa pelo mesmo fato, o caso sob estudo apresenta a particularidade de a empresa ter logrado sanear sua responsabilidade inicialmente junto ao CADE mediante a assinatura de instrumentos consensuais que extinguiram a ação punitiva da autoridade concorrencial, aí incluído o acordo de leniência. Como visto no capítulo terceiro deste trabalho, a celebração de acordo de leniência pressupõe, dentre outros requisitos, a admissão da participação no ilícito e a colaboração com o Estado para identificação e punição dos demais infratores.

À essa colaboração da empresa com o Estado – que tem como pressuposto a confiança entre as partes – seguiu-se a aplicação de sanções administrativas por uma segunda autoridade estatal, baseada nos mesmos fatos. Em tal circunstância, indaga-se se a conduta do Estado de aplicar sanções pelos mesmos fatos, ainda que por intermédio de autoridade distinta, violaria ou não a boa-fé objetiva e o princípio da proteção da confiança legítima.

Cláudia Lima Marques, em obra voltada às relações contratuais privadas, conceitua boa-fé objetiva como a conduta que respeita os interesses legítimos e as expectativas da outra parte, além da atuação com lealdade, sem abuso, sem obstrução e em cooperação¹³¹. Distinguindo boa-fé objetiva e subjetiva, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves esclarecem que a boa-fé objetiva é examinada externamente, a partir da conduta do indivíduo, pouco importando sua convicção pessoal. Opõe-se, assim, à ausência de boa-fé. Já a boa-fé subjetiva diz respeito ao

¹³¹ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais. 4ª. ed. São Paulo. **Revista dos Tribunais**. 2002. p. 181.

sentimento que animou o agente e à sua intenção pessoal, opondo-se à atuação de má-fé¹³².

No caso sob estudo, tendo em vista que se examina o comportamento da Administração Pública considerada de forma impessoal, não há que se perquirir acerca da existência de boa-fé subjetiva, importando tão somente a análise do respeito à boa-fé objetiva. Acerca da aplicação desse princípio à Administração Pública, Celso Antônio Bandeira de Melo defende que, no que concerne ao Poder Público, a boa-fé objetiva, assim como a lealdade, decorrem do princípio da moralidade, previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal¹³³.

Igualmente advogando que a Administração deve observar a boa-fé como decorrência da moralidade, a Ministra Carmen Lúcia sustenta que

[...] a virtude que se pretende ver obtida com a prática administrativa moral fundamenta-se no valor da honestidade do comportamento, da boa-fé, da lealdade dos agentes públicos, e todos estes elementos estão na moralidade, como integrantes de sua essência e sem os quais não se há dela cogitar.¹³⁴

Quanto ao conteúdo esperado da boa-fé nas relações firmadas com o Estado, Almiro do Couto Silva, ao tempo em que enfatiza a proximidade entre segurança jurídica e boa-fé, destaca que esta última impõe a necessidade de se identificar coerência na conduta do Estado¹³⁵.

No plano infraconstitucional, a Lei n. 9.784/1999, que traz as regras gerais do processo administrativo federal (aí incluído o processo sancionador), prevê que o processo administrativo deverá observar o critério de “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”.¹³⁶

Não há controvérsia, portanto, quanto ao conteúdo da boa-fé objetiva e quanto à sua aplicação ao direito administrativo sancionador.

Por sua vez, o princípio da proteção da confiança legítima diz respeito à proteção jurídica que deve ser conferida à confiança depositada pelo particular de

¹³² CHAVES Cristiano; ROSENVALD; Nelson. **Curso de Direito Civil: obrigações**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2006. p. 41

¹³³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 109.

¹³⁴ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes Rocha. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 193.

¹³⁵ SILVA, Almiro do Couto e. **O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro**. Revista De Direito Administrativo, 237, 271–316. Disponível em <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44376/44830> Acesso em 12 fev. 2022.

¹³⁶ BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. **9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Artigo 2º, parágrafo único, inciso IV.

boa-fé nos atos, procedimentos e condutas do Estado¹³⁷. Em tese de doutoramento pela Universidade de São Paulo, Patrícia Baptista, orientada por Odete Medauar, elenca quatro requisitos para a aplicação do princípio da proteção à confiança a uma determinada situação concreta:

[...] a) a não proteção, no caso concreto, por outras garantias de estabilidade das relações jurídico-administrativas; b) o depósito da confiança no ato ou conduta administrativa (base de confiança positiva); c) que a confiança do administrado seja legítima; d) que o interesse do particular confiante, após o processo de ponderação, prevaleça sobre o interesse público”.¹³⁸

Também trazendo a prevalência do interesse público como limite à proteção da confiança legítima, o doutrinador espanhol Jesús González Pérez aduz que a proteção da confiança visa impedir que o Estado adote uma conduta confusa e equívoca, que mais tarde o obrigue a elidir ou tergiversar suas obrigações assumidas. Contudo, para o autor, o referido princípio só legitima a expectativa de que os atos administrativos serão mantidos enquanto o interesse público não exija sua anulação¹³⁹.

Do quanto analisado, percebe-se que tanto a boa-fé objetiva quanto a proteção da confiança legítima devem ser observadas pelo Estado nas suas relações com o particular, em especial quando no exercício do *jus puniendi* estatal, em razão da posição de inferioridade do particular em relação ao Poder Público, decorrente da potestade administrativa.

Contudo, enquanto a boa-fé objetiva exige uma atuação leal, não abusiva e em cooperação, a proteção da confiança legítima vai além, demandando a vinculação do Estado aos atos praticados e às obrigações assumidas, que não poderão ser desfeitas no futuro ainda que por razões de interesse público, desde que prevaleça, no caso, o interesse do particular titular da confiança legitimamente adquirida.

Aplicando-se tais conceitos ao caso em exame, é possível concluir que a Administração Federal violou ambos os princípios no exercício do poder sancionatório em face da empresa. A proteção da confiança legítima restou malferida porque, ao deixar de aplicar a pena de proibição de participar de licitações no processo que tramitou junto ao CADE (artigo 37, inciso II, da Lei n. 12.529/2011), a Administração

¹³⁷ SILVA, Almiro do Couto e. *Op. Cit.*

¹³⁸ BAPTISTA, Patrícia Ferreira; MEDAUAR, Odete. **Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito brasileiro**: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro. 2006. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 130.

¹³⁹ PÉREZ, Jesús González. **El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo**. Madrid: Civitas, 1983. p. 54. Disponível em: <<https://www.racmip.es/docs/academicos/669/discurso/d32.pdf>> Acesso em: 12 fev. 2022.

permitiu que a pessoa jurídica processada adquirisse a legítima expectativa de que a colaboração prestada e as obrigações assumidas no âmbito dos instrumentos firmados com o Poder Público seriam adequadas e suficientes para responsabilizá-la pelos fatos em apuração.

No entanto, ao aplicar equivalente sanção (artigo 87, inciso IV, da Lei n. 8.666/1993) pelos mesmos fatos no âmbito do segundo processo, a Administração adotou postura confusa e incoerente, praticando ato correspondente ao descumprimento da obrigação de extinção da ação punitiva anteriormente assumida.

Além disso, ao facultar que a empresa, no segundo processo, se defendesse de fatos e imputações em relação aos quais já havia previamente admitido a culpa, a Administração não agiu segundo a boa-fé objetiva, adotando conduta próxima da deslealdade. Isso porque conferiu direito de defesa, que, na prática, sabia ser impossível de ser exercido, ante a confissão anteriormente colhida quanto aos mesmos ilícitos.

É certo que seria possível discutir se o interesse público no exercício do segundo *jus puniendi* pelo Estado, para tutelar bem jurídico distinto, prevaleceria sobre o interesse do particular em ver preservada a situação jurídica surgida no encerramento da primeira persecução. Contudo, uma conclusão pela prevalência do interesse público seria insustentável diante da constatação de que a dupla responsabilização gera inegável desestímulo à celebração de acordos com o Estado e à adoção de postura colaborativa em processos sancionatórios, conforme será demonstrado no tópico seguinte.

4.1.4 Impacto nos acordos de leniência

Raquel Pimenta observa que a multiplicidade de regimes sancionatórios e de leniência no Brasil, em vez de gerar resultados positivos, facilitou a interferência entre os atores, de modo que “[...] houve sinalização ambígua quanto à solidez do sistema”.¹⁴⁰ Destacando o ponto de vista dos particulares entrevistados por ela, a autora observa que “as ações cruzadas entre instituições geraram novos riscos de

¹⁴⁰ PIMENTA, Raquel de Mattos. **A construção dos acordos de leniência da lei anticorrupção**. São Paulo: Blucher, 2020, p. 182. Disponível em: <<https://openaccess.blucher.com.br/download-pdf/477>> Acesso em: 13 fev. 2022.

sobrecarga de controle e instabilidade”¹⁴¹, o que implica, para o particular, o risco de se “ganhar, mas não levar”. Para Pimenta, tal postura errática é extremamente prejudicial para o sucesso de um instituto – acordo de leniência – que “depende de negociação, estabilidade e confiança entre as partes”¹⁴².

Rafaela Canetti aponta que o desentendimento entre as autoridades encarregadas da persecução não necessariamente decorre de uma intenção consciente de desestabilizar e desestimular o instituto da leniência. Muitas vezes tal desarranjo decorre tão somente do fato de o órgão estar colocando sua própria competência à frente dos demais interesses em jogo, por entendê-la insuficientemente tutelada, em uma espécie de visão parcial da que resulta nessa disputa institucional intraestatal¹⁴³.

Focando nos efeitos práticos dessa ausência de coordenação, o ex-Ministro da CGU, Valdir Simão, e Marcelo Pontes Viana aduzem que a inexistência de previsão legal – ou arranjo institucional – para a extensão dos efeitos do acordo de leniência a outras searas competentes para apuração dos mesmos fatos é um dos maiores obstáculos para o sucesso do programa de leniência. Destacam que o cenário atual, na prática, “significa estabelecer que a pessoa jurídica, ao reportar voluntariamente à Administração Pública sua responsabilidade pela ocorrência de um ato lesivo, automaticamente estará exposta a, pelo menos, uma ação por ato de improbidade”.¹⁴⁴

A mesma percepção dos autores acima citados tem sido compartilhada pelo Poder Judiciário, ao se deparar com os conflitos concretos decorrentes da adoção de postura contraditória pela Administração em relação a empresas que colaboraram com o Estado.

Sobre o tema, de extrema relevância, são as considerações da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do mandado de segurança n. 35.435/DF, que discutia a possibilidade de o Tribunal de Contas da União sancionar empresa que havia celebrado acordo de leniência prévio com o Ministério Público, com a CGU e a AGU sobre os mesmos fatos. Já no início de suas considerações, o Ministro Gilmar Mendes, relator do acórdão, destacou a importância de a Administração atuar de

¹⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴² *Ibidem*.

¹⁴³ CANETTI, Rafaela Coutinho. **Acordo de leniência**: fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019, p. 256–257.

¹⁴⁴ SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes. **O Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção** – histórico, desafios e perspectivas. São Paulo: Trevisan, 2017, p. 153.

“forma coordenada, e não de maneira contraditória e incoerente, como se não houvesse colaboração voluntária”, sob pena de gerar nos colaboradores a percepção de que a Administração está descumprimento os compromissos já assumidos. Prossegue o Ministro destacando o desestímulo que a conduta errática da Administração pode causar à colaboração do particular, *in verbis*¹⁴⁵:

[...] Em contrapartida ao dever de colaboração, o Poder Público mantém uma suspensão circunstancial e condicionada das sanções aplicáveis. É evidente que, no equilíbrio de incentivos à colaboração, a possível ameaça da imposição de sanções como a de inidoneidade em uma hipótese de descumprimento das obrigações de colaborar com as investigações é importante garantia de que dispõe o Estado. **Se essa sanção for aplicada por outro órgão a despeito do estrito cumprimento dos acordos firmados pelas empresas com o Estado, seriam totalmente minados os incentivos de cumprimento da colaboração probatória no âmbito do acordo de leniência.** (grifos nossos)

Outra relevante observação do julgado é que a necessidade de coordenação entre as instituições competentes para punir o mesmo fato não se justifica apenas para garantir a segurança jurídica em favor do particular. Ao revés, a atuação em cooperação é também condição imprescindível para o sucesso do Estado na utilização dos instrumentos de leniência.

Por essa razão, a Suprema Corte destaca que, a despeito da inexistência de previsão legal limitando a atuação sancionatória de uma autoridade em decorrência da celebração de acordo de leniência com outro órgão, a inegável sobreposição fática entre os ilícitos apurados é razão suficiente para justificar a atuação coordenada entre as instituições.

A Advocacia-Geral da União, ouvida no referido mandado de segurança, também se manifestou contrariamente à punição do particular pelo TCU, em razão de fatos que haviam sido abrangidos pelo acordo de leniência anteriormente firmado com a CGU e a própria AGU. Em trecho da manifestação transcrita no voto do relator, a AGU destaca que a celebração de acordo de leniência em relação a determinados ilícitos materializa “[...] o exercício da potestade sancionadora do Estado em relação aos mesmos, não havendo possibilidade de novo sancionamento por esses fatos, ainda que por outro ente, como é o TCU [...] sob pena de ocorrência de *bis in idem*”¹⁴⁶.

¹⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Mandado de Segurança n. 35435**, Relator: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 30/03/2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/gilmar-tcu-andrade-gutierrez-inidonea.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2022.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

A Pretório Excelso conclui então que a imposição de sanção, pelo TCU, em razão dos mesmos fatos objeto de acordo previamente firmado é incompatível com os princípios da segurança jurídica e da eficiência. Em importante passagem que analisa as consequências materiais da sanção a ser imposta pelo TCU, o Pretório Excelso destaca que, a despeito da distinção formal entre as sanções evitadas por meio da celebração do acordo e a penalidade imposta pelo TCU, a consequência prática – proibição de participar de licitação e de contratar com o Poder Público – é semelhante, senão coincidente, de modo que a imposição da sanção pelo órgão de controle externo esvaziaria a eficácia do acordo anteriormente firmado.

Aplicando tais premissas ao caso concreto examinado neste trabalho, é possível concluir que a imposição, pela CGU, de sanção em decorrência dos mesmos fatos que já haviam sido objeto do exercício do poder sancionatório estatal, com a consequente celebração de acordo de leniência pelo CADE, configura violação ao instituto da leniência. Isso porque, perante o particular, o celebrante do acordo é o Estado, titular do *jus puniendi*, sendo desimportante se o negócio foi firmado com o a parcela x, y ou z do mesmo Ente.

Nesse cenário, quando um órgão do mesmo Estado ignora o acordo celebrado com outro órgão e os seus efeitos, sancionando o colaborador como se estivesse inaugurando o exercício do *jus puniendi* estatal, viola-se não apenas a confiança do particular, mas também o próprio acordo, que resta descumprido pelo Estado. Parece claro, portanto, que a conduta da CGU, no em estudo, passa a mensagem de que o Estado – considerado em seu conjunto – é incapaz de “perdoar”.

Essa incapacidade gera um desestímulo à celebração de acordos e enfraquece a capacidade estatal de utilizar o instituto da leniência para apurar e reprimir ilícitos. Isso porque é inconteste que, ao decidir colaborar com o Estado, a empresa considerou, como vantagem dessa opção, a possibilidade de não ser sancionada e, portanto, continuar habilitada a participar de licitações e a contratar com o Estado. Se tal vantagem deixa de existir, em razão da segunda responsabilização pelo mesmo fato objeto do acordo, o particular poder considerar desvantajosa a solução consensual e optar pelo litígio, que é indiscutivelmente menos eficiente e mais oneroso para o Estado.

Não há, portanto, vantagem para o Estado decorrente do excesso punitivo. A tutela adicional de determinado bem jurídico não supera os prejuízos à credibilidade

do programa de leniência e à capacidade do Estado de apurar infrações de modo eficiente.

Assim, a consequência negativa do desincentivo ao programa de leniência deve ser levada em conta pela autoridade responsável por decidir se haverá segunda responsabilização. É o que determina o artigo 20 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, o qual prevê que “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”¹⁴⁷ (sem grifos no original).

No entanto, conforme será analisado a seguir, tal consequência negativa da dupla responsabilização não tem sido suficiente para demover a atuação sancionatória concorrente do CADE e da CGU.

4.2 Entendimentos da CGU e do CADE

A tese de ilegitimidade da sobreposição de atribuições do CADE e da CGU na apuração e sancionamento de cartel em licitação pública não é inédita. Ambos os órgãos já foram instados a se manifestar sobre o tema e sustentaram a legalidade da atuação sancionatória concorrente.

4.2.1 Posição da CGU

No processo administrativo de responsabilização n. 00190.025830/2014-63, que apurava, entre outros ilícitos, “conluio entre empresas para reduzir ou eliminar a concorrência” em licitações da Petrobras, a acusada, em sua peça de defesa, desenvolveu o argumento de que a CGU seria incompetente para apurar o ilícito em questão, por se tratar de matéria de competência exclusiva do CADE, nos termos da Lei n. 12.529/2011. Aduziu também que interpretação distinta, no sentido da competência concorrente entre CADE e CGU para apuração e punição do mesmo fato implicaria *bis in idem*¹⁴⁸.

¹⁴⁷ BRASIL. Congresso Nacional. **Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre *segurança jurídica* e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Diário Oficial da União. 26 abr. 2018.

¹⁴⁸ O processo administrativo de responsabilização n. 00190.025830/2014-63 tramitou na CGU de forma sigilosa. No entanto, suas decisões foram publicadas no Diário Oficial da União e todas as

Embora a empresa não tenha feito considerações sobre eventual ofensa à segurança jurídica, à boa-fé objetiva e ao princípio da proteção da confiança legítima, a tese defensiva apresentada abordou o objeto central analisado neste trabalho, relativo à sobreposição de atribuições entre o CADE e a CGU.

Em seu relatório final que examinou e rejeitou os argumentos de defesa, a Comissão responsável pela condução do PAR inicialmente ensaiou o argumento de que “a competência do CADE só se configura diante de lesão relevante ao bem jurídico da livre concorrência”. No entanto, por reconhecer que os fatos em apuração configurariam tal “lesão relevante”, o referido argumento não foi desenvolvido. Argumentou então que não haveria competência exclusiva do CADE para apuração dos fatos por se tratar de “infração que viola múltiplos bens jurídicos; no mínimo, viola a livre concorrência e a probidade das contratações públicas”. Assim, para a Comissão, embora o CADE detenha competência exclusiva para apurar violações ao primeiro bem jurídico, a competência para a apuração de ofensa à probidade das contratações públicas seria da CGU.

Foi também rejeitada a alegação de *bis in idem*, ao argumento de que não haveria “*bis in idem* por diversas punições dentro da esfera administrativa federal”, ante a inexistência de vedação legal ou constitucional de tal prática, bem como de “jurisprudência nesse sentido”.

Adotando posição similar, a Consultoria Jurídica da CGU também defendeu a possibilidade de que “o mesmo fato constitua uma infração contra a ordem econômica, cuja competência para apuração administrativa é do CADE e, ao mesmo tempo, um ato lesivo à administração pública [...], cuja competência para apuração administrativa é da CGU”¹⁴⁹. Para reforçar seu argumento, a Consultoria invocou o artigo 29 da Lei Anticorrupção, analisado no tópico 4.1.2 deste trabalho.

Ao final, os argumentos deduzidos no relatório final da Comissão e no parecer da Consultoria Jurídica foram adotados como fundamento da decisão que impôs à empresa processada a sanção de declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública, “por ter atuado em defesa de interesses escusos e particulares, de forma concertada e ardilosa, frustrando, direcionando e fraudando

manifestações e documentos citados neste trabalho foram localizados no processo judicial público n. 1022103-03.2020.4.01.3400, em tramitação na 4ª Vara Federal do Distrito Federal.

¹⁴⁹ *Ibidem*

certames licitatórios direcionados na PETROBRAS em conluio com outras empresas”¹⁵⁰.

Importante destacar que o TCU adota posição similar à da CGU, considerando legal a sobreposição de apurações sancionatórias pelo mesmo fato. No Acórdão n. 2.355/2018-TCU-Plenário, que julgou representação de formação de cartel em licitação da Petrobras, o TCU também enfrentou as teses de que a competência para apuração de tal infração seria do CADE e de que a apuração conjunta configuraria *bis in idem*.

Quanto ao primeiro argumento, a Corte de contas entendeu que a fraude em licitações públicas “se encontra tanto dentre as competências do CADE para preservar a ordem econômica (Lei n. 12.529/2011) quanto dentre as competências do TCU para apreciar a regularidade da aplicação de recursos federais (art. 70 da Constituição Federal)”.¹⁵¹ Tratar-se-ia, portanto de competências concorrentes, que “devem ser exercidas de forma independente por cada órgão, de acordo com seu plexo de atribuição”.¹⁵²

O entendimento de que o TCU possui competência para “reprimir fraude a licitação promovida por sociedade de economia mista, ente da Administração Indireta, de forma concorrente à competência do CADE para reprimir a ocorrência de concentração econômica mediante cartel” foi reafirmado em diversas outras decisões da Corte¹⁵³.

O mesmo raciocínio também motivou a rejeição da alegação de *bis in idem*. Para a Corte de Contas, inexistiria *bis in idem* em tais situações, uma vez que:

[...] a natureza da atuação constitucional de controle externo do TCU é distinta tanto da atuação do CADE, que se refere à concentração econômica, quanto da atuação da CGU, que se refere ao poder de autotutela da Administração na fiscalização de seus atos”.¹⁵⁴

¹⁵⁰ BRASIL. Controladoria-Geral da União. Gabinete do Ministro. Decisão de 28 de janeiro de 2020. **Diário Oficial União**. 30 jan. 2020; Seção 1, p. 132.

¹⁵¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão 2.355/2018**. Representação n. 013.385/2017-8. Relator: Min. Benjamin Zymler, 10 de outubro de 2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2355%2520ANOACORDAO%253A2018%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 13 fev. 2022.

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ BRASIL. Acórdãos do Plenário n. 300/2018, 414/2018 e 1.221/2018, dentre outros.

¹⁵⁴ BRASIL. Congresso Nacional. Lei 8.666/1993, art. 87, inciso IV, ou art. 88, incisos II e III.

Poder se concluir, portanto, que o entendimento da CGU, compartilhado pelo TCU, é no sentido da plena legalidade da sua atuação concorrente com o CADE na apuração e punição de cartel em licitações públicas.

4.2.2 Posição do CADE

No processo administrativo n. 08700.004617/2013-41, que apurava cartel em licitações públicas relativas a projetos de metrô e/ou trens e sistemas auxiliares, uma das empresas acusadas suscitou a tese de que o CADE seria incompetente para apurar eventual frustração ao caráter competitivo de licitações, uma vez que, em razão do princípio da especialidade, tais fatos sofreriam a incidência tão somente da Lei n. 8.666/1993. Argumentou, portanto, que a continuidade do processo sancionatório no âmbito do CADE configuraria *bis in idem*¹⁵⁵.

Mais uma vez, embora não tenham sido tecidas considerações sobre eventual ofensa à segurança jurídica, à boa-fé objetiva e ao princípio da proteção da confiança legítima, a tese também abordou o objeto central analisado neste trabalho, relativo à sobreposição de atribuições na apuração de conluio em licitações.

As alegações foram rejeitadas pelo Tribunal administrativo com base em parecer da Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE. O órgão de assessoramento jurídico sustentou a existência de respaldo legal para “o exercício da competência pelos distintos órgãos em suas esferas de atribuições investigatórias”¹⁵⁶. Assim, tratando-se de exercício de diferentes competências legais para cada “seara jurídica tutelada”, seria possível o “processamento e condenação concomitantes, a partir da análise do mesmo contexto fático, tanto pela Lei n. 12.529/2011 quanto pela Lei n. 8.666/1993”,¹⁵⁷ sem que disso resultasse violação ao *ne bis in idem*.

No processo administrativo n. 08700.007278/2015-17, que apura cartel em licitações para concessão de uso de áreas para exploração comercial da atividade de lanchonete e cafeteria em aeroportos, alguns acusados alegaram que já haviam sido punidos pelos mesmos fatos com base na Lei de Licitações (Lei n. 8.666/1993) e na

¹⁵⁵ As manifestações e documentos públicos do Processo administrativo n. 08700.004617/2013-41 encontram-se disponíveis em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgqOwvr6ZlwydI0IhRNSr2Q22IByVKByYDYwsa13_Jxv_TD0gMz5Bnf9DkLxr-asuqhGSyxpB7jiO8aqnx0vHf>. Acesso em: 14 fev. 2022.

¹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷ *Ibid.*

Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/2013), de modo que a responsabilização na esfera concorrencial configuraria *bis in idem*¹⁵⁸.

Analisando tal alegação, a Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE entendeu que, na esfera administrativa, seria possível que um único ato praticado configurasse infrações a dispositivos legais diversos, que tutelariam bens jurídicos distintos. Pontuou que a Lei n. 8.666/1993 tutelaria a lisura dos certames licitatórios, enquanto a Lei n. 12.529/2011 buscaria preservar o ambiente concorrencial e a Lei n. 12.846/2013 visava a responsabilizar a prática de atos lesivos à Administração Pública.

Partindo dessa diferenciação, o referido órgão de assessoramento jurídico defendeu que o *ne bis in idem* somente impediria a dupla punição pela prática da mesma infração administrativa, “evitando-se múltipla valoração do mesmo fato com idêntico fundamento jurídico”. Ponderou que, no caso concreto, os fundamentos jurídicos para cada responsabilização seriam distintos, haja vista que o ato em apuração teria afrontado “normas jurídicas de proteção de bens ou valores diferentes”, cada uma estabelecendo sanções administrativas específicas, de modo que seria impositiva a cumulação das respectivas sanções.

O Ministério Público Federal oficiante junto ao CADE apresentou parecer no mesmo sentido, sustentando a independência da competência outorgada pela Lei de Defesa da Ordem Econômica ao CADE, de modo que inexistiria conflito de atribuições entre as competências do CADE e “a Lei das Licitações e a Lei Anticorrupção, tampouco com a competência institucional de outras Agências Regulatórias no exercício das atribuições técnicas resguardadas por expressa disposição legal”¹⁵⁹.

Embora o referido caso ainda não tenha tido seu mérito julgado pelo Tribunal do CADE, o precedente do caso do cartel em licitações públicas relativas a projetos de metrô, trens e sistemas auxiliares demonstra ser provável que a posição da Procuradoria Federal Especializada e do Ministério Público Federal seja acompanhada pela Autarquia concorrencial.

¹⁵⁸ As manifestações e documentos públicos do processo administrativo n. 08700.007278/2015-17 encontram-se disponíveis em: <https://sei.cade.gov.br/sei//modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAXAO1tMiVcl9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBca1pgtYk_1OUtO6-Cm_hkqKOeS3aFJ2CclVgoPIBOeG7> Acesso em: 14 fev. 2022.

¹⁵⁹ *Ibid.*

4.3 Considerações sobre os entendimentos da CGU e do CADE

Conforme demonstrado no tópico anterior, tanto na CGU quanto no CADE prevalece a possibilidade de cumulação de responsabilizações pelo mesmo fato em diversas instâncias administrativas, desde que baseadas em legislações distintas, com previsão de sanções específicas em cada diploma legal. Os órgãos sustentam que, por se tratar de violação a bens jurídicos distintos, seria possível a atuação sancionatória concorrente quanto aos mesmos fatos.

A despeito da relevância desse posicionamento, entende-se que os fundamentos invocados por CGU e CADE são insuficientes para superar as implicações jurídicas que a sobreposição de atuações sancionatórias sobre um mesmo fato é capaz de gerar, conforme demonstrado ao longo deste capítulo.

Nesse sentido, o fato de as atribuições sancionatórias concorrentes tutelarem bens jurídicos diversos, com base em legislações distintas, não soluciona o problema de segurança jurídica surgido na hipótese de as autoridades alcançarem conclusões conflitantes acerca da efetiva ocorrência do ilícito e de sua autoria. Conforme demonstrado, não havendo hierarquia entre os bens jurídicos ou mesmo diferença nos níveis de exigência probatória dos processos administrativos, não há como sustentar a prevalência de uma conclusão em detrimento da outra, sobretudo quando a Lei nada diz a esse respeito. Percebe-se, portanto, que a tese de atuação autônoma da CGU e do CADE para apuração do mesmo fato não endereça tal questão.

Da mesma forma, a permissão de dupla responsabilização na esfera administrativa, ainda que fundamentada na distinção de bens jurídicos, não parece ser compatível com o conteúdo da vedação ao *bis in idem* examinado no item 4.1.2 deste trabalho. De fato, verificou-se que a própria Constituição, quando excepcionou o *ne bis in idem*, o fez considerando tão somente a possibilidade de cumulação de responsabilizações em instâncias distintas. Os tratados internacionais de direitos humanos internalizados pelo Brasil, ao tratarem do *bis in idem*, também não excepcionam a possibilidade de dupla punição na mesma instância em razão da diversidade de bens jurídicos.

Nesse cenário, a posição sustentada pelo órgão central de controle interno e pela autarquia concorrencial parece se afastar do conteúdo ideal do *ne bis in idem*, contrariando inclusive o já citado entendimento recente da 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no sentido de que o *ne bis in idem* afasta “a

possibilidade de duplicidade de sanções pelo mesmo suporte fático, na mesma esfera sancionatória”¹⁶⁰. Mas não é só.

O entendimento da CGU e do CADE no sentido de que as autoridades devem atuar de forma independente simplesmente por tutelarem bens jurídicos distintos é incompatível com a concepção que os indivíduos têm do Estado. É que, sob a perspectiva do particular, o Estado é um só, ainda que dividido em Entes federados e ainda que descentralizado entre administração direta e indireta¹⁶¹.

Para o particular, quem tutela a ordem econômica não é o CADE, mas sim o Estado. Igualmente, quem tutela a Administração Pública é o mesmo Estado, não a CGU. Não se desconhece que o CADE, por sua natureza autárquica, possui personalidade jurídica distinta da União. Contudo, em matéria de organização do Estado, as entidades da Administração Indireta – autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista – representam tão somente uma forma descentralizada de exercício da competência outorgada pela Constituição ao Estado (no caso específico, à União)¹⁶².

De outra parte, a CGU, que sequer possui personalidade distinta da União, representa o fenômeno da desconcentração, por meio do qual há a especialização de funções dentro da própria estrutura estatal, sem que isso implique a criação de uma nova pessoa jurídica, mas tão somente a reunião de centros de competências, denominados órgãos públicos¹⁶³.

Nesse cenário, a opção política de organização administrativa do Estado e de repartição de suas competências não pode ser invocada em prejuízo do particular, para justificar sua submissão a vários processos pelo mesmo fato, sobretudo quando se considera que o *jus puniendi* estatal é uno¹⁶⁴. Competindo ao Estado tutelar a

¹⁶⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Agravo de Instrumento n. 5055856-11.2020.4.04.0000**, Terceira Turma, Relatora Vânia Hack de Almeida, juntado aos autos em 21/07/2021.

¹⁶¹ Não se abordarão aqui, por questões de pertinência temática, as demais consequências negativas do excesso de Estado, a exemplo da sensação de autoritarismo imposta à sociedade. Para aprofundamento do tema, ver artigo de Cláudio Roberto Marques Gurgel, *Para além da reforma do Estado - crises e limites da razão liberal*. (GURGEL, Cláudio Roberto Marques Gurgel. *Para além da reforma do estado - crises e limites da razão liberal*. **Administração Pública e Gestão Social**, [S. l.], v. 1, n. 3, p. 159–170, 2017. DOI: 10.21118.v1i3.5137. Disponível em: <<https://periodicos.ufv.br/apgs/article/view/5137>>. Acesso em: 30 mar. 2022.

¹⁶² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Método, 2013. p. 58.

¹⁶³ *Ibidem*.

¹⁶⁴ Ana Carolina Oliveira, em dissertação de mestrado orientada pelo Professor Pierpaolo Cruz Bottini, citando Tomillo e Rubiales, explica que o delito e a infração administrativa são, em última análise,

ordem econômica e a Administração Pública, e violados tais bens jurídicos, o Estado deve exercitar o seu *jus puniendi* e aplicar as sanções devidas, mas apenas uma vez, em um único processo administrativo sancionador.

Com efeito, invocar a organização administrativa para punir duplamente o particular – como defendem CGU e CADE – não é compatível com a boa-fé objetiva e com a proteção da confiança legítima. Como visto, ofende-se a proteção da confiança legítima quando uma parcela do Estado ignora acordo de leniência firmado por outra entidade do mesmo Estado. Da mesma forma, viola-se a boa-fé objetiva quando um órgão do Estado processa a empresa por fatos já admitidos por ela perante outro órgão do mesmo Estado, e em relação aos quais a própria empresa contribuiu para a investigação e coleta de elementos probatórios.

Por essas razões, entende-se que a sobreposição de atribuições sancionatórias na instância administrativa baseada na mera distinção de bens jurídicos não é a opção mais consentânea com a ordem constitucional vigente. Assim, no tópico seguinte, serão sugeridas alternativas à postura atualmente adotada por CADE e CGU.

4.4 Alternativas à atual sobreposição de atribuições entre CADE e CGU

Contraopondo-se ao entendimento de que as competências sancionatórias concorrentes “devem ser exercidas *de* forma independente por cada órgão, de acordo com seu plexo de atribuição”¹⁶⁵, propõe-se, como primeira alternativa, que os titulares de tais competências atuem de forma coordenada e em cooperação, a fim de que o exercício do *jus puniendi* estatal não resulte na violação das normas jurídicas analisadas no item 4.1 deste capítulo.

ambas manifestações do poder punitivo estatal, em virtude do contrato social existente para a preservação de bens jurídicos. (OLIVEIRA. Ana Carolina. **Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador**: o pensamento de Hassemer e o Direito Penal brasileiro. 2012, p. 127) Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-13082013-112549/publico/Ana_Carolina_Carlos_de_Oliveira_Integral.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2022.

¹⁶⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão n. 2.355/2018**. Representação n. 013.385/2017-8. Relator: Min. Benjamin Zymler, 10 de outubro de 2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2355%2520ANOACORDAO%253A2018%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 13 fev. 2022.

A doutrina há muito destaca as vantagens de uma atuação coordenada. Abordando especificamente os acordos de leniência, Alexandre Macedo Cordeiro e Raquel Mazzuco Sant’Ana examinam a ideia de um balcão único, no qual todas as autoridades competentes para apuração de um ilícito negociariam conjuntamente um único acordo de leniência com o particular¹⁶⁶. Os articulistas observam que a instituição de um balcão único dependeria de alteração legislativa que, além de unificar a regulamentação da leniência no Brasil, “conferisse uma dinâmica de cooperação entre as autoridades que reduzisse tempo e custo de investigação”. Destacam, contudo, que tal modificação demandaria “amadurecimento considerável das instituições competentes a fim de cooperarem entre si e trabalharem juntas com muito diálogo”.

Os tribunais brasileiros também têm apontado a necessidade de coordenação entre as instituições sancionadoras do Estado. No já citado precedente da 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o voto da relatora identifica a existência de um microsistema de combate à corrupção composto pela Lei de Improbidade (Lei n. 8.429/1992), Lei de Organização Criminosa (Lei n. 12.850/2013), Lei antitruste (Lei n. 12.529/2011) e Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/2013). A relatora ressalva, contudo, que, para que atuação das autoridades efetivamente funcione como um *sistema*, é imperioso que guarde “unidade, coerência e harmonia, afastando-se as aparentes antinomias, de molde a que, por meio de interpretação sistemática e sob a ótica conjuntural e, portanto, orgânica do conjunto então formado, sejam alcançados os objetivos legais”.¹⁶⁷

Sustentando posição similar, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal já destacou que o “alinhamento de incentivos e de cooperação institucional faz-se ainda mais necessário quando os regimes de punição apresentam sobreposições, isto é, quando as legislações aplicáveis podem incidir sobre um mesmo plexo de atos dos agentes econômicos”.¹⁶⁸

¹⁶⁶ MACEDO, Alexandre Cordeiro; SANT’ANA, Raquel Mazzuco. Balcão único para negociação de acordos de leniência no Brasil (*Leniency Agreements in Brazil: The Proposition of ‘One-Stop Shop’*). **SSRN Electronic Journal**. v. 23529, 2019 Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3424277>> Acesso em: 15 fev. 2022.

¹⁶⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Agravo de Instrumento n. 5055856-11.2020.4.04.0000**, Terceira Turma, Relatora Vânia Hack de Almeida, juntado aos autos em 21/07/2021.

¹⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Mandado de Segurança n. 35435**, Relator: Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 30/03/2021. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/gilmar-tcu-andrade-gutierrez-inidonea.pdf> Acesso em: 13 fev. 2022.

Contudo, a necessidade de cooperação entre as autoridades encarregadas da persecução administrativa não é tema exclusivo da doutrina e da jurisprudência. Em diversas situações, a própria legislação já disciplinou formatos de atuação coordenada na esfera administrativa sancionatória.

Um exemplo disso consta na nova Lei de Licitações e Contratos. Na hipótese de um mesmo fato constituir, ao mesmo tempo, infração à referida norma e à Lei Anticorrupção, seria possível, em tese, a instauração de dois processos administrativos punitivos. Um no âmbito da Administração contratante, para apurar a infração à norma licitatória, e outro na CGU, para apurar a infração prevista na Lei Anticorrupção. No entanto, para evitar sobreposição de atuações, a própria Lei de Licitações e Contratos já previu que, nesse caso, deverá haver apuração e julgamento conjunto pela CGU, *in verbis*:

Art. 159. Os atos previstos como infrações administrativas nesta Lei ou em outras leis de licitações e contratos da Administração Pública que também sejam tipificados como atos lesivos na Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013, serão apurados e julgados conjuntamente, nos mesmos autos, observados o rito procedimental e a autoridade competente definidos na referida Lei.

A apuração e o julgamento conjunto previstos na norma evitam vários dos problemas aqui abordados, como, por exemplo, o risco de decisões contraditórias ou de posturas incoerentes por parte da Administração. É certo que o julgamento conjunto, por si só, não evita a imposição de duplo sancionamento pelo mesmo fato, o que deve ser observado pela autoridade coatora no caso concreto, sob pena de persistir a violação ao *ne bis in idem*.

Outro claro exemplo de atuação em cooperação decorre da Lei Anticorrupção. O artigo 8º, § 2º, da referida lei outorga à CGU competência concorrente para instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas, permitindo ainda que o órgão avoque processos administrativos instaurados por outros órgãos do Poder Executivo com fundamento na mesma lei. Em complemento a essa competência sancionatória o artigo 16 da Lei Anticorrupção também outorga à CGU a competência “para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal”.

Ocorre que a Lei Anticorrupção não prevê apenas a responsabilização administrativa – de competência da CGU – mas também a responsabilização judicial, a cargo do órgão de representação judicial do Ente lesado, bem como do Ministério Público (art. 19 da Lei n. 12.846/2013). Assim, os mesmos fatos podem dar ensejo à

responsabilização administrativa pela CGU, com possibilidade de celebração de acordo de leniência, sem prejuízo da responsabilização judicial baseada na mesma Lei. Nesse sentido, o artigo 18 da referida lei prevê que “na esfera administrativa, a responsabilidade da pessoa jurídica não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial”.

Além da responsabilização judicial, é possível ainda que o órgão de representação judicial do Ente lesado ajuíze ação de improbidade administrativa pelos mesmos fatos, caso também sejam tipificados como atos ímprobos na Lei n. 8.429/1992.

Visando evitar o risco de conflito entre a atribuição da CGU – na celebração do acordo de leniência – e da AGU – na responsabilização judicial com base na Lei Anticorrupção e na Lei de Improbidade – os dois órgãos regulamentaram uma atuação coordenada na celebração de acordos de leniência, por meio da Portaria Interministerial n. 2.278, de 15 de dezembro de 2016¹⁶⁹.

O artigo 2º do referido ato normativo prevê que o acordo de leniência poderá abranger não só os atos lesivos tipificados na Lei Anticorrupção, mas também os “ilícitos administrativos previstos na Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992 [Lei de Improbidade], na Lei n. 8.666, 21 de junho de 1993, e em outras normas de licitações e contratos”. O § 2º do mesmo dispositivo prevê que a CGU comunicará o recebimento de proposta de acordo à AGU, que “indicará um ou mais advogados públicos para comporem a comissão de negociação de eventual acordo de leniência”.

Além disso, a despeito de a Lei n. 12.846/2013 outorgar à CGU a competência para a celebração de acordos de leniência anticorrupção, o artigo 7º, parágrafo único, da Portaria Interministerial n. 2.278/2016 prevê que “a celebração do acordo de leniência caberá ao Ministro da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União – CGU e ao Advogado-Geral da União”.

Percebe-se, portanto, que a atuação coordenada entre CGU e AGU ocorreu a despeito da inexistência de previsão legal nesse sentido, sem que tenha havido qualquer questionamento às adequações de competência efetivadas pela referida Portaria interministerial.

¹⁶⁹ BRASIL. Portaria Interministerial n. 2.278, de 15 de dezembro de 2016. Define os procedimentos para celebração do acordo de leniência de que trata a Lei n.12.846, de 1º de agosto de 2013, no âmbito do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União – CGU e dispõe sobre a participação da Advocacia-Geral da União. **Diário Oficial da União**. 15 dez. 2016.

Desde então, AGU e CGU celebraram, em conjunto, dezessete acordos de leniência, com previsão de pagamentos que, somados, superam R\$ 15 bilhões¹⁷⁰. Tais acordos permitiram sanear não só a responsabilidade administrativa dos lenientes decorrente da Lei Anticorrupção, cuja apuração é de competência da CGU, mas também a responsabilização judicial prevista na mesma norma e na Lei de Improbidade, estas últimas a cargo da AGU.

No âmbito do CADE, a atuação conjunta entre a Autarquia e o Ministério Público Federal é mais uma importante amostra de cooperação interinstitucional. Ao participar da celebração dos acordos de leniência antitruste, por exemplo, o Ministério Público permite que as repercussões criminais dos fatos investigados pelo CADE sejam alcançadas pelo referido acordo.

Ainda envolvendo o CADE, outro exemplo relevante de cooperação interinstitucional (embora afeto à matéria regulatória e não sancionatória) é o memorando de entendimentos celebrado com o Banco Central, em 2018, para disciplinar a cooperação dos dois órgãos na análise de atos de concentração econômica no âmbito do Sistema Financeiro Nacional¹⁷¹. Referido documento pôs termo a inúmeras discussões administrativas e judiciais sobre qual seria o órgão competente para analisar e aprovar atos de concentração envolvendo instituições financeiras. Contrariando posicionamento da Advocacia-Geral da União, que concluiu pela competência privativa do Banco Central para analisar e aprovar tais atos¹⁷², o CADE entendia possuir competência plena para examinar as referidas operações, podendo exercer tal atribuição de forma independente do Banco Central e sem qualquer vinculação às decisões do órgão central do Sistema Financeiro Nacional.

Após sucessivas derrotas judiciais que reconheceram a competência privativa do Banco Central para analisar e aprovar referidos atos de concentração¹⁷³, CADE e

¹⁷⁰ Cf. Painel Acordo de Leniência, disponibilizado no *site* da CGU. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoizTU2MwI0MjYtY2EzOS00NzYyLTg3MwQ0tYWE3MmFiMmY0ODM4liwidCI6IjY2NzhkOWZILTA5MjEtNDE3ZC04NDExLTVmMWMxOGRIZmJiYiJ9>>. Acesso: em 15 fev. 2022.

¹⁷¹ Memorando de entendimentos disponível em: <http://antigo.cade.gov.br/aceso-a-informacao/convenios-e-transferencias/acordos-nacionais/memorando_cade_bc.pdf/view>. Acesso em: 16 fev. 2022.

¹⁷² BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Parecer GM-020/2001**, de 28 de março de 2001.

¹⁷³ Vide, exemplificativamente, acórdão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n. 1.094.218/DF, no qual restou consignado que “o Sistema Financeiro Nacional não pode subordinar-se a dois organismos regulatórios”, de modo que, em razão do princípio da especialidade, “os atos de concentração, aquisição ou fusão de instituição relacionados ao Sistema Financeiro Nacional sempre foram de atribuição do BACEN, agência reguladora a quem compete normatizar e fiscalizar o sistema como um todo, nos termos da Lei 4.594/64” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial**

Banco Central finalmente celebraram o memorando de entendimentos referido, prevendo o exercício coordenado da competência concorrente de ambos os órgãos para examinar os atos de concentração envolvendo instituições financeiras. Importantes previsões de atuação coordenada constaram no referido documento, a exemplo da necessidade de consulta prévia ao Banco Central antes da imposição de sanções pelo CADE e da prerrogativa da autarquia financeira de aprovar unilateralmente atos de concentração, em decisão vinculante para o CADE, sempre que presentes “riscos relevantes e iminentes à solidez e à estabilidade do Sistema Financeiro Nacional”.

Igualmente digno de nota é o Acordo de Cooperação Técnica – ACT, firmado entre o Supremo Tribunal Federal, a CGU, a AGU, o TCU e o Ministério da Justiça e Segurança Pública – MJSP, voltado ao combate à corrupção, no Brasil, especialmente em relação aos acordos de leniência da Lei n. 12.846/2013. Referido ACT, subscrito inclusive por Poderes autônomos, previu uma série de ações sistêmicas e operacionais coordenadas entre os signatários, com o objetivo de evitar “insegurança jurídica, conflitos interinstitucionais, sobreposição de atuações, insuficiência ou vácuos na atuação estatal, impunidade e desproporcionalidade na punição das pessoas físicas e jurídicas”¹⁷⁴.

A essência do ACT, como deixa claro o primeiro princípio elencado no acordo, é garantir a

[...] articulação interinstitucional, com a contínua e permanente cooperação mútua entre os órgãos e instituições com competência na matéria, realizada com eficiente fluxo de informações e dentro do espírito de mútua assistência, cooperação, reciprocidade e busca de objetivos comuns”.

Ora, se todos esses órgãos e poderes com competências distintas podem cooperar entre si, assim, como o CADE pode atuar em coordenação com o Ministério Público Federal e com o Banco central, e a CGU com a AGU, porque não podem CADE e CGU atuar de forma coordenada no combate aos cartéis em licitações, a fim

n. 1094218/DF, Relatora: Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 25/08/2010, DJe 12/04/2011).

¹⁷⁴ BRASIL. **Acordo de Cooperação Técnica que entre si celebram o Ministério Público Federal, a Controladoria-Geral Da União (CGU), a Advocacia Geral da União (AGU), o Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP) e o Tribunal de Contas da União (TCU) em matéria de combate à corrupção no brasil, especialmente em relação aos acordos de leniência da Lei n. 12.846, de 2013.** Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/data/files/11/16/BB/03/575C37109EB62737F18818A8/ACORDO%20DE%20COOPERACAO%20TECNICA%20_1_.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2022.

de evitar a sobreposição de atribuições? Tal possibilidade não parece esbarrar em qualquer vedação constitucional ou legal. Como demonstram os precedentes acima, a vontade institucional é suficiente para concretizar uma agenda cooperativa dessa natureza.

Quanto ao formato da cooperação a ser firmada entre CGU e CADE, as possibilidades são várias. Em matéria de leniência, seria possível estipular desde celebração conjunta de acordos de leniência para ilícitos de competência comum – em uma espécie de balcão unificado para os dois órgãos – até a previsão de que o órgão não signatário observaria os termos do acordo firmado por outra autoridade, podendo, em contrapartida, ter acesso aos elementos de prova obtidos a partir da referida colaboração.

No que se refere à atuação sancionatória contenciosa, CGU e CADE poderiam acordar o processo e julgamento conjunto, tal como ocorre em relação aos atos tipificados como infrações à norma licitatória e à Lei Anticorrupção (artigo 159 da Lei n. 14.133/2021).

Caso se decida pela atuação apartada, uma alternativa seria a previsão de que a primeira instauração de processo tendente a apurar determinado fato inibiria a persecução administrativa pelo segundo órgão, de modo a se evitar o *bis in idem* na instância administrativa sancionatória. Aplicar-se-ia, nessa sistemática, uma espécie de “prevenção”, na qual a primeira autoridade a conhecer do fato e iniciar sua apuração se torna a única competente para julgar a infração.¹⁷⁵

Importante destacar aqui o ganho de eficiência para o Estado gerado por essa alternativa. A partir do momento que o pioneirismo na apuração do ilícito garante a exclusividade sancionatória, os órgãos impactados recebem um estímulo direto para aprimorar seus sistemas de detecção de infrações.

Outra opção seria a previsão de uma espécie de “jurisdição líder”, conceito concebido inicialmente como alternativa para solucionar a sobreposição de competências nos casos de infrações à ordem econômica que atingem várias

¹⁷⁵ No direito processual civil, a prevenção está prevista no artigo 59 do Código processual e dispõe que o registro ou a distribuição da petição inicial torna prevento o juízo. A prevenção define que todas as ações subsequentes sobre a mesma questão serão de competência do juízo prevento. (BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. 17 mar. 2015.

jurisdições nacionais¹⁷⁶. Aplicando-se tal conceito ao caso em exame, CADE e CGU estabeleceriam critérios para definir o bem jurídico mais afetado por determinado fato, o que geraria a prevenção do órgão respectivo. Assim, se a aplicação dos critérios predefinidos indicasse que a ordem econômica havia sido mais afetada do que a higidez das licitações públicas, por exemplo, o CADE investigaria e processaria o ilícito, a despeito da competência concorrente da CGU. Ao contrário, se a ofensa à Administração Pública restasse mais evidenciada que a lesão à legislação antitruste noutra situação, a CGU seria responsável pela atuação sancionatória e decidiria o caso, podendo se valer inclusive do apoio operacional do CADE, se necessário fosse.

Finalmente, no caso de a cooperação proposta alcançar o nível legislativo, poder-se-ia cogitar a criação de um órgão público específico que aglutinasse as competências sancionatórias hoje outorgadas ao CADE e a CGU, apenas em relação aos ilícitos atualmente alcançados por ambos os órgãos, a exemplo do cartel em licitações públicas. Seriam destacados agentes públicos do CADE e da CGU para desempenhar suas funções no órgão recém-criado, o qual seria o único responsável pelo processo e julgamento dos fatos que hoje são objeto da sobreposição de atuações de CADE e CGU. Em caso de condenação, seriam aplicadas as penas previstas especificamente na nova lei para tais infrações. É de se reconhecer, contudo, que a referida alternativa é a de maior custo e mais difícil implementação, por envolver a criação de novo órgão e ampliar o espectro de autoridades responsáveis por executar o *jus puniendi* estatal.

Como se vê, alternativas não faltam para a solução do problema examinado neste trabalho. De toda sorte, enquanto a atuação coordenada e em cooperação não seja implementada no plano institucional entre CADE e CGU, competirá às autoridades desses órgãos, em cada caso concreto, observar se suas respectivas atuações autônomas estão observando as garantias de segurança jurídica, *ne bis in idem*, boa-fé objetiva e proteção da confiança legítima, dentre outras. Caso haja violação a tais normas, somente restará ao particular socorre-se do Poder Judiciário.

Com efeito, apesar dos custos inerentes a um processo judicial e da impossibilidade de se solucionar em definitivo o problema de segurança jurídica, a

¹⁷⁶ BUDZINSKI, Oliver. Lead Jurisdiction Concepts: Towards Rationalizing Multiple Competition Policy enforcement Procedures. *In: Ilmenau Economics Discussion Papers*, Vol. 19, No. 87. jul., 2014. Disponível em: <<https://awa2015.concurrences.com/IMG/pdf/ssrn-id2458663.pdf>>. Acesso em: 31 jan. 2022.

intervenção da Justiça poderá, pelo menos, coibir os excessos punitivos do caso concreto, ocasionados pela sobreposição de atribuições sancionatórias.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por objetivo examinar as consequências da atuação concorrente do CADE e da CGU no combate a cartéis em licitações públicas, bem como a compatibilidade desse modelo com os direitos e garantias constitucionais dos acusados em processos sancionatórios. Partiu-se da hipótese de que a resposta a tais questões é negativa. Considera-se que o aprofundamento dessa questão vem se tornando mais importante à medida em que cresce o aparato sancionador estatal e surgem novas esferas de responsabilização incidentes sobre um mesmo ilícito.

Diante dos crescentes questionamentos acerca da legalidade das múltiplas responsabilizações por um mesmo fato, chama atenção a atuação concorrente do CADE e da CGU no combate a cartéis em licitações, por poder configurar, em inúmeras oportunidades, duplicidade de responsabilizações dentro da mesma instância administrativa sancionatória, levada a efeito por instituições integrantes da mesma Administração Pública federal. Assim, por se considerar necessário fomentar reflexões acadêmicas quanto ao tema, optou-se por examinar especificamente a sobreposição de atribuições dos referidos órgãos, a partir de suas atuações em um caso concreto, referente à apuração e responsabilização de empresa envolvida em cartéis que afetaram licitações públicas da Petrobras.

Enquanto o primeiro capítulo voltou-se à descrição do caso concreto que serviu de base para a discussão, e o segundo examinou alguns conceitos essenciais à correta compreensão da controvérsia, o terceiro tratou das bases normativas para a atuação de cada um dos órgãos. Nesse ponto, foi possível identificar um efetivo espaço de sobreposição de competências sancionatórias entre o CADE e a CGU.

No quarto capítulo, ao se examinar a incidência das normas sobrepostas no caso em estudo, pôde-se concluir que a atuação do CADE e da CGU ofendeu o princípio da segurança jurídica, ao possibilitar a punição por fatos que já haviam sido objeto do exercício do *jus puniendi* estatal, com a aplicação das medidas adequadas e suficientes para reprimir o ilícito e prevenir sua reiteração. Verificou-se que a atuação descoordenada da Administração no caso, na qual uma instância desconsidera a atuação da outra, ignorando instrumentos negociais celebrados e aplicando sanção que havia sido evitada justamente em razão da celebração de tais instrumentos, configura conduta que se afasta da previsibilidade e da coerência necessárias à existência de segurança jurídica na atuação sancionatória do Estado.

Prosseguindo no mesmo exercício, logrou-se constatar, nesse particular, que a concepção mais consentânea do *ne bis in idem* com a ordem constitucional e com as convenções internacionais vigentes impede a dupla responsabilização dentro de uma mesma instância, a exemplo da instância administrativa sancionatória.

A partir de tal constatação, firmou-se o entendimento de que a sobreposição de competências sancionatórias exercidas por dois órgãos integrantes da mesma Administração, submetendo o particular à dupla responsabilização na instância administrativa sancionatória, violou a garantia constitucional da vedação ao *bis in idem*.

Ainda no campo dos direitos e garantias dos acusados em processos sancionatórios, a análise realizada possibilitou a constatação de que a Administração violou o princípio da proteção da confiança legítima ao deixar de aplicar determinada pena no processo que tramitou junto ao CADE em razão da celebração de acordo de leniência, mas aplicar penalidade equivalente no bojo do processo que tramitou na CGU. Considerou-se que tal conduta frustrou a expectativa legitimamente adquirida pelo particular, no sentido de que a colaboração prestada e as obrigações assumidas nos instrumentos firmados com o Poder Público seriam adequadas e suficientes para responsabilizá-lo pelos fatos em apuração. Foi possível perceber ainda a ocorrência de violação da boa-fé objetiva pela Administração, ao conferir à empresa, no âmbito do segundo processo, direito de defesa que, na prática, sabia ser impossível de ser exercido, ante a confissão anteriormente colhida quanto aos mesmos ilícitos.

Em adição, logrou-se realizar importante constatação de ordem prática, no sentido de que a inobservância dos efeitos de acordos firmados por outras autoridades gera um desestímulo à celebração de tais negócios jurídicos e enfraquece a capacidade estatal de utilizar o instituto da leniência para identificar e reprimir atos ilícitos. Concluiu-se que a possibilidade de violação do acordo por parte do Estado é elemento central no cálculo realizado pelo particular ao tomar a decisão de colaborar ou não com o Poder Público.

Após se verificar que os argumentos defendidos por CADE e CGU para justificar a possibilidade de atuação concorrente eram insuficientes para refutar as conclusões acima descritas, foi possível confirmar a hipótese inicial de que a sobreposição de atribuições dos dois órgãos no combate a cartéis em licitações públicas, além de ineficiente, viola direitos e garantias constitucionais dos acusados em processos sancionatórios.

Como consequência, buscou-se contribuir para o aperfeiçoamento da atuação sancionatória estatal, por meio da sugestão de alternativas ao atual modelo de atuação concorrente e descoordenada entre CADE e CGU. Em reforço à viabilidade jurídica da proposta de atuação coordenada, foi possível identificar diversos exemplos de cooperação entre autoridades responsáveis pelo exercício do *jus puniendi* estatal, que ocorrem mesmo a despeito de previsão legal expressa nesse sentido.

Embora a formatação de um modelo de atuação coordenada entre CADE e CGU demande maior pesquisa e debate entre os órgãos e os jurisdicionados, o presente trabalho pretende servir de catalisador para o processo de cooperação, que se mostra cada vez mais necessário no sistema jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

AREDES, Sirlene Nunes. **Ne bis in idem**: direito fundamental constitucional aplicável na relação entre as esferas penal e administrativa geral no direito brasileiro. Disponível em: <<https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/818/500>>. Acesso em: 6 fev. 2022.

BAPTISTA, Patrícia Ferreira; MEDAUAR, Odete. **Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito brasileiro**: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro. 2006. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 130.

BRASIL. **Acordo de Cooperação Técnica que entre si celebram o Ministério Público Federal, a Controladoria-Geral Da União (CGU), a Advocacia Geral da União (AGU), o Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP) e o Tribunal de Contas da União (TCU) em matéria de combate à corrupção no Brasil, especialmente em relação aos acordos de leniência da Lei n. 12.846, de 2013**. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/data/files/11/16/BB/03/575C37109EB62737F18818A8/ACORDO%20DE%20COOPERACAO%20TECNICA%20_1_.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2022.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Parecer GM-020/2001**, de 28 de março de 2001.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Despacho do Superintendente-Geral n. 42. Diário Oficial União**. 23 dez 2015 Seção 1:8.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. Gabinete do Ministro. Decisão de 16 de março de 2020. **Diário Oficial União**. 17 mar. 2020. Seção 1.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. Gabinete do Ministro. **Decisão de 28 de janeiro de 2020. Diário Oficial União**. 30 jan. 2020. Seção 1. p. 132.

BRASIL. Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. **Diário Oficial da União**. 7 jul. 1992.

BRASIL. **Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da União**. 9 nov. 1992.

BRASIL. **Decreto n. 2.745, de 24 de agosto de 1998**. Aprova o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRÁS previsto no art. 67 da Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997. **Diário Oficial da União**. 25 ago. 1998.

BRASIL. **Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. **Diário Oficial da União**. 26 set. 2002.

Brasil. Palácio do Planalto. Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. 19 mar. 2015.

BRASIL. Palácio do Planalto Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. 5 jun. 1998.

BRASIL. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. **Diário Oficial da União**. 19 abr. 1991.

BRASIL. Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. 28 dez 1990.

BRASIL. Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. 13 jun. 1994.

BRASIL. Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. 7 ago. 1997.

BRASIL. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial da União**. 1º fev. 1999.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**. 11 jan. 2002.

BRASIL. **Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei n. 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. 1º nov. 2011.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. 2 ago. 2013.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. 17 mar. 2015.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre *segurança jurídica* e eficiência na criação e na aplicação do direito público. **Diário Oficial da União**. 26 abr. 2018.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 13.869, de 5 de setembro de 2019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei n. 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). **Diário Oficial da União**. 5 set. 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei n. 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada n. 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei n. 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei n. 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. 20 set. 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 13.844, de 18 de junho de 2019. Estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios; altera as Leis nos 13.334, de 13 de setembro de 2016, 9.069, de 29 de junho de 1995, 11.457, de 16 de março de 2007, 9.984, de 17 de julho de 2000, 9.433, de 8 de janeiro de 1997, 8.001, de 13 de março de 1990, 11.952, de 25 de junho de 2009, 10.559, de 13 de novembro de 2002, 11.440, de 29 de dezembro de 2006, 9.613, de 3 de março de 1998, 11.473, de 10 de maio de 2007, e 13.346, de 10 de outubro de 2016; e revoga dispositivos das Leis nos 10.233, de 5 de junho de 2001, e 11.284, de 2 de março de 2006, e a Lei n. 13.502, de 1º de novembro de 2017. **Diário Oficial da União**. 18 jun. 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União**. 1º abr. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021. Altera a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. **Diário Oficial da União** 26 out 2021.

BRASIL. Portaria Interministerial n. 2.278, de 15 de dezembro de 2016. Define os procedimentos para celebração do acordo de leniência de que trata a Lei n.12.846, de 1º de agosto de 2013, no âmbito do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União – CGU e dispõe sobre a participação da Advocacia-Geral da União. **Diário Oficial da União**. 15 dez 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1094218/DF**, Relatora: Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 25/08/2010, DJe 12/04/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial n. 1504007/PI**, Rel. Ministro Herman Benjamin, segunda turma, julgado em 10/05/2016, DJe 01/06/2016, p. 443.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Mandado de Segurança n. 32788**, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 05/12/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-053 DIVULG 19-03-2018 PUBLIC 20-03-2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Mandado de Segurança n. 35435**, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 30/03/2021. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/gilmar-tcu-andrade-gutierrez-inidonea.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Reclamação n. 41557**, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 15/12/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-045 DIVULG 09-03-2021 PUBLIC 10-03-2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 441.280**. Recorrente: Frota de Petroleiros do Sul Ltda – PETROSUL. Recorrida: Petróleo Brasileiro S.A – Petrobras. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 8 de março de 2021. **Diário de Justiça Eletrônico** de 24/05/2021 – Ata n. 87/2021. DJE n. 98, divulgado em 21/05/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário n. 466343**, Relator(a): CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, RTJ VOL-00210-02 PP-00745 v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165.

BRASIL. Tribunal Administrativo de Defesa Econômica. **Ata da 134ª sessão ordinária de julgamento. Diário Oficial União**. 26 nov. 2018. Seção 1.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão n. 2.355/2018**. Representação n. 013.385/2017-8. Relator: Min. Benjamin Zymler, 10 de outubro de 2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2355%2520ANOACORDAO%253A2018%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 13 fev. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 2.502/2010**. Plenário. Relator: Ministro Marcos Bemquerer. Sessão de 22/09/2010.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 6.198/2009**. Primeira Câmara. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 05/11/2009. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF. 24 nov. 2009.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Agravo de Instrumento n. 5055856-11.2020.4.04.0000**, Terceira Turma, Relatora Vânia Hack de Almeida, juntado aos autos em 21/07/2021.

BUDZINSKI, Oliver. Lead Jurisdiction Concepts: Towards Rationalizing Multiple Competition Policy enforcement Procedures. *In: Ilmenau Economics Discussion Papers*, Vol. 19, No. 87. jul. 2014. Disponível em: <<https://awa2015.concurrences.com/IMG/pdf/ssrn-id2458663.pdf>>. Acesso em: 31 jan. 2022.

BUONICORE, Bruno Tadeu; MENDES, Gilmar. **A vedação do *bis in idem* na relação entre direito penal e direito administrativo sancionador e o princípio da independência mitigada**. Boletim IBCRIM, n. 340, mar. 2021. p. 4. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/741/8454>>. Acesso em: 2 fev. 2022.

CADE. **Guia de Combate a cartéis em licitação**, 2019. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/Not%C3%ADcias/2019/Cade%20publica%20Guia%20de%20Combate%20a%20Cart%C3%A9is%20em%20Licita%C3%A7%C3%A3o__guia-de-combate-a-carteis-em-licitacao-versao-final-1.pdf> Acesso em: 24 de dez. de 2021.

CADE. **Guia sobre o Programa de Leniência Antitruste do CADE**. 2016, atualizado em 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/programa-de-leniencia/guia-do-programa>>. Acesso em: 5 de dez. de 2021.

CADE. **Guia: Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel**, 2017. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-tcc-atualizado-11-09-17.pdf>>. Acesso em: 5 dez. de 2021.

CADE. **Memorando de entendimentos Cade e BC**. 2018. Disponível em: <http://antigo.cade.gov.br/aceso-a-informacao/convenios-e-transferencias/acordos-nacionais/memorando_cade_bc.pdf/view>. Acesso em: 16 fev. 2022.

CADE. **Regimento Interno**. 2020. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/Not%C3%ADcias/2019/Cade%20publica%20Guia%20de%20Combate%20a%20Cart%C3%A9is%20em%20Licita%C3%A7%C3%A3o__guia-de-combate-a-carteis-em-licitacao-versao-final-1.pdf>. Acesso em: 24 dez. de 2021.

CADE. **SEI. CADE**, [s. d]. Acesso para Usuários Externos. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=usuario_externo_logar&id_orgao_aceso_externo=0>. Acesso em: 3 out. 2021.

CADERNOS Brasil na OCDE. **Compras Públicas**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada e Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe – CEPAL, Nações Unidas. Disponível em: <<https://repositorio.cepal.org/handle/11362/47061>>. Acesso em: 4 de nov. 2021.

CALDEIRA, Felipe Machado. A conformação constitucional do direito penal econômico e a impossibilidade de sobreposição de sanções administrativa e penal. **Revista brasileira de ciências criminais** – ano 20 – n. 95 – abril 2012.

CANETTI, Rafaela Coutinho. **Acordo de leniência: fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019, p. 256–257.

CANOTILHO, J. J. GOMES. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almeida, 1995, p. 373.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa**: anotada. Vol. I, 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 497.

CGU. **Cartilha sobre a Convenção da OCDE contra o Suborno Transnacional**. Disponível em: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/articulacao-internacional-1/convencao-da-ocde/arquivos/cartilha-ocde-2016.pdf>>. Acesso em: 13 dez. 2021.

CGU. **Como fazer um acordo**. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrljoiZTU2MWI0MjYtY2EzOS00NzYyLTg3MWQ0YWE3MmFiMmY0ODM4IiwidCI6IjY2NzhkOWZILTA5MjEtNDE3ZC04NDE3LTVmMWMxOGRIZmJiYiJ9>>. Acesso em: 15 fev. 2022.

CGU. **Painel Acordos de Leniência**. Disponível em: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/combate-a-corrupcao/acordo-leniencia/como-fazer-um-acordo>>. Acesso em: 15 dez. 2021.

CHAVES Cristiano; ROSENVALD; Nelson. **Curso de Direito Civil: obrigações**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2006. p. 41.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **Ne bis in idem e Lei Anticorrupção**: sobre os limites para a imposição de sanção pelo Estado. **Revista Fórum de Ciências Criminais**. Belo Horizonte, ano 2, 2015. p. 79.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Ne bis in idem* entre direito penal e direito administrativo sancionador. **Boletim IBCRIM**, n. 340, mar. 2021, p. 6. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/741/8454>>. Acesso em: 2 fev. 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O STJ e o princípio da segurança jurídica. **Revista do Advogado**. Associação dos Advogados de São Paulo, ano XXXIX, n. 141, de maio de 2019.

ENTENDA o caso da Lava Jato: Curitiba. **Ministério Público Federal**, [s. d]. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso/curitiba>>. Acesso em: 3 out. 2021.

FACCI, Lucio Picanço. **A proibição de comportamento contraditório no âmbito da Administração Pública**: a tutela da confiança nas relações jurídico-administrativas. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista53/Revista53_197.pdf> Acesso em: 18 jan. 2022.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby; COSTA, Karina Amorim Sampaio. In: NASCIMENTO, Melillo Dinis do (Org.). **Lei Anticorrupção Empresarial**: aspectos críticos à Lei n. 12.846/2013. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 29.

FOSS, Maria Carolina. **Compras públicas como instrumento de política de inovação orientada à demanda**: experiências no Brasil, nos Estados Unidos e na União Europeia. Tese (Doutorado) – Departamento de Política Científica e Tecnológica (DPCT), Unicamp, Campinas, São Paulo, 2019, p. 175. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/333405385_COMPRAS_PUBLICAS_CO_MO_INSTRUMENTO_DE_POLITICA_DE_INOVACAO_ORIENTADA_A_DEMANDA_EXPERIENCIAS_NO_BRASIL_NOS_ESTADOS_UNIDOS_E_NA_UNIAO_EUROPEIA> Acesso em: 15 out. 2021.

GOMES, Renata Machado dos Santos; MIRANDA, e Rodrigo Fontenelle de Araújo. **Os Caminhos da Política Pública Anticorrupção e as Influências Internacionais**:

O Caso da Lei n. 12.846/2013. 2018. Disponível em: <https://revista.cgu.gov.br/Revista_da_CGU>. Acesso em: 15 dez. 2021.

GURGEL, Cláudio Roberto Marques Gurgel. Para além da reforma do estado - crises e limites da razão liberal. **Administração Pública e Gestão Social** [S. l.] v. 1, n. 3, p. 159–170, 2017. DOI: 10.21118/apgs.v1i3.5137. Disponível em: <<https://periodicos.ufv.br/apgs/article/view/5137>>. Acesso em: 30 mar. 2022.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14^a ed. Malheiros: 2010, p. 62.

HAMMOND, Scott. **Cornerstones of an effective leniency program**. U.S. Department of Justice. 2009. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/speech/cornerstones-effective-lenieny-program>>. Acesso em: 28 jan. 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 10^a ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 273.

LASO, Enrique Sayagués. **Tratado de derecho administrativo**. Montevideu. Facultad de Derecho Y Ciencias Sociales. Fundacion de Cultura Universitaria, 1991, p. 552.

MACEDO, Alexandre Cordeiro; SANT'ANA, Raquel Mazzuco. Balcão único para negociação de acordos de leniência no Brasil (*Leniency Agreements in Brazil: The Proposition of 'One-Stop Shop'*). **SSRN Electronic Journal**, v. 23529, 2019 Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3424277>> Acesso em: 15 fev. 2022.

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. **A vedação do *bis in idem* no direito brasileiro: algumas reflexões e uma proposta de interpretação**. **Revista Publicum**. Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 13-41, 2020. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/57571/37408>>. Acesso em: 2 fev. 2022.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais. **Revista dos Tribunais**, 4^a ed. São Paulo. 2002. p. 181.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 109.

MOREIRA, Marina Figueiredo; VARGAS, Eduardo Raupp. **O papel das compras governamentais na indução de inovações**. **Contabilidade, Gestão e Governança**. v. 12, n. 2, 2009. p. 35-43.. Disponível em: <https://www.revistacgg.org/contabil/article/view/66/pdf_59>. Acesso em: 15 out. 2021.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **A vedação do *bis in idem* e as sanções administrativas: uma abordagem da perspectiva material**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/direito-administrativo-sancionador/a-vedacao-do-bis-in-idem-e-as-sancoes-administrativas-10082021>> Acesso em: 8 de fev. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4ª ed. São Paulo: Forense, 2015. p. 305-306.

OCDE. **Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas**, 2009. Disponível em: <<http://www.comprasnet.gov.br/banner/seguro/diretrizes-ocde.pdf>>. Acesso em: 5 nov. 2021.

OCDE. **Preventing corruption in Public Procurement**. 2016. Disponível em: <<http://www.oecd.org/gov/ethics/Corruption-Public-Procurement-Brochure.pdf>>. Acesso em: 4 nov. 2021.

OCDE. **Public procurement – the role of competition authorities in promoting competition**. Paris, 2007, p. 34. Disponível em <<https://www.oecd.org/daf/competition/cartels/39891049.pdf>>. Acesso em: 5 nov. 2021.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Editora **Revista dos Tribunais**. 2010, p. 270.

OLIVEIRA, Ana Carolina. **Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador: o pensamento de Hassemer e o Direito Penal brasileiro**. 2012, p. 127) Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-13082013-112549/publico/Ana_Carolina_Carlos_de_Oliveira_Integral.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2022.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Método, 2013. p. 58.

PÉREZ, Jesús González. **El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo**. Madrid: Civitas, 1983. p. 54. Disponível em: <<https://www.racmypes/docs/academicos/669/discurso/d32.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2022.

PIMENTA, Raquel de Mattos. **A construção dos acordos de leniência da lei anticorrupção**. São Paulo: Blucher, 2020, p. 182. Disponível em: <<https://openaccess.blucher.com.br/download-pdf/477>>. Acesso em: 13 fev. 2022.

PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2019. p. 123-124.

PRADO. Luiz Régis. **Tratado de direito penal brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Forense, 2019, p. 165.

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **Responsabilização judicial da pessoa jurídica na lei anticorrupção**. In: Lei Anticorrupção. SOUZA. Jorge Munhoz de. QUEIROZ. Ronaldo Pinheiro de (Org). Salvador: Juspodivm, 2015, p. 169-170.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes Rocha. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 193.

SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro. **Revista De Direito Administrativo**, 237, 271-316. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44376/44830>>. Acesso em: 12 fev. 2022.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 43ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 814.

SILVEIRA, Paulo Burnier da. **O direito administrativo sancionador e o princípio *non bis in idem* na União Europeia**: uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos na defesa da concorrência: Revista de Defesa da Concorrência, Vol. 2, n. 2, nov. 2014, p. 5-22. Disponível em: <<https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/download/139/84/446>>. Acesso em: 6 fev. 2022.

SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes. **O Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção** – histórico, desafios e perspectivas. São Paulo: Trevisan, 2017, p. 153.

SOUZA, Jorge Munhós de. Responsabilização administrativa na lei anticorrupção. *In*: SOUZA, Jorge Munhós de. QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org). **Lei anticorrupção**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 169-170.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. Saraiva: São Paulo, 1994. p. 16.

VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 129-130.

ANEXOS

Obras da Petrobras cujas licitações foram descritas no capítulo 1 deste trabalho.
1. Edificações de grande porte com características especiais

Anexo A – Sede de Vitória



Fonte: Pinterest – Disponível em: <<https://br.pinterest.com/pin/604678687454886807/>>. Acesso em 5 dez. 2021.

ANEXO B – Sede de Vitória



Fonte: A Gazeta – Disponível em: <<https://www.agazeta.com.br/es/politica/cade-investiga-cartel-na-obra-da-sede-da-petrobras-em-vitoria-0719>>. Acesso em: 5 dez. 2021.

ANEXO C – novo CENPES



Fonte: Blog Improviso técnico. Disponível em: <<http://improvisotecnico.blogspot.com/2012/01/cenpes-traca-novos-rumos-para.html>>. Acesso em: 5 dez. 2021.

ANEXO D – novo CENPES



Fonte: Blog Improviso técnico. Disponível em: <<http://improvisotecnico.blogspot.com/2012/01/cenpes-traca-novos-rumos-para.html>>. Acesso em 5 dez. 2021.

ANEXO D – CIPD: Centro Integrado de Processamento de Dados



Fonte: Habitissimo – Disponível em: <https://fotos.habitissimo.com.br/foto/cipd-centro-de-pesquisa-petrobras-rio-de-janeiro_921555>. Acesso em 5 dez. 2021.

2. Terminais aquaviários

ANEXO E – TABR: Terminal Aquaviário Barra do Riacho



Fonte: Petrobras – Disponível em: <<https://petrobras.com.br/pt/nossas-atividades/principais-operacoes/terminais-e-oleodutos/terminal-aquaviario-barra-do-riacho.htm>>. Acesso em: 5 dez.2021.

ANEXO F – TABR: Terminal Aquaviário Barra do Riacho



Fonte: Transpetro – Disponível em: <<https://transpetro.com.br/transpetro-institucional/nossas-atividades/dutos-e-terminais/terminais-aquaviarios/barra-do-riachoes.htm>>. Acesso em 5 dez. 2021.

ANEXO G – TAICIR: Terminal Aquaviário de Ilha Comprida/Ilha Redonda



Fonte: Engemolde – Disponível em <<http://www.engemolde.com.br/obras/conteudo.asp?cod=10>>. Acesso em: 5 dez. 2021.

ANEXO H – Terminal Ilha Redonda



Fonte: Petrobrás – Disponível em: <<https://petrobras.com.br/pt/nossas-atividades/principais-operacoes/terminais-e-oleodutos/terminal-ilha-redonda.htm>>. Acesso em: 5 dez. 2021.

ANEXO I: TRBA: Terminal de Regaseificação da Bahia



Fonte: Transpetro: Disponível em: <<https://transpetro.com.br/transpetro-institucional/nossas-atividades/dutos-e-terminais/terminais-aquaviarios/trba-ba.htm>>. Acesso em 5 dez. 2021.

ANEXO J: TRBA: Terminal de Regaseificação da Bahia



Fonte: Blog Bahia Pilots – Disponível em: <<https://bahiapilots.com.br/zonas-de-praticagem/terminal-de-regaseificacao-da-bahia-trba/>>. Acesso de 5 dez. 2021.

ANEXO K – COMPERJ: Complexo Petroquímico do Rio de Janeiro



Fonte: O Petróleo – Disponível em: <<https://opetroleo.com.br/conclusao-do-comperj-vai-gerar-8-mil-vagas-em-2019/>>. Acesso em: 5 dez 2021.

ANEXO K: COMPERJ: Complexo Petroquímico do Rio de Janeiro

Fonte: Disponível em: A Tribuna – <<https://www.tribunarj.com.br/lei-para-comperj-empregar-moradores-de-15-municipios-da-regiao-e-sancionada/>>. Acesso em 5 de dez. 2021.