



CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

RELATÓRIO FINAL

AO CORREGEDOR-GERAL DA UNIÃO

1. A Comissão de Processo Administrativo de Responsabilização designada pela Portaria CGU nº 812, de 27/03/2020, publicada no Diário Oficial da União nº 61, seção 2, página nº 45, de 30/03/2020, retificada no Diário Oficial da União nº 204, seção 2, página nº 35, de 23/10/2020, vem apresentar RELATÓRIO FINAL, no qual recomenda à empresa EIT – Empresa Industrial Técnica S/A em Recuperação Judicial, CNPJ 08.402.620/0001-69, a aplicação da pena de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, com base no inciso IV do art. 87 c/c os incisos II e III do art. 88, todos da Lei nº 8.666/1993, em decorrência dos atos ilícitos que praticou objetivarem frustrar os objetivos de processo licitatório público, bem como por demonstrar não possuir idoneidade para contratar com a Administração Pública.

2. Recomenda, ainda, a extensão dos efeitos da penalidade à empresa EIT Engenharia S/A – Em Recuperação Judicial EIT, inscrita sob o CNPJ 13.300.818/0001-71.

3. A recomendação acima decorre das razões de fato e de direito a seguir expostas.

I – BREVE HISTÓRICO

4. O presente processo foi instaurado a partir da análise das informações contidas do acordo de leniência celebrado, em 09/07/2018, entre a Controladoria-Geral da União (CGU), a Advocacia-Geral da União e as empresas que integram o grupo econômico da Andrade Gutierrez (Nota Técnica nº 2069/2019 - SEI nº 1445282).

5. O referido acordo noticiou relatos envolvendo irregularidades em contratações das obras de urbanização da favela de Manguinhos, no Rio de Janeiro.

6. As supostas irregularidades apontadas teriam sido praticadas por meio do pagamento de propina a servidores e gestores públicos e da combinação entre licitantes, para fraudar o caráter competitivo da licitação das referidas obras.

II – INSTRUÇÃO

7. O PAR foi instaurado em 30/03/2020 (SEI nº 1445002) e os trabalhos da comissão tiveram início em 31/03/2020 (SEI nº 1446874).

8. A Nota de Indicação foi encaminhada no dia 21/07/2020 (SEI nº 1569101); a comprovação da ciência pelos procuradores da EIT ocorreu em 23/07/2020 e o acesso integral aos autos foi concedido em 27/07/2020 (SEI nº 1581779).

9. A Defesa Escrita foi apresentada pelos procuradores da Indiciada em 25/08/2020 (SEI 1615122).

10. Após análise da Defesa Escrita, CPAR decidiu, por meio da Ata de Deliberação, de 19/10/2020 (SEI nº 1685951), sugerir à autoridade julgadora a retificação da Portaria de Instauração do presente PAR, a fim de integrar a este processo a empresa EIT – Empresa Industrial Técnica S/A em Recuperação Judicial, CNPJ 08.402.620/0001-69, e desconsiderar a Nota de Indicação encaminhada em 21/07/2020.

11. A retificação se fez necessária tendo em vista a defesa ter apresentado alegações e documentos demonstrando que a pessoa jurídica participante do consórcio que executou o contrato objeto dos fatos apurados no presente processo foi a empresa inscrita sob o CNPJ nº 08.402.620/0001-69, cuja razão social na época era “EIT – Empresa Industrial Técnica S/A”, e atualmente é “EIT – Empresa Industrial Técnica S/A em Recuperação Judicial”. Por fim, esta CPAR sugeriu, ainda, a fim de que fossem

devidamente esclarecidos os fatos e as devidas responsabilidades, manter ambas as empresas no processo.

12. Após a retificação da Portaria Instauradora do presente PAR (SEI 1694034), a CPAR encaminhou nova Nota de Indiciação, em 04/11/2020 (SEI nº 1706312).

13. As Defesas Escritas relativas às empresas EIT – Empresa Industrial Técnica S/A em Recuperação Judicial, CNPJ 08.402.620/0001-69 (SEI nº 1747903) e EIT Engenharia S/A – Em Recuperação Judicial EIT, inscrita sob o CNPJ 13.300.818/0001-71 (SEI nº 1747900) foram apresentadas em 04/12/2020.

14. Em 04/02/2021, por solicitação dos procuradores da EIT Industrial e da EIT Engenharia, foram realizados dois atos processuais, por meio da plataforma Microsoft Teams: uma audiência para ouvir o senhor Paulo Cesar Almeida Cabral, ex-funcionário da empresa EIT – Empresa Industrial Técnica S/A em Recuperação Judicial, CNPJ 08.402.620/0001-69 (SEI nº 1823045); e uma reunião virtual entre uma procuradora de ambas as empresa supra mencionadas e esta CPAR (SEI nº 1823058). Em ambos os atos, não foram trazidas novas informações ao processo além das já apresentadas nas defesas escritas.

15. Em 17/02/2019, ambas as empresas apresentaram manifestação sobre as novas provas juntadas aos autos (depoimento do Senhor Paulo Cesar Almeida Cabral e reunião com a comissão). Nos documentos apresentados, a defesa fez um breve resumo do depoimento e por fim, declarou que as provas recentemente acostadas confirmam as razões de defesa exposta e, por isso, ratificam e reiteram os pedidos formulados na Defesa Administrativa.

III – INDICIAÇÃO

16. A CPAR indiciou a empresa EIT – Empresa Industrial Técnica S/A em Recuperação Judicial, CNPJ 08.402.620/0001-69 (EIT 1) demonstrando que, em relação às obras do PAC FAVELAS, a construtora praticou os atos ilícitos previstos pelo Artigo 88, incisos II e III, da Lei nº 8.66/93, fraudando, mediante combinação, a Concorrência Nacional nº 002/2007/SEOBRAS/ MCIDADES/ CAIXA, cujo resultado foi publicado em 28/02/2008, sagrando-se “vencedora” do Lote 2 (obras do Complexo de Manguinhos), por meio do Consórcio Manguinhos, e apresentando proposta de cobertura para que outros dois consórcios “vencessem” a disputa em relação ao Lote 1 (obras da Comunidade da Rocinha) e ao Lote 3 (obras do Complexo do Alemão) (SEI nº 1703325).

17. Ademais, a CPAR demonstrou que a EIT Engenharia S/A – Em Recuperação Judicial EIT, inscrita sob o CNPJ 13.300.818/0001-71 (EIT 2) foi constituída com o objetivo de continuar a licitar com o Poder Público em caso de declaração de inidoneidade da EIT 1; ou seja, foi instituída com o intuito de obter o proveito dos contratos firmados e ao mesmo tempo desvencilhar-se da responsabilização que poderia advir pela prática de ilícitos para obtenção desses contratos. Assim, a CPAR entendeu ser cabível a desconsideração da personalidade jurídica por extensão, recebendo a empresa EIT 2 mesma sanção aplicada à EIT 1.

IV – DEFESA E ANÁLISE DA DEFESA

18. Passamos a analisar cada um dos argumentos apresentados pela defesa da empresa EIT – Empresa Industrial Técnica S/A – Em Recuperação Judicial, CNPJ nº 08.402.620/0001-69 (SEI 1747903).

19. No item 1, a defesa apresenta uma breve sinopse do processo. No item 2, nega a autoria, asseverando ausência de participação nos ilícitos acusados e apresenta diversos argumentos que são trazidos novamente no item 5 da peça processual em epígrafe, razão pela qual somente analisaremos as ponderações a partir do item 3.

Argumento 1: Ocorrência de ilegalidade parcial do Decreto nº 8.420/15, pois inovou na ordem jurídica quando previu, no Art. 16, a possibilidade de aplicação, pela CGU, da sanção de “inidoneidade para contratar com o poder público”, não prevista na Lei nº 12.846/13 (item 3.1).

Análise 1: O estatuto anticorrupção está sendo utilizado apenas processualmente, tendo em vista que se trata de rito mais benéfico em relação ao previsto na Lei nº 8.666/93 c/c Lei nº 9.784/93 para as processadas e que melhor proporciona o contraditório e ampla defesa.

Destaca-se que inclusive há expressa determinação no sentido da utilização do procedimento pelo art. 12 do Decreto nº 8.420/2015.

Nesse sentido, observando-se o Estatuto Anticorrupção, juntamente com o Decreto nº

8.420/15 e a IN CGU nº 13/2019, verifica-se que este arcabouço normativo traz rito mais benéfico em relação ao previsto na Lei nº 8.666/93 c/c Lei nº 9.784/93 para as processadas e que melhor proporciona o contraditório e ampla defesa, como por exemplo, o prazo para apresentar defesa, que na IN CGU nº 13/2019 é de 30 dias corridos a contar da cientificação oficial (art. 16 c/c art. 18 Parágrafo Único), enquanto o prazo da Lei de Licitações é de 5 dias úteis contados da data em que a vista é franqueada ao interessado (art. 87, §2º c/c art. 109, §5º). Outro exemplo da melhor garantia de contraditório e da ampla defesa é a previsão de alegações finais, consoante Art. 22 da IN CGU nº 13/2019.

Pelo exposto, o Decreto nº 8.420/15 não inova na ordem jurídica e o presente PAR encontra-se em perfeita legalidade.

Argumento 2: Incompetência da CGU para aplicar sanção de inidoneidade da Indiciada, considerando que, nos termos do Art. 87, § 3º, da Lei nº 8.666/93, aplicado ao presente caso, a competência para aplicar a referida sanção é do Secretário de Obras do Estado do Rio de Janeiro; também de acordo com o Art. 8º, § 2º, da Lei nº 12.846/13, a competência da Controladoria, para responsabilizar administrativa e civilmente as pessoas jurídicas, é restrita ao âmbito do Poder Executivo Federal (item 3.2).

Análise 2: O art. 51 da Lei nº 13.844/2019, diploma que sucedeu a Lei nº 10.683/2003 e atualmente rege as competências da CGU, estabelece claramente a competência da CGU para apurar responsabilidade em toda a administração pública federal.

“Art. 51. Constituem áreas de competência da Controladoria-Geral da União:

III - instauração de procedimentos e processos administrativos a seu cargo, com a constituição de comissões, e requisição de instauração daqueles injustificadamente retardados pela autoridade responsável;

§ 5º Os procedimentos e os processos administrativos de instauração e avocação facultados à Controladoria-Geral da União incluem aqueles de que tratam o Título V da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, o Capítulo V da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, o Capítulo IV da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, e outros a serem desenvolvidos ou já em curso em órgão ou entidade da administração pública federal, desde que relacionados a lesão ou a ameaça de lesão ao patrimônio público.”

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no âmbito do Mandado de Segurança nº 19.269 de maneira clara e direta quanto à competência concorrente deste órgão ministerial. Segue trecho:

“Quem tem competência para instaurar os procedimentos e processos administrativos a seu cargo (§ 5º, II), requisitar e avocar processos (§ 1º), assim como instaurar outros desde que relacionados a lesão ou ameaça de lesão ao patrimônio público (§ 4º), com certeza poderia ter tomado a iniciativa do processo administrativo subjudice. Afinal, se não tivesse competência para esse efeito, faltar-lhe-iam meios para a defesa do patrimônio público e ao combate à corrupção. Competência concorrente, enfatize-se, com a do Ministro de Estado da área em que o ilícito foi praticado.

Há precedente da 1ª Seção neste sentido: MS nº 14.134, DF, relator o Ministro Benedito Gonçalves, DJede 04.09.2009.”

Convém então analisar a competência da CGU para instaurar e julgar processos relacionados a atos praticados por pessoas jurídicas que foram contratadas por Estados, Distrito Federal ou Municípios.

Em relação ao repasse de verbas públicas da União aos Estados, Distrito Federal ou Municípios, destaca-se que ele ocorre basicamente sob três formas: transferências constitucionais ou obrigatórias, transferências legais ou “fundo a fundo”, e transferências voluntárias. Quanto à primeira forma, verifica-se que os valores passam a fazer do orçamento do ente da federação a que se referir, deixando de pertencer à União. Por isso, a CGU não tem competência para fiscalizar a aplicação desses recursos. O mesmo raciocínio não se aplica às outras duas últimas modalidades de repasse, pois as verbas federais transferidas não passam a pertencer aos entes e nem são incorporadas aos seus orçamentos. Por esta razão, a CGU pode atuar na fiscalização dessas modalidades de transferências de recursos.

Por fim, ressaltamos que a competência dos órgãos e entidades federais para apurar eventuais atos lesivos praticados por pessoas jurídicas em face de administração pública municipal ou estadual, quando envolvidos recursos federais, foi objeto de análise da Consultoria-Geral da União da

AGU, que se pronunciou conforme a seguir:

“Em que pese a competência primária do ente federativo contratante, é incontestável a atribuição, de forma concorrente, não só da Controladoria-Geral da União, mas das Pastas Ministeriais que transferiram recursos federais via convênios e instrumentos congêneres, para fins de fiscalizar e aplicar sanções – previstas no microsistema sancionatório-administrativo – a terceiros que cometeram irregularidades mediante a utilização daquelas verbas repassadas pela União aos Estados e/ou Municípios.” (Parecer nº 00066/2017/DECOR/CGU/AGU, de 28 de junho de 2017, aprovado pelo Despacho nº 01177/2018/GAB/CGU/AGU, de 24 de dezembro de 2018, emitido pelo Exmo. Consultor-Geral da União Substituto).”

No caso em tela, os recursos são oriundos do Contrato de Repasse nº 0222647-93/2007, celebrado entre a União e o Estado do Rio de Janeiro, para execução da urbanização integrada do Complexo do Manguinhos no município do Rio de Janeiro, sendo estabelecido inicialmente R\$ 176.200.000,00 (cento e setenta e seis milhões e duzentos mil reais) da União e R\$ 58.800.000,00 (cinquenta e oito milhões e oitocentos mil reais) de contrapartida do Estado do Rio de Janeiro. Portanto, verifica-se que é uma transferência voluntária, tendo a CGU competência para fiscalizar a aplicação deste recurso.

Conforme demonstrado, neste caso específico, é perfeitamente legal e possível à CGU apurar e, se for o caso, aplicar a sanção de inidoneidade à empresa ora Indiciada.

Argumento 3: A CGU utilizou a Lei nº 9.783/99 para o cálculo da prescrição, adotando critérios constantes no Código Penal, para os crimes lá tipificados. Contudo, em se tratando de pretensão punitiva do Estado, deve ser concedida ao acusado a prerrogativa da aplicação da Lei mais benéfica – conforme restou positivado no art. 5º, XL, da Constituição Federal. Assim, ao contrário do que ocorreu, deve ser utilizada a Lei nº 12.486/13, a qual, aplicando o exposto no art. 25, caput e parágrafo único, ao caso concreto, considerando que a conduta da EIT teria se iniciado em maio de 2007 e terminado em novembro de 2010, com o fim das obras em Manguinhos, a prescrição ocorreu em novembro de 2016, ou seja, um pouco mais de 3 (três) anos antes da instauração deste processo de responsabilização administrativa. Ademais, não há falar em crime capitulado no Código Penal visto que o senhor Paulo Cabral (diretor comercial da EIT Industrial) foi absolvido na esfera penal, através da ação penal nº 001751321.2014.4.02.5100 (Item 4.1).

Análise 3: Conforme explicitado na Nota Técnica 2.069/2019 (SEI nº 1445282), quanto à prescrição aplica-se o disposto no artigo 1º, da Lei nº 9.873/1999, pois essa é norma de caráter geral que estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal e, por isso, aplicável as sanções previstas na Lei nº 8.666/93, enquanto a prescrição prevista na Lei 12.846/2013 somente é aplicada para os atos lesivos nesta previstos, ou seja, é uma norma especial que disciplina regramentos específicos na responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública. Relembramos, conforme exposto na "Análise 1", que a Lei Anticorrupção está sendo utilizada apenas processualmente.

Pelo exposto, afasta-se o argumento da defesa “quanto à utilização de lei mais benéfica”, pois o referido diploma não é aplicável ao presente caso. Logo, resta demonstrado que a CGU utilizou a norma correta para o cálculo da prescrição. Quanto à ponderação relacionada à Ação Penal nº 001751321.2014.4.02.5100, analisaremos no item 5, pois foi apresentado novamente pela defesa e preferimos fazê-lo mais adiante no item supra mencionado, por pertinência temática.

Argumento 4: Ainda que se aplique a Lei nº 9.873/99, a conduta penal a ser considerada para o cálculo da prescrição é aquela descrita no art. 90 da Lei 8.666/93 e não no art. 4º, I e II, da lei nº 8.137/90, como foi utilizada pela CGU, pelos seguintes motivos: (1) a conduta prevista na Lei nº 8.137/90 é mais genérica e (2) na regulação da formação de cartel, deve ser utilizado o princípio segundo o qual “a lei posterior derroga a lei anterior”. Quanto ao cálculo da prescrição, considerando que a conduta da EIT teria finalizado em fevereiro de 2008, a prescrição ocorreu em fevereiro de 2016. Mesmo que se considere que a conduta da Indiciada tenha perdurado até 23/11/2010, data em que se encerrou a execução do contrato das obras do Complexo de Manguinhos, a prescrição ainda estaria consumada em 23/11/2018, 1 (hum) ano e 4 (quatro) meses antes da instauração deste P.A (Item 4.2).

Análise 4: Quanto ao item 4.2, o ponto central a ser examinado é em relação à norma utilizada para descrever a conduta praticada pela Indiciada a fim de se verificar por qual inciso do Art. 109 do Código Penal a prescrição será regulada.

Quanto ao argumento de que (1) “a conduta prevista na Lei nº 8.137/90 é mais genérica”, preliminarmente, ressaltamos que, no âmbito da Ação Penal nº 0017513-21.2014.4.02.510, o MPF denunciou o executivo que atuava em nome da EIT por crime contra a ordem econômica, conforme o disposto no Art. 4, incs. I e II (alíneas a, b e c) da Lei nº 8.137/90, qual seja (SEI nº 1445080, fls. 9):

*“Em data não precisada nos autos, mas sendo certo que desde meados de 2006 até 3 de abril de 2017, SÉRGIO CABRAL, ex-governador do Estado do Rio de Janeiro; WILSON CARLOS, ex-secretário de governo; HUDSON BRAGA, sucessivamente subsecretário e secretário de obras, JUAREZ MIRANDA JÚNIOR, representante da empresa CAMTER; BENEDICTO JUNIOR, MARCOS VIDIGAL DO AMARAL e KARINE KARAOGLAN KHOURY RIBEIRO, representantes da empresa ODEBRECHT; MARCELO DUARTE RIBEIRO, representante da empresa OAS; MAURÍCIO RIZZO e GUSTAVO SOUZA, representantes da empresa QUEIROZ GALVÃO; PAULO MERIADE DUARTE, representante da empresa DELTA; **PAULO CESAR ALMEIDA CABRAL, representante da empresa EIT**; JOSÉ GILMAR FRANCISCO DE SANTANA, representante da empresa CAMARGO CORRÊA; RICARDO PERNAMBUCO, acionista controlador da CARIOCA ENGENHARIA; além de executivos da ANDRADE GUTIERREZ e de outros da CARIOCA ENGENHARIA imunes por força de acordo de colaboração premiada, em conluio e unidade de desígnios, de modo consciente e voluntário, abusaram do poder econômico, dominando o mercado e eliminando totalmente a concorrência mediante acordo das empresas citadas, visando: a) a fixação artificial de preços e quantidades vendidas ou produzidas, b) o controle do mercado de obras públicas executadas pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro; c) o controle, em detrimento da concorrência, da rede de fornecedores do Governo do Estado do Rio de Janeiro (FATO 03 / art. 4º, incisos I e II, alíneas “a”, “b” e “c”, da Lei 8.137/90). (Destaque nosso)”*

A seguir, o enquadramento realizado pelo MPF:

“Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica:

I – abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas;

II – formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:

a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas;

b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas;

c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.”

Dessa forma, conforme explicitado na Nota Técnica nº 2.069/2019/COREP (SEI 1445282), a prescrição da pretensão punitiva, de acordo com o art. 109, III do Código Penal, ocorreria em 12 anos, visto que a pena máxima cominada em abstrato é de 5 anos; e, considerando que a execução dos contratos em Manguinhos se deu até 23/11/2010, a prescrição ocorreria somente em 2022. Assim, o entendimento adotado na Nota supramencionada é o mesmo desta Comissão, visto que a atuação do executivo (pessoa física) é a forma pela qual opera a pessoa jurídica.

Com relação à alegação de que (2) “na regulação da formação de cartel, deve ser utilizado o princípio segundo o qual ‘a lei posterior derroga a lei anterior’”, primeiramente, verifica-se que, nos termos do Decreto-Lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)

“Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 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.(grifo nosso)”

Enquanto a Lei nº 8666/93 "regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências", a Lei nº 8.137/90 "define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências". Portanto, além de não haver revogação expressa na Lei de Licitações em relação à Lei de crimes contra a ordem tributárias, elas não regulam a mesma matéria.

Por sua vez, dispõe o Art. 90 da Lei nº 8.666/93

“Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:”

Já o Art. 4º da Lei nº 8.137/90, conforme apresentado alhures, descreve que

“Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica:

I – abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas;

II – formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:

a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas;

b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas;

c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.”

Assim, não há incompatibilidade entre os artigos de ambas as leis ou derrogação da Lei de Licitações pela Lei nº 8.137/90, pois descrevem condutas diferentes. Portanto, não há falar em derrogação de normas neste caso concreto.

Pelo exposto, entendemos que as alegações apresentadas pela Indiciada no item 4.2 não se sustentam e que, por isso, não ocorreu a prescrição.

Argumento 5: Inexistência de provas idôneas de que a EIT Industrial tenha concorrido para a fraude à licitação acusada ou qualquer ato ilícito: (i) (A) Os Acordos de Leniência da Andrade Gutierrez, junto ao CADE e à CGU são de igual teor e apontam que a participação da EIT INDUSTRIAL na “Fase 2” se deu por meio de duas reuniões, uma em 04/09/2007 e outra em 08/01/2008, nas qual teria sido representada por seu diretor comercial – sr. Paulo César de Almeida Cabral. Ocorre que (a) o agendamento de outlook para a reunião do dia 04/09/2007, além de ser prova unilateralmente produzida pelos “Signatários”, não consta o nome ou o envio de tal agendamento ao sr. Paulo César de Almeida Cabral ou a qualquer membro da EIT INDUSTRIAL – o que elide a sua presença no referido encontro; (b) no dia 08/01/2008, data em que supostamente aconteceu a segunda reunião, o sr. Paulo César de Almeida Cabral estava no exterior, como mesmo faz prova os carimbos em seu passaporte (doc. 03); não foi apresentada nenhuma prova quanto à participação da Indiciada na “Fase 3”, na composição da equipe de trabalho para estudo do Edital, bem como de que o Governo do Estado do Rio de Janeiro solicitou a inclusão da EIT INDUSTRIAL em um dos consórcios do PAC-Favelas; para concluir, cumpre frisar a invalidade destes Acordos de Leniência, no tocante à EIT INDUSTRIAL, quando levadas em consideração as próprias normas de regência do instituto – que determinam a apresentação de provas idôneas pelos colaboradores premiados; (ii) em relação à Denúncia da Ação Penal nº 0017513-21.2014.4.02.5100, conforme já relatado, o sr. Paulo César Almeida Cabral demonstrou no processo supra que “(...) estava nos EUA na reunião do dia 08/01 e que na reunião do dia 04/09, a EIT sequer teria respondido ao e-mail cujo assunto era a convocação para referida reunião.” Pelo exposto, o diretor comercial foi absolvido por ausência de provas suficientes para condenação; (iii) Com relação ao Relatório de Ação de Controle das Obras no Complexo de Manguinhos, o referido documento trata de questões de obra e alheias ao certame daquela contratação pública e não se presta para descrever ou demonstrar a prática de cartel ou qualquer conduta relacionada a fraude a licitação – pois trata de fatos posteriores ao próprio certame da obra e tem objetivos eminentemente técnico-financeiro; ademais, os parâmetros utilizados para apurar o sobrepreço na obra encontram-se em flagrante descompasso com a jurisprudência do Tribunal de Contas da União (Acórdão nº 2827/2014), tendo a CGU utilizado um BDI que não precisaria ser, necessariamente, aplicado àquela empreitada do PAC-Favelas, posto que o referido índice pode variar conforme a obra; quanto à existência de despesas unitárias acima dos valores de mercado, foram levadas em conta pela CGU apenas uma amostra minoritária dos itens adquiridos, sendo necessário, portanto, maior investigação; por fim, a EIT INDUSTRIAL não foi intimada a prestar quaisquer esclarecimentos, não tendo havido, portanto, contraditório em relação a esse documento, não podendo suas conclusões serem utilizados para promover a condenação da Indiciada, nos termos do art. 5º, LV, da Constituição Federal, do art. 2º da Lei nº 9.784/99, do art. 372 do CPC e do Enunciado nº 52 do FPPC; (iv) quanto ao Acordo de Leniência das empresas do Grupo OAS, este documento não se presta a imputar quaisquer atos à EIT INDUSTRIAL, pois não traz quaisquer provas quanto à mesma, sendo apenas meras declarações de colaboradores premiados, as quais não se prestam a atestar o alegado quanto a terceiros, mostrando-se imprestáveis como meios de prova, nos termos do art. 4º, § 16º, da Lei nº 12.850/13, que veda o recebimento da denúncia ou a condenação fundada apenas nas declaração de colaborador premiado – por se tratarem de prova unilateral e parcial, na medida em que traz benefícios ao declarante; por fim, como já se afirmou quanto aos Acordos de Leniência da ANDRADE GUTIERREZ, tem-se a invalidade da leniência firmada pelo grupo OAS quanto à EIT INDUSTRIAL – pela não apresentação de qualquer prova idônea da conduta acusada a esta empresa, vide art. 16, II, da Lei nº 12.486/13 (item 5).

Análise 5: O exame de todos os itens elencados nos parágrafos 104 a 146 divide-se em dois pontos: (in)dependência das instâncias de responsabilização penais e administrativas e suposta ausência de provas para a recomendação da sanção à Indiciada pela presente Comissão.

No que tange ao primeiro ponto, impende registrar que as instâncias de responsabilização penais e administrativas, em regra, atuam de maneira independente. Em outras palavras, as conclusões das apurações no âmbito penal não vincularão as conclusões das investigações da Administração.

Convém lembrar que circunstâncias que não afastam a existência dos fatos, como, por exemplo, falta de provas para a condenação, não vinculam as apurações em face de entes privados, realizadas pela Administração, já que não implicam negativa de autoria ou materialidade do fato, conforme o entendimento consolidado do STF.

“Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. INDEPENDÊNCIA ENTRE INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVA, CÍVEL E PENAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. Nos termos da jurisprudência sedimentada nesta Corte, são independentes as instâncias administrativa, cível e penal, excepcionando-se apenas as hipóteses em que é reconhecida, no âmbito penal, a negativa da autoria ou da materialidade do fato. Precedentes. 2. Inexiste violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa quando é oportunizada ao servidor a faculdade de participar de todo o Processo Administrativo Disciplinar do qual é parte, inclusive com a oportunidade de remarcar perícia médica solicitada. 3. Não se admite, na estreia via do mandado de segurança, a realização de dilação probatória. Precedentes. 4. Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, §4º, do CPC” – grifos acrescidos. (STF, RMS 35469 AgR, Relator Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, DJe 11/03/2019)”

Conclui-se, portanto, que apenas em situações excepcionais, de negativa de materialidade ou autoria, poderá haver interferência da esfera penal na esfera administrativa.

Analisando o caso concreto, verifica-se que o executivo da EIT, Sr. Paulo César Almeida Cabral foi absolvido por “inexistência de provas suficientes para a condenação”, consoante a Sentença do Juízo da Sétima Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, no âmbito do Processo nº 0017513-21.2014.4.02.5101 (2014.51.01.017513-9) (SEI nº 1610111, fls. 146):

“Nesse contexto, diante da ausência de provas suficientes para condenação, entendo devida a absolvição JUAREZ MIRANDA JÚNIOR, KARINE KARAOGLAN KHOURY RIBEIRO e PAULO CÉSAR ALMEIDA CABRAL em relação ao conjunto de fatos 3. (Destaque nosso)”

Pelo exposto, constata-se que a causa da absolvição do senhor Paulo César Almeida Cabral, executivo da EIT, no âmbito penal implica a não interferência na apuração administrativa e a não vinculação do resultado do processo penal no presente processo.

Analisemos então o argumento da suposta ausência de provas.

Preliminarmente, quando analisados em conjunto, é inegável que foi apresentado na nota de indicição um robusto conteúdo probatório, cujas informações se complementam, desde as declarações contidas nos acordos de leniências, as questões contidas na Denúncia da Ação Penal e, por fim, a análise técnica contida no Relatório de Ação de Controle das Obras do Complexo de Manguinhos.

Quanto a este último documento, discordamos que os parâmetros utilizados para apurar o sobrepreço na obra estão em descompasso com o Acórdão nº 2827/2014 do TCU-Plenário, conforme alegado pela defesa.

Inicialmente, analisando o acórdão em epígrafe, verificamos que o objeto é a “contratação de serviços de conservação/manutenção predial e de equipamentos” nas Usinas de Angra I e II. Portanto, referido acórdão possui natureza bem distinta da execução das obras do PAC -FAVELAS.

Por sua vez, na Decisão supra, as empresas conseguiram demonstrar que, retirando os valores de alguns tributos do BDI, os demais itens que compõem o BDI permaneceram acima dos percentuais médios estabelecidos nos referenciais do Acórdão 325/2007-TCU-Plenário, mas não ultrapassam os percentuais máximos daquele referencial, “de forma que seu valor final pode ser considerado aceitável” (parágrafo 53 do Acórdão nº 2827/2014 do TCU-Plenário). Da mesma forma, as empresas também conseguiram justificar o percentual acima do referencial para aqueles determinados

tributos naquele caso específico (parágrafos 51 e 52 do Acórdão nº 2827/2014 do TCU-Plenário), o que não ocorreu no caso das obras do PAC-FAVELAS.

Instada a se manifestar durante os trabalhos de fiscalização, a Secretaria de Obras - SEOBRAS do Governo do Estado do Rio de Janeiro, fiscal do Contrato, no entendimento da equipe de auditoria, não conseguiu justificar o sobrepreço, conforme a seguir (SEI nº 1445242):

“Observa-se dos esclarecimentos da SEOBRAS, que não foram apresentadas justificadas plausíveis para inclusão das despesas de “serviços de terceiros” e “emolumentos e taxas” na composição do BDI, o que acarretou na incidência de percentual acima dos valores referenciais do Acórdão n.º 325/2007-Plenário.”

A EIT Industrial também não apresentou nesta defesa (ocasião em que poderia prestar esclarecimentos adicionais) justificativa técnica para elidir a Constatação 002 do Relatório de fiscalização da CGU: *“Composição do BDI em desacordo com a jurisprudência do TCU, ocasionando sobrepreço no valor de R\$ 13,83 milhões de reais.”*

Por fim, no Item “I – Descrição dos Trabalhos” do Relatório de Ação de Controle das Obras do Complexo de Manginhos, consta a seguinte informação:

“Para realização da análise de custos utilizou-se os preços unitários constantes na planilha da última medição (53ª medição) contendo todos os quantitativos das obras e serviços acumulados.” (grifo nosso)

Essa informação diverge, portanto, da alegação da defesa de que “quanto à existência de despesas unitárias acima dos valores de mercado, foram levadas em conta pela CGU apenas uma amostra minoritária dos itens adquiridos, sendo necessário, portanto, maior investigação”. (grifo nosso)

Considerando a natureza das irregularidades aqui apontadas, as quais são camufladas, nem tudo se prova diretamente. Dessa forma, mister recorrer aos indícios, que, nos termos do art. 239 do Código de Processo Penal, trata-se de “circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”.

Conforme jurisprudência pacífica do STF e do TCU, é perfeitamente possível a condenação com base em indícios, quando a infração é de tal natureza que deixa pouco ou nenhum vestígio probatório (acórdãos do TCU nº 0502-08/15-P, 033-07/15-P, 1107-14/14-P, 0834-10/14-P, 2426-33/12-P, 1737-25/11-P, 1618-23/11-P, 1340-19/11-P, 2126-31/10-P, e 0720-11/10-P). A seguir, trecho do Acórdão 57/2003-Plenário, citado no AC 0333-07/15-P:

“26. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 68.006-MG, manifestou o entendimento de que “indícios vários e coincidentes são prova”. Tal entendimento vem sendo utilizado pelo Tribunal em diversas situações, como nos Acórdãos-Plenário nºs 113/95, 220/99 e 331/02. Há que verificar, portanto, no caso concreto, quais são os indícios e se eles são suficientes para constituir prova do que se alega. (...) 29. Assim, não se exige que haja prova técnica do conluio, até porque, como exposto na jurisprudência acima, ‘prova inequívoca de conluio entre licitantes é algo extremamente difícil de ser obtido’, visto que os licitantes fraudulentos sempre tentarão simular uma competição verdadeira. Não se pode, portanto, menosprezar a prova indiciária, quando existe no processo somatório de indícios que apontam na mesma direção.”

No mesmo sentido, citamos trecho do HC 97.781-PR (1ª turma, relator ministro Marco Aurélio, publicação no DJ em 17/03/2014), que traz o posicionamento do STF, a doutrina e alguns precedentes:

“3. A força instrutória dos indícios é bastante para a elucidação de fatos, podendo, inclusive, por si própria, o que não é apenas o caso dos autos, conduzir à prolação de decreto de índole condenatória, quando não contrariados por contraindícios ou por prova direta. Doutrina: MALATESTA, Nicola Framarino dei. A lógica das provas em matéria criminal. Trad. J. Alves de Sá. Campinas: Servanda Editora, 2009, p. 236; LEONE, Giovanni. Trattato di Diritto Processuale Penale. v. II. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1961. p. 161-162; PEDROSO, Fernando de Almeida. Prova penal: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 90-91. Precedentes: AP 481, Relator: Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2011; HC nº 111.666, Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 08/05/2012; HC 96062, Relator: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 06/10/2009.”

Dessa forma, as evidências e os documentos apresentados no Relatório de Ação de Controle da CGU nº 201217242 (SEI nº 1445242); no Acordo de Leniência nº 09/2016, firmado entre a Andrade Gutierrez e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE (SEI 1536337); na Denúncia

oferecida pelo Ministério Público Federal no Estado do Rio de Janeiro – MPF/RJ (ação penal nº 0017513-21.2014.4.02.510 - Operação Saqueador e Calicute) (SEI 1445080), no acordo de Leniência firmado entre as empresas que integram o grupo econômico Andrade Gutierrez e a CGU/AGU (SEI 1536755 e 1541838) e no Acordo de Leniência firmado entre as empresas que integram o grupo econômico OAS e a CGU/AGU (SEI 1537682), todos apresentados no Termo de Indiciação (SEI nº 1536294), não deixam dúvidas quanto à materialidade e autoria da esquema criminoso, do qual a EIT fez parte, juntamente com a DELTA, ANDRADE GUTIERREZ, CARIOCA ENGENHARIA, ODEBRECHT, OAS, QUEIROZ GALVÃO, CAMARGO CORRÊA e CAMTER, montado para prática de diversos atos ilícitos relacionados ao processo licitatório da Concorrência Nacional nº 002/2007/SEOBRA/MCIDADES/CAIXA, fraudando-a e frustrando seus objetivos.

Finalmente, ainda que se considerasse que efetivamente os valores da concorrência supra estivessem dentro dos parâmetros de mercado (ou seja, caso se desprezasse o Relatório de Ação de Controle da CGU), restariam as demais imputações e provas em desfavor da empresa.

Pelo exposto, o conteúdo probatório contido em todos os documentos acima analisados conjuntamente afasta de pronto a alegação quanto à ausência de provas.

Argumento 6 – No item 6 – “Da conclusão”, a Indiciada requer à Comissão: (A) Em sede de “Relatório Final”, emitir parecer favorável à EIT, opinando pela impossibilidade de esta CGU aplicar a sanção de inidoneidade constante do art. 87, IV, da Lei nº 8.666/93 quanto à mesma e (ii) pela ocorrência da prescrição quanto aos fatos imputados à EIT; (B) Subsidiariamente, em caso de opinião contrária aos argumentos destacados no pedido (A), emitir parecer favorável reconhecendo a inexistência de provas idôneas para promover a condenação da EIT Industrial e a impossibilidade de aplicação da sanção de inidoneidade; (C) À Autoridade Julgadora: reconhecer a incompetência desta CGU para aplicar a sanção de inidoneidade, constante do art. 87, IV, da Lei nº 8.666/93, conforme disposto nos “Tópicos nºs 3.1 e 3.2” desta defesa administrativa; (D) acaso superada a preliminar processual acima, reconhecer a prescrição quanto à responsabilização administrativa civil da Indiciada, conforme arguido nos “Tópicos nºs 4.1 e 4.2” desta defesa administrativa; (E) Isentar a EIT Industrial da penalidade que se lhe pretende cominar, tendo em vista a ausência de provas aptas a validar a condenação da EIT Industrial, vide “Tópico nº 5” desta defesa administrativa; protesta provar o alegado por todos os meios de prova admitidos em direito, inclusive, mas não se limitando à, prova documental, prova testemunhal, juntada posterior de outros documentos e prova pericial – esta última, principalmente, na improvável hipótese de se considerar relevante o “Relatório de Ação de Controle” para a condenação da Indiciada.

Análise 6: Quanto aos pedidos supra, os argumentos que os lastreiam já foram devidamente analisados.

20. Passamos a analisar cada um dos argumentos apresentados pela defesa da empresa EIT Engenharia S/A – Em Recuperação Judicial EIT – Em Recuperação Judicial, CNPJ 13.300.818/0001-71 (SEI 1747903).

21. No item 1, a defesa apresenta tão somente breve sinopse do processo, o que prescinde análise desta Comissão. Os argumentos expostos no item 2.1 são trazidos novamente no item 5.2 e, por essa razão, serão analisados quando do exame deste último. Os argumentos expostos nos itens 2.2, 3.1, 3.2, 4.1, 4.2 e 5.3 referem-se à EIT Industrial e já foram devidamente analisados no parágrafo 17 deste relatório, restando-nos, portanto, os itens 5.1 e 5.2 da defesa apresentada.

Argumento 1: A EIT Engenharia não participou das condutas ilícitas acusadas no presente processo, visto que a empresa sequer existia ao tempo dos acusados ilícitos, tendo sido constituída somente em 18/02/2011, enquanto a conduta objeto deste processo teria se dado entre os anos de 2007 e 2008. Por isso, deve ser isenta de qualquer penalidade, nos termos do Art. 5º, XLV, da CF/88 (princípio da pessoalidade da pena) e do Art. 386 do CPP (o juiz absolverá o réu desde que reconheça estar provado que o réu não concorreu para a infração penal) (item 5.1).

Análise 1: Preliminarmente, convém ressaltar que já foi demonstrado nos autos que a pessoa jurídica participante do consórcio que executou o contrato objeto dos fatos apurados no presente processo foi a EIT Industrial (EIT 1) e não a EIT engenharia (EIT 2). Justamente por essa razão é que esta CPAR desconsiderou a primeira nota de indicição e encaminhou uma segunda, conforme esclarecido nos parágrafos 10 a 12 deste relatório. Portanto, esta Comissão concorda com a defesa quando esta afirma que a EIT 2 não participou das condutas apontadas no termo de indicição relativas à EIT 1.

Por sua vez, a conduta realizada pela EIT 2, conforme demonstrada no termo de indicição e confirmada pela defesa, consiste em substituir a EIT 1 na execução de diversos contratos com a administração pública, além de outros elementos que indicam confusão entre as empresas. Por isso, e por outros fatos elencados na nota de indicição, esta CPAR entendeu, no ato do indiciamento da EIT 1, que a EIT 2 foi constituída com o objetivo de continuar a licitar com o Poder Público em caso de declaração de inidoneidade da primeira, ou seja, foi instituída com o intuito de frustrar o resultado útil de qualquer processo de responsabilização possivelmente instaurado pela Administração Pública em face da EIT 1. Assim, foi mantida neste processo e, em tese, esta CPAR entendeu ser possível a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica por extensão e, portanto, ensejar a mesma sanção de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, com fulcro no art. 87, inciso IV da Lei nº 8.666/1993, desde que também seja aplicada a sanção à EIT 1.

Pelo exposto, o presente argumento foi superado quando da desconsideração da primeira nota de indicição (SEI nº 1685951) e da emissão da segunda (SEI nº 1706312).

Argumento 2: Não é possível desconsiderar a personalidade jurídica da EIT Industrial para aplicar a sanção de idoneidade à EIT Engenharia pelo seguinte: (i) a EIT Engenharia não é sócia da EIT Industrial, não podendo ser atingida em caso de desconsideração da personalidade jurídica; (ii) não se encontram preenchidos os requisitos da Lei nº 12.486/13, quais sejam, o abuso de direito com a finalidade de facilitar, encobrir ou dissimular o ato ilícito. Conforme relatado no item 2.1, a EIT Engenharia foi constituída para fins lícitos, na tentativa de organizar as atividades do grupo empresarial, sendo-lhe determinada a atuação em obras de infraestrutura da região sudeste. Ademais, não há nos autos uma prova sequer que indique um abuso de personalidade jurídica e que seja capaz de estender qualquer responsabilidade da EIT Industrial à EIT Engenharia. Efetivar a desconsideração da personalidade jurídica seria ferir o princípio da presunção de inocência. cumpre frisar que a hipótese de desconsideração da personalidade do art. 14 da Lei nº 12.846/13, por representar norma que amplia o poder punitivo do Estado, jamais poderia retroagir para atingir fatos passados. Desse modo, é de se aplicar o princípio da irretroatividade da lei penal, constante do art. 5º, XL, da Constituição Federal – o qual estabelece que “(...) a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”, não se admitindo que uma norma, ampliando a prerrogativa punitiva do Estado, atinja fatos passados (item 5.2).

Análise 2: Impende lembrar, conforme explicitado na análise 1 do parágrafo 17 deste relatório, que esta CPAR não fez uso, em nenhum momento, de qualquer dispositivo da LAC sob o aspecto material, visto que os fatos aqui tratados são pretéritos a sua vigência e, por isso, a norma anticorrupção está sendo utilizada apenas processualmente (rito processual). Dessa forma, a possibilidade de ser aplicada a desconsideração da pessoa jurídica tem como lastro normativo o Art. 50 do Código Civil (embora a aplicação do instituto pelos tribunais judiciais preceda em muitos anos a edição do Código de 2002), os princípios expostos no Art. 37 da CF/88 (em especial o da moralidade) e o princípio implícito da indisponibilidade do interesse público.

Aliás, a doutrina e jurisprudência há muito reconhecem que a possibilidade de desconsideração é decorrência natural da própria existência do instituto da personalidade jurídica. Assim, seria sequer necessária a sua previsão em norma específica. Nesse sentido, Tomazzete:

“De imediato, há que ressaltar que a desconsideração prescinde de fundamentos legais para a sua aplicação, existindo inclusive algumas manifestações jurisprudenciais como o julgamento da 11ª Vara Cível do Distrito Federal em 25/2/1960, proferido pelo Juiz Antônio Pereira Pinto, anteriores a qualquer positivação. Não se trata da aplicação de um dispositivo que autoriza a desconsideração, mas da não aplicação no caso concreto da autonomia patrimonial da pessoa jurídica que está indevidamente usada. Nada mais justo do que conceder ao Estado, por meio da justiça, a faculdade de verificar se o privilégio que é a personificação e, conseqüentemente, a autonomia patrimonial, estão sendo adequadamente realizados, pois, assim, obstasse o alcance de resultados contrários ao direito.” (Curso de direito empresarial: Teoria geral e direito societário, v. 1 / Marlon. Tomazette. – 8. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2017).

Consoante demonstrado nos itens 37 a 45, da nota de indicição (SEI nº 1703325), verifica-se que a EIT 2 foi constituída com o mesmo corpo diretivo, com razão social quase idêntica, mesmo endereço e com a mesma CNAE principal da EIT 1. Ademais, 5 consórcios de execução de obras públicas integrados pela EIT 1 foram repassados para a EIT 2 sob alegação de “*melhor organização das atividades do grupo empresarial, que estava ascendendo para outras regiões do país e precisava setORIZAR a sua atuação, conforme a localização geográfica das obras*”. Em que pese essa alegação da defesa de que se

trata de “tentativa de organizar as atividades do grupo empresarial”, na prática, essa conduta repassou as contratações para uma nova empresa do mesmo grupo, assemelhando-se entre uma sucessão e uma confusão entre as empresas que mais parecem serem filiais, visando resguardar-se de eventuais penalidades e frustrando o resultado útil da aplicação de qualquer sanção à EIT 1, visto que a EIT 2 continuaria contratando normalmente com a Administração Pública, sendo que, ao final, a EIT2, sendo do mesmo grupo econômico, recebeu todos os benefícios e pagamentos sem que se demonstre a compensação financeira à EIT1 pela cessão dos contratos (confusão patrimonial). Daí, a necessidade de extensão para a EIT 2 dos efeitos da penalidade aplicada à EIT 1. Esse, inclusive, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“Ementa: ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. SANÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR. EXTENSÃO DE EFEITOS À SOCIEDADE COM O MESMO OBJETO SOCIAL, MESMOS SÓCIOS E MESMO ENDEREÇO. FRAUDE À LEI E ABUSO DE FORMA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA ESFERA ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E DA INDISPONIBILIDADE DOS INTERESSES PÚBLICOS.

- A constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo endereço, em substituição a outra declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, com o objetivo de burlar à aplicação da sanção administrativa, constitui abuso de forma e fraude à Lei de Licitações Lei n.º 8.666/93, de modo a possibilitar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para estenderem-se os efeitos da sanção administrativa à nova sociedade constituída.

- A Administração Pública pode, em observância ao princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei, desde que facultado ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular.

- Recurso a que se nega provimento. (RMS 15.166/BA, Rel. Min. CASTRO MEIRA, Segunda Turma, DJ 7/8/03)”.

Nesse sentido, o acórdão nº 2593/2013-PL, TC 000.723/2013-4, do Tribunal de Contas da União muito bem explica a necessidade de extensão da penalidade de inidoneidade para resguardar os princípios da moralidade pública, prevenção, precaução e indisponibilidade do interesse público em casos similares ao presente caso concreto. Segue trecho deste julgado:

“74. No caso concreto sob análise, não se trata da aplicação de uma nova penalidade, mas tão somente da aplicação da teoria da desconsideração expansiva da personalidade jurídica da PNG com o objetivo de dar efetividade à sanção imposta à Dismaf, penalizada com a suspensão de licitar e contratar com a Administração Pública Federal. Não seria razoável considerar legítima a alteração do quadro societário da sociedade com o objetivo de furtar-se ao cumprimento da sanção imposta à Dismaf e de continuar a participar de licitações e contratos públicos, burlando, desse modo, o cumprimento da sanção administrativa em manifesto abuso de direito.

75. A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica tem por objetivo coibir o uso indevido da pessoa jurídica, levada a efeito mediante a utilização da pessoa jurídica contrária a sua função social e aos princípios consagrados pelo ordenamento jurídico, afastando, assim, a autonomia patrimonial para chegar à responsabilização dos sócios da pessoa jurídica e/ou para coibir os efeitos de fraude ou ilicitude comprovada. Nesse sentido, para Marlon Tomazette:

“A desconsideração é, pois, a forma de adequar a pessoa jurídica aos fins os quais ela foi criada, vale dizer, é a forma de limitar e coibir o uso indevido deste privilégio que é a pessoa jurídica, vale dizer, é uma forma de reconhecer a relatividade da pessoa jurídica das sociedades. Este privilégio só se justifica quando a pessoa jurídica é usada adequadamente, o desvio de função faz com que deixe de existir razão para a separação patrimonial. O conceito será sustentado apenas enquanto seja invocado e empregado para propósitos legítimos. A perversão do conceito para usos impróprios e fins desonestos (e. g., para perpetuar fraudes, burlar a lei, para escapar de obrigações), por outro lado, não será tolerada. Entre esses são várias as situações onde as cortes podem desconsiderar a pessoa jurídica para atingir um justo resultado.” (TOMAZETTE, Marlon, Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário, vol. 1, ed. 3, São Paulo: Atlas, 2011, p. 233)

76. A doutrina e a jurisprudência dos tribunais já consideram que um desdobramento dessa teoria é a possibilidade de estender os seus efeitos a outras empresas, diante das circunstâncias e provas do caso concreto específico. Trata-se da teoria da desconsideração expansiva da personalidade jurídica da sociedade, terminologia utilizada pelo Prof. Rafael Mônaco, cujas

lições são reproduzidas por Monica Gusmão nos seguintes termos:

(...)

78. *A teoria da desconsideração expansiva da personalidade jurídica tem sido aplicada no âmbito do Poder Judiciário no caso de grupo de sociedade com estrutura meramente formal, conforme excertos reproduzidos a seguir do Superior Tribunal de Justiça (STJ):*

“PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU FALTA DE MOTIVAÇÃO NO ACÓRDÃO A QUO. EXECUÇÃO FISCAL. ALIENAÇÃO DE IMÓVEL. DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. GRUPO DE SOCIEDADES COM ESTRUTURA MERAMENTE FORMAL. PRECEDENTE.

1. Recurso especial contra acórdão que manteve decisão que, desconsiderando a personalidade jurídica da recorrente, deferiu o arresto do valor obtido com a alienação de imóvel.

(...)

3. “A desconsideração da pessoa jurídica, mesmo no caso de grupos econômicos, deve ser reconhecida em situações excepcionais, onde se visualiza a confusão de patrimônio, fraudes, abuso de direito e má-fé com prejuízo a credores. No caso sub judice, impedir a desconsideração da personalidade jurídica da agravante implicaria em possível fraude aos credores. Separação societária, de índole apenas formal, legítima a irradiação dos efeitos ao patrimônio da agravante com vistas a garantir a execução fiscal da empresa que se encontra sob o controle de mesmo grupo econômico” (Acórdão a quo).

4. “Pertencendo a falida a grupo de sociedades sob o mesmo controle e com estrutura meramente formal, o que ocorre quando diversas pessoas jurídicas do grupo exercem suas atividades sob unidade gerencial, laboral e patrimonial, é legítima a desconsideração da personalidade jurídica da falida para que os efeitos do decreto falencial alcancem as demais sociedades do grupo. Impedir a desconsideração da personalidade jurídica nesta hipótese implicaria prestigiar a fraude à lei ou contra credores. A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal. Verificados os pressupostos de sua incidência, poderá o Juiz, incidentemente no próprio processo de execução (singular ou coletiva), levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja terceiros envolvidos, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros” (RMS nº 12872/SP, Relª Minª Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJ de 16/12/2002, grifos nossos).

5. Recurso não-provido. (REsp 767.021/RJ, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 16/8/2005, DJ 12/9/2005, p. 258)”

79. *Mais recentemente, decisão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região adotou também a teoria da desconsideração da personalidade jurídica para estender os efeitos de sanção a empresa com relações muito estreitas com outra suspensa de contratar com a Administração, sem que fosse necessário que ambas as empresas tivessem os mesmos sócios:*

“ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. SANÇÃO DE SUSPENSÃO DE CONTRATAR COM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONFUSÃO PATRIMONIAL E ABUSO DA FORMA. EXTENSÃO DE EFEITOS. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA ESFERA ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. MORALIDADE ADMINISTRATIVA E INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO.

(...)

4. A aplicação da proibição de contratar com a administração pública não teria efeito prático algum se fosse permitido que os sócios burlassem a lei, mediante a constituição ou utilização de outra sociedade, com o mesmo objeto comercial, para, assim, continuarem a participar das licitações.

5. A empresa demandante, com o fim de se habilitar em licitação pública, não logrou êxito em demonstrar sua desvinculação de outra empresa a quem se aplicou a sanção de suspensão de contratação com a Administração Pública, com base no art. 87, III da Lei n. 8.666/93 c/c art. 7º da Lei 10.520/02.

6. Manutenção do entendimento da sentença no sentido de que há relações muito estreitas entre as empresas envolvidas no caso, de maneira que não há como distinguir o patrimônio de qualquer delas. “Tais conclusões embasam-se no fato de as empresas envolvidas apresentarem quadro societário de membros muito próximos da família (irmãos, tios e sobrinhos); terem o mesmo endereço, distinguindo-se tão somente a sala; pelo fato de um ex-proprietário e representante da CARNAÚBA ter representado a SR LTDA no Pregão 05/2010, bem como de ambas terem o mesmo representante perante o Banco do Brasil, ou mesmo que a transmissão da documentação da SR para a EBCT tenha se dado por meio de aparelho de fax da CARNAÚBA e os documentos tenham sido entregues por empregado fardado desta última empresa”. “A SR teve seu objeto social ampliado por 3 vezes, num curto prazo de 4 meses, no período de início da aplicação da penalização administrativa da Carnaúba Locadora Ltda., de forma a abarcar o objeto social

desta". "Uma empresa constituída com objeto social semelhantes, com os sócios que ora participam de uma empresa, ora representam outra, bem com o mesmo representante na Instituição bancária e com sede no mesmo endereço, dificilmente, conseguirá provar que não agiu em cooperação para se furta dos efeitos danosos de uma sanção administrativa a esta imposta". "A demandante valeu-se do 'véu de nova pessoa jurídica' com o evidente intuito de burlar a lei e descumprir uma punição administrativa que havia sido imposta à Carnaúba Ltda.". (Trechos da sentença)."

(Apelação Cível - 549737/AL, Rel. Des. Francisco Barros Dias, Órgão Julgador Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Data de Julgamento 04/12/2012, Data da Publicação DJE 13/12/2012)

(...)

81. *Em relação à expansão dos efeitos da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo, julgados recentes do TCU firmaram entendimento quanto à possibilidade da extrapolação dos efeitos da sanção administração de empresas, cujos sócios e administradores, porventura, vierem a constituir novas empresas com o intuito de ultrapassar a proibição de licitar com a Administração Pública dentro do prazo estabelecido no decisum, conforme deliberação no âmbito dos Acórdãos 495/2013 e 1.987/2013, ambos do Plenário.*

82. *Nesse sentido, o TCU recomendou à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que desenvolva mecanismo, no âmbito do SicaF, que permita o cruzamento de dados de sócios e/ou de administradores de empresas que tenham sido declaradas inidôneas e de empresas fundadas pelas mesmas pessoas, ou por parentes, até o terceiro grau, que demonstrem a intenção a participar de futuras licitações dentro do prazo vigente da sanção aplicada (item 9.5.2 do Acórdão 495/2013-TCU-Plenário).*

83. *É importante ressaltar que, na aplicação da teoria da desconconsideração expandida da personalidade jurídica, não estará a Administração Pública aplicando nova penalidade, mas dando efetividade à sanção anteriormente aplicada, conforme bem destacado pelo Exmo. Sr. Ministro Walton de Alencar Rodrigues no seu Voto proferido no âmbito do TC 025.430/2009-5, a saber:*

“[VOTO REVISOR]

Não raro, integrantes de comissões de licitação verificam que sociedades empresárias afastadas das licitações públicas, em razão de suspensão do direito de licitar e de declaração de inidoneidade, retornam aos certames promovidos pela Administração valendo-se de sociedade empresária distinta, mas constituída com os mesmos sócios e com objeto social similar.

Por força dos princípios da moralidade pública, prevenção, precaução e indisponibilidade do interesse público, o administrador público está obrigado a impedir a contratação dessas entidades, sob pena de se tornarem inócuas as sanções aplicadas pela Administração.

O instituto que permite a extensão das penas administrativas à entidade distinta é a desconconsideração da personalidade jurídica. Sempre que a Administração verificar que pessoa jurídica apresenta-se a licitação com objetivo de fraudar a lei ou cometer abuso de direito, cabe a ela promover a desconconsideração da pessoa jurídica para lhe estender a sanção aplicada.

Desse modo, não estará a Administração aplicando nova penalidade, mas dando efetividade à sanção anteriormente aplicada pela própria Administração.”

Pelo exposto, esta CPAR entende que os argumentos apresentados não elidem a possibilidade de desconsiderar a personalidade jurídica da EIT 2, no sentido de estender-lhe o efeito da sanção aplicada à EIT 1.

V - RESPONSABILIZAÇÃO LEGAL

22. Dessa forma, a CPAR recomenda a aplicação, à EIT – Empresa Industrial Técnica S/A – Em Recuperação Judicial, da sanção de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, nos termos do Art. 87, inciso IV da Lei nº 8.666/93, por frustrar os objetivos da Concorrência Nacional nº 002/2007/SEOBRAS/ MCIDADES/ CAIXA, demonstrando não possuir idoneidade para contratar com a Administração, consoante o Art. 88, incisos II e III, da Lei nº 8.66/93.

23. Recomenda, ainda, a desconconsideração extensiva da personalidade jurídica para estender a aplicação da penalidade à EIT Engenharia S/A – Em Recuperação Judicial, qual seja, da sanção de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública.

VI – CONCLUSÃO

24. Em face do exposto, com fulcro nos arts. 12 e 15 da Lei nº 12.846/2013 c/c art. 9º, pars. 4º e

5º, do Decreto nº 8.420/2015 c/c art. 21, par. único, inc. VI, alínea “b”, item 4, e art. 22 da Instrução Normativa CGU nº 13/2019, a Comissão decide:

24.1. Comunicar o Coordenador-Geral de Processos Administrativos de Responsabilização para adotar providências de praxe destinadas a:

- encaminhar à autoridade instauradora o PAR;
- propor à autoridade instauradora o envio de expediente dando conhecimento ao Ministério Público e à Advocacia-Geral da União para análise quanto à pertinência da responsabilização judicial das pessoas jurídicas;
- recomendar à autoridade julgadora a aplicação à pessoa jurídica EIT – Empresa Industrial Técnica S/A – Em Recuperação Judicial da pena declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, nos termos do Art. 87, inciso IV da Lei nº 8.666/93, incidindo nas condutas tipificadas no Art. 88, incisos II e III, da Lei nº 8.66/93.
- Recomendar, ainda, a desconsideração extensiva da personalidade jurídica para estender a aplicação da penalidade supramencionada à EIT Engenharia S/A – Em Recuperação Judicial, qual seja, da sanção de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública.

24.2. Para os fins dos encaminhamentos previstos no Cap. VI da Lei nº 12.846/2013 e também considerando a previsão constante em seu §3º, de Art. 6º, a Comissão de PAR destaca a identificação dos seguintes valores:

a) Sobrepreço no contrato celebrado para a execução das obras de construção do Lote do Complexo de Manguinhos valor de R\$ 41.535.149,59 (SEI nº 1445242);

b) Valor das vantagens indevidas pagas a agentes públicos: R\$ 15.637.478,84, referente a pagamento de propina a agentes públicos no valor de 5% do contrato para a execução das obras de construção do Lote do Complexo de Manguinhos que, após aditivos e reajustes, custou aproximadamente R\$ 312.749.576,86 (SEI nº 1445282);

Os valores acima referenciados servem para subsidiar as anotações internas da Administração, sendo que a cobrança deles dar-se-á em processo próprio, sendo resguardado a ampla defesa e o contraditório nesse processo, conforme regulamentação específica de cada procedimento cabível.

24.3. Lavrar ata de encerramento dos trabalhos.



Documento assinado eletronicamente por **MARCELO MIRANDA BARROS**, **Presidente da Comissão**, em 22/02/2021, às 15:54, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, §1º, do Decreto nº 8.539, de 08 de outubro de 2015.



Documento assinado eletronicamente por **CLOVIS DE HOLANDA BESSA**, **Membro da Comissão**, em 22/02/2021, às 15:57, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, §1º, do Decreto nº 8.539, de 08 de outubro de 2015.

A autenticidade deste documento pode ser conferida no site <https://sei.cgu.gov.br/conferir> informando o código verificador 1837103 e o código CRC FE0EAF34