



CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

NOTA TÉCNICA Nº 223/2022/COREP - ACESSO RESTRITO/COREP/CRG

PROCESSO Nº 00190.104186/2020-37

INTERESSADO: COORDENAÇÃO-GERAL DE RESPONSABILIZAÇÃO DE ENTES PRIVADOS

ASSUNTO

Apuração, por meio de Processo Administrativo de Responsabilização (PAR), de supostas irregularidades imputadas à pessoa jurídica Construtora Barbosa Mello S/A, CNPJ 17.185.786-0001-61

REFERÊNCIAS

Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 (Lei Anticorrupção. LAC).

Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015. 2.2.

Instrução Normativa CGU nº 13, de 8 de agosto de 2019.

Portaria nº 3.553, de 12 de novembro de 2019 (Regimento Interno da CGU)

SUMÁRIO EXECUTIVO

Processo Administrativo de Responsabilização. Art. 23 da IN CGU nº 13/2019. Análise da regularidade processual. Parecer correcional de apoio ao julgamento.

1. RELATÓRIO

1.1. Trata-se de Processo Administrativo de Responsabilização (PAR) instaurado no âmbito desta Controladoria-Geral da União (CGU), em face da pessoa jurídica CONSTRUTORA BARBOSA MELLO S/A, CNPJ nº 17.185.786/0001-61.

1.2. Concluído os trabalhos da comissão, vieram os autos a esta COREP para emissão de manifestação técnica, nos termos do art. 55, II, do Regimento Interno da CGU (Portaria nº 3.553, de 12 de novembro de 2019) bem como do art. 23 da Instrução Normativa nº 13/2019 (Despacho DIREP SEI 2224680).

1.3. Os fatos objeto da presente apuração correspondem àqueles identificados no bojo das operações policiais "O Recebedor" e "Tabela Periódica", em que foram investigados crimes de cartel, peculato, lavagem de dinheiro e corrupção nas licitações, contratações e execução das obras das ferrovias Norte-Sul e Integração Oeste-Leste. Tais fatos foram observados pela simulação de competição, divisão de lotes, combinação de preços, eliminação da concorrência, superfaturamento e maximização de lucros, em licitações no mercado da construção ferroviária promovidas e ajustadas com a empresa pública VALEC, à época presidida por José Francisco das Neves.

1.4. Instaurado o PAR sob análise, por meio da Portaria CGU nº 1.293, de 05/06/2020, publicada no Diário Oficial da União de 08/06/2020, a CPAR lavrou o termo de indicição em 14/09/2020 (SEI 1638078), por entender que a referida empresa praticou atos que frustraram os objetivos de licitações e incorreu em falta de idoneidade para contratar com a Administração Pública, conforme disposto no art. 88, incisos II e III, da Lei 8.666/93.

1.5. Na sequência a CPAR promoveu a intimação da empresa acerca da instauração do PAR, dando-lhe ciência do termo de indicição e concedendo-lhe o prazo de 30 dias para apresentação de defesa e ainda especificação de eventual prova a produzir.

1.6. Tempestivamente a empresa Construtora Barbosa Mello S.A apresentou, em 13/11/2020, defesa escrita (SEI 1720128), acompanhada de diversos anexos, os quais foram devidamente analisados pela CPAR.

1.7. Em 07/09/2020 foi publicada a portaria nº 2.863, de 03/12/2020, prorrogando em mais 180

dias os trabalhos da CPAR neste processo (SEI 1748677).

1.8. Em 07/06/2021 foi publicada a portaria nº 1.287, de 01/06/2021, na qual o Corregedor-Geral da União reconduz a CPAR, designada pela Portaria 1.293, de 05.06.2020 e já prorrogada, para atuar no presente processo.

1.9. Em 10/12/2021 foi emitido o Relatório Final (SEI 2208401). A CPAR manteve sua convicção preliminar e sugeriu a aplicação à processada da pena de 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 haver demonstrado não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados e por frustrar o caráter competitivo da licitação, mediante a combinação de preços para o lote vencedor e apresentação de propostas de cobertura para os demais lotes, incidindo, dessa forma, nos atos lesivos tipificados nos incisos II e III do artigo 88 da Lei 8.666/93, conforme demonstrado neste PAR.

1.10. A autoridade instauradora, por meio de despacho datado de 13/12/2021 tomou ciência do Relatório Final e determinou a intimação da pessoa jurídica processada para, querendo, apresentar manifestação aos termos do Relatório Final (SEI 2211735).

1.11. Assim, devidamente intimada pela COREP, conforme e-mail datado de 14/12/2021 (SEI 2213483), para manifestação no prazo de 10 dias, nos termos do artigo 22 da Instrução Normativa nº 13/2019, a empresa Construtora Barbosa Mello S.A apresentou as alegações finais em 22/12/2021 (SEI 2224374).

1.12. É o breve relato.

2. ANÁLISE

REGULARIDADE FORMAL DO PAR

2.1. Inicialmente, cumpre destacar que o exame ora realizado pautar-se-á pelos aspectos formais e procedimentais do PAR, incluindo a manifestação aos termos do Relatório Final, apresentada pela empresa.

2.2. Da análise dos autos verifica-se que os trabalhos conduzidos pela CPAR observaram o rito previsto na IN CGU nº 13, de 8 de agosto de 2019, bem como os princípios do contraditório e da ampla defesa, previstos no art. 5º, inciso LV da CF/88.

2.3. A portaria de instauração foi publicada de acordo com o art. 13 da mencionada IN, contendo o nome, o cargo e a matrícula dos membros integrantes da Comissão, a indicação de seu presidente, o número do processo, o prazo de conclusão dos trabalhos, o nome empresarial e o CNPJ da pessoa jurídica processada. Quanto à competência, o PAR foi instaurado pelo Corregedor-Geral da União, conforme delegação prevista no art. 30, I, da IN CGU nº 13/2019.

2.4. Posteriormente, a portaria de prorrogação, também da lavra do Corregedor-Geral da União, seguiu os mesmos normativos vigentes. Verifica-se, assim, a regularidade do processo sob este ponto de vista, pois as portarias de instauração e prorrogação foram emitidas por autoridade competente.

2.5. Em se tratando da observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, foi oportunizado à empresa amplo e irrestrito acesso aos autos, mediante concessão de acesso externo ao SEI para visualização integral do processo e peticionamento eletrônico, sem qualquer violação ou restrição a direitos.

2.6. A Construtora Barbosa Mello S/A apresentou 10 argumentos em sua defesa, sendo todos, uma a uma, confrontados e não acatados pela CPAR, conforme detalhado no item 4.2 do Relatório Final.

2.7. À empresa foi garantida a presença em todos os atos processuais realizados e o direito de livremente inquirir as testemunhas e os informantes arrolados, além da produção de provas documentais. Teve a oportunidade, ainda, de apresentar defesas prévias e alegações finais, e demais manifestações e documentos julgados oportunos, garantido o exercício da ampla defesa, essencial à condução do PAR.

2.8. O termo de indicição foi elaborado em conformidade com os requisitos previstos no artigo 17 da IN CGU nº13/2019 (descrição clara e objetiva do ato lesivo imputado, apontamento das provas e o enquadramento legal), e a empresa devidamente notificada, de acordo com o seu art. 18, assegurando a ampla ciência e possibilidade de manifestação.

2.9. O Relatório Final, por sua vez, mencionou as provas em que se baseou para a formação de sua convicção e enfrentou bem todas as alegações apresentadas pela defesa, concluindo, ao final, pela responsabilização da acusada, indicando o dispositivo legal infringido e a respectiva penalidade, isto é, a 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, em que a empresa deve ficar impossibilitada de licitar ou contratar com o Poder Público até que passe por um processo de reabilitação, conforme constante do item 5 do relatório final.

2.10. Considerando a regularidade procedimental da análise da Comissão, passamos à análise das manifestações finais apresentadas pela empresa.

ANÁLISE DA MANIFESTAÇÃO AO RELATÓRIO FINAL

2.11. Na petição apresentada, a defesa da empresa Construtora Barbosa Mello S/A requer: a) o arquivamento do PAR, em função da falta de condições para o seu prosseguimento, conforme matérias arguidas em preliminar; b) sucessivamente, a declaração da prescrição da pretensão punitiva da Administração Pública; e c) o mérito, a improcedência do PAR, afastando-se quaisquer tipos de penalidades à empresa, especialmente a declaração de inidoneidade.

2.12. Inicialmente a empresa alega que não foram apresentados "*... indícios mínimos da participação da CBM nos fatos e da existência de elementos que evidenciam a regularidade da sua participação nas licitações.*" A seguir temos os pontos apresentados pela empresa:

"II.1. Impossibilidade de condenação com base, unicamente, nos depoimentos constantes dos acordos de colaboração, ainda mais quando eivados de contradições e fragilidades"

2.13. É incabível a afirmação da empresa sobre suposta ausência de provas. Os testemunhos trazidos ao processo, juntamente com outros elementos, apresentam verossimilhança suficiente para serem considerados pela CPAR, verificando-se, no caso concreto, elementos e indícios que corroboram as conclusões exaradas no Termo de Indiciamento e no Relatório Final. Ademais, conforme jurisprudência pacífica do STF e do TCU, é perfeitamente possível a condenação somente com base em indícios, quando a infração é de tal natureza que deixa pouco ou nenhum vestígio probatório. No Relatório final, parágrafos 22 a 24, transcreve-se a legislação em que se embasa a convicção firmada pela CPAR, de forma a não deixar dúvidas quanto a tipicidade das condutas praticadas pela empresa.

2.14. Além disso, é possível verificar que as colaborações premiadas em que se baseiam o trabalho da CPAR observaram o contido nos incisos I e II do art. 4º da Lei nº 12.850/2013, pois identificam precisamente todas as empresas participantes do esquema ilegal que ocorreu na VALEC, demonstrando a estrutura de hierarquia, a divisão de tarefas e a participação destas empresas no cartel. Destaque-se que operações policiais que trouxeram provas ao presente processo foram todas autorizadas pela justiça, observando na íntegra as disposições legais aplicáveis à matéria. Portanto, não merece ser acolhida a manifestação da defesa em relação a esse tópico.

2.15. A defesa alega ainda (item 33) suposta incoerência da CPAR quanto ao momento exato da entrada da empresa no cartel (item 4.2.9 do relatório final). Tal alegação tira do contexto o constatado pela CPAR em seu Relatório Final, sendo a alegação da defesa levada pela literalidade de uma frase de forma descontextualizada, sem trazer elementos objetivos que possam afastar a convicção firmada pela CPAR quanto a participação da empresa no referido cartel. De fato, em que pese não ser possível precisar o dia e a hora da entrada da empresa no cartel, resta comprovada sua participação e alinhamento a este ao longo do tempo de formação e consolidação do referido cartel.

2.16. A CPAR tratou detalhada e exaustivamente no Relatório Final (item 4.2.7) sobre supostas "incongruências e contradições" alegadas pela empresa quando de sua defesa, detalhando com precisão e coerência todos os fatos. Portanto, não há como acolher as alegações da empresa também em relação a este ponto.

"II.2. Da enviesada e equivocada análise feita acerca dos elementos que evidenciam a regularidade da participação da CBM nas concorrências n. 008/2004 e 001/2007"

2.17. A manifestação da defesa em relação a esse tópico não traz elementos novos que possam mudar o entendimento da matéria. A CPAR, mediante análise detalhada e meticulosa, trouxe ao processo elementos de prova necessários e suficientes para a conclusão sobre a participação da Construtora Barbosa Mello no cartel, por meio das licitações em comento. Conforme relatado com clareza pela CPAR no Relatório Final:

"De acordo com a documentação dos autos, a BARBOSA MELLO, que nas reuniões para a negociação do acordo era representada pelo então Diretor Alfredo Moreira Filho, é citada como umas das empresas alinhadas ao cartel e que teria frustrado o caráter competitivo da licitação na fase de consolidação do cartel (tendo, inclusive, sediado reuniões em seu endereço de Brasília), entre 2003 e 2007, bem como na fase de ampliação do cartel, em 2010, por meio de sua participação no Consórcio Andrade Gutierrez/BARBOSA MELLO/Serveng. Na Concorrência nº 08/2004 a empresa foi inabilitada no lote 06; na Concorrência nº 01/2007 foi inabilitada no lote 16 e na Concorrência nº 05/2010 foi vencedora do lote 04 e habilitada nos lotes 01, 02 e 05 por meio do aludido consórcio."

2.18. Ainda sobre esse ponto, frise-se a análise meticulosa da CPAR (item 4.2.9 do Relatório Final), trazendo também o depoimento de Rodrigo Lopes (SEI nº 1519651, [2], AG – Termo de colaboração 06 – Rodrigo Ferreira Lopes p. 7/9), demonstrando a cooptação e o alinhamento da empresa no cartel.

2.19. Ademais a análise da CPAR sobre os motivos alegados pela empresa para ter desistido de decisão judicial que lhe permitia participar do certame 008/2004 também corrobora a cooptação desta pelo esquema do cartel.

2.20. Portanto, mantem-se a posição firmada pela CPAR, não sendo possível mudança de convicção firmada em relação a este ponto.

"II.3. Da enviesada e equivocada análise feita acerca dos elementos que evidenciam a regularidade da participação da CBM na concorrência n. 005/2010"

2.21. Neste ponto a empresa afirma que as conclusões da CPAR foram enviesadas e equivocadas, abstendo-se, porém, de apresentar novos fatos ou argumentos que possam afastar a ilicitude das condutas por ela praticadas.

2.22. A empresa torna a alegar o fato de ter apresentado recurso administrativo e, a seguir, impetrado mandado de segurança no curso da concorrência 008/2004, como razão para afastar a sua participação no cartel. Entretanto, documentos indicam que a BARBOSA MELLO participou das negociações da fase de consolidação do cartel (sendo a época em que o escritório da empresa em Brasília serviu de local para as reuniões do grupo), inclusive tendo negociado sua posição com a Construtora Norberto Odebrecht S.A. ("CNO") na concorrência de 2004, fato que se comprova também mediante sua indicação para se consorciar com as construtoras Andrade Gutierrez e Serveng, tendo vencido, assim, o Lote 04 da Concorrência nº 05/2010.

2.23. Além disso, a empresa líder do consórcio, Andrade Gutierrez, confessou a participação no cartel e o pagamento de propina, conforme resta demonstrado nos vultuosos pagamentos realizados às empresas HELI LOPES, EVOLUÇÃO e ELCCOM, nos anos de 2010, 2011 e 2012, período em que o consórcio Andrade Gutierrez/BARBOSA MELLO/Serveng sagrou-se vencedor do Lote 04 da Concorrência nº 005/2010.

2.24. Ademais, conforme já analisado pela CPAR no Relatório Final (parágrafo 183), o teor do "Acordo de Leniência nº 02/2016 – Cade e CCC (SEI nº 1519651, [1], p. 173): 303. O Lote 4 da Concorrência 005/2010 foi vencido pelo Consórcio Andrade Gutierrez/Barbosa Mello/Serveng **conforme definido no âmbito do acordo entre concorrentes**" (grifo nosso). Além deste Acordo de Leniência há vários outros indícios que, em seu conjunto, firmam a convicção da participação da empresa Barbosa Mello no cartel.

2.25. Em suma, a alegação da empresa de que não há "...indícios mínimos da participação da CBM nos fatos e da existência de elementos que evidenciam a regularidade da sua participação nas licitações" não merece ser acolhida, uma vez que há todo um conjunto probatório formado de fortes indícios que permitem afirmar sobre a participação da CBM no cartel, o que foi devidamente analisado e

colocado pela CPAR no seu Relatório Final e ao longo de todo o processo.

2.26. Vale ressaltar o entendimento do Supremo Tribunal Federal que corrobora a posição da CPAR em relação ao conjunto indiciário:

"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. (Acórdão 57/2003-Plenário, citado no AC 0333-07/15-P, original sem grifos).

"II.I. Ocorrência de Prescrição"

2.27. A empresa procura invocar a prescrição para o presente processo alegando que:

"81. Além disso, a CBM é uma pessoa jurídica e não pode cometer crime, o que inviabiliza a aplicação do §2.º do art. 1.º da Lei n. 9.873/99:

82. E, ainda, não há representante da CBM denunciado na esfera penal, de modo que definitivamente não há respaldo para a utilização do prazo prescricional penal:"

2.28. Não procede essa alegação, uma vez que, embora a aplicabilidade da tipificação penal seja restrita a pessoas físicas, cuida-se de fatos que devem ser objeto de apuração em outras instâncias, sendo que na seara administrativa aplica-se eventuais sanções a pessoas jurídicas, consoante dispositivos legais já detalhados no Relatório Final (item 4.2.6).

2.29. Em razão da independência entre as instâncias administrativa e penal, a não existência de representante da CBM denunciado na esfera penal não configura impeditivo para a apuração administrativa dos supostos fatos ilícitos praticados pela empresa.

2.30. Ainda sobre a prescrição a empresa Barbosa e Melo alegou que:

"85. Mas, caso assim não se entenda, o que se admite apenas pelo princípio da eventualidade, é certo que a utilização do prazo prescricional penal deveria, necessariamente, vir acompanhada da sua redução pela metade, por força do art. 115 do Código Penal, que prevê que "são reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos". Afinal, o sr. Alfredo, apontado como suposto representante da empresa nos fatos, possui 75 anos (nascido em 14/02/1946, conforme consta no mandado de busca e apreensão juntado na Defesa – SEI 1720128, p. 80), ensejando a redução do prazo de prescrição. ...

88. Assim, ainda que eventualmente fosse considerado o prazo de 16 anos, o qual, repita-se, não é o adequado, estaria caracterizada a prescrição, pois o prazo deve ser reduzido para 8 anos, nos termos do art. 114 do Código Penal. Oito anos contados de 2011 – marco utilizado pela própria CPAR no Relatório Final – se encerrariam em 2019, antes da instauração do presente processo, portanto."

2.31. O prazo prescricional que se considera é o prazo em abstrato, ante a presença de outros agentes denunciados nos fatos apurados. Desta forma, o prazo de 16 anos se aplica a partir de março de 2011, ano final da fase de ampliação do cartel, conforme Relatório Final (itens 115 e 116). Portanto, a instauração do presente PAR em junho de 2020 interrompeu o fluxo da prescrição, postergando-a para 2036.

2.32. Por fim, às fls. 23 e seguintes, a defesa alega ainda os seguintes pontos:

"IV.1. Incompetência da CGU para processar o PAR"

2.33. A defesa alega a suposta incompetência da CGU para instaurar o PAR.

2.34. Entretanto, conforme exaustivamente abordado no item 4.2.5 do Relatório Final, não há dúvidas de que a CGU é competente para condução do PAR, destacando-se a seguir alguns argumentos que confirmam tal fato.

2.35. O PAR obedece ao disposto na Lei nº 12.846/2013, que é regulamentada, de forma mais

abrangente, pelo Decreto nº 8.420/2015 e, no âmbito dos órgãos e entidades do Poder Executivo Federal, pela IN CGU nº 13/2019, podendo, subsidiariamente, recorrer-se ao disposto na Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

2.36. Há expressa determinação no sentido da aplicação do disposto no art. 12 do Decreto nº 8.420/2015: "Os atos previstos como infrações administrativas à Lei nº 8.666 [...] que também sejam tipificados como atos lesivos na Lei nº 12.846 [...], serão apurados e julgados conjuntamente [...], aplicando-se o rito procedimental previsto neste Capítulo."

2.37. Além disso, o Decreto nº 5.480/2005 indica que a CGU também compõe o Sistema de Correição do Poder Executivo Federal na condição de Órgão Central do Sistema, e a Advocacia-Geral da União (AGU), mediante o PARECER Nº 110/2012/ASJUR-CGU-PR/CGU/AGU, manifestou-se a respeito da competência da CGU para apurar ilícitos previstos na Lei nº 8.666/93: "b) DA COMPETÊNCIA DO MINISTRO DA CGU-PR PARA DEFLAGAR O PROCESSO ADMINISTRATIVO DE FORNECEDORES."

2.38. Sendo a Valec uma empresa pública (estatal dependente), o seu capital é público, e isto a torna suscetível de análise por parte da CGU, conforme determinam os arts. 70 e 74 da Constituição Federal, que dispõem acerca das competências do sistema de controle interno de cada Poder. O inciso I do art. 8º do Decreto nº 3.591/2000, estabeleceu que a CGU é órgão Central do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal.

2.39. Ademais, a competência da CGU para instauração de PAR é concorrente à competência da autoridade máxima de cada órgão ou entidade do Poder Executivo Federal em face do qual o suposto ato lesivo foi praticado, conforme artigo 8º, § 2º, da Lei nº 12.846/2013; no artigo 13, I, do Decreto nº 8.420/15; e artigo 5º, I, da IN-CGU nº 13/2019.

2.40. Isto posto, não merece acolhimento a alegação da defesa de que a CGU seria instância incompetente para condução do PAR.

IV.2. Ausência de enquadramento legal do ato lesivo

2.41. A defesa novamente alega que os art. 87 e 88 da Lei nº 8.666/93 se referem às sanções e não às condutas sancionadas, alegando falta de enquadramento legal para os fatos a ela atribuídos pela CPAR.

2.42. Todavia, se fosse aplicável este entendimento da defesa no sentido de que os artigos mencionados (87 e 88 da Lei nº 8.666/93) tratam apenas de sanções e não de condutas sancionadas, na hipótese de um fornecedor deixar de executar total ou parcialmente um contrato celebrado com a Administração, o suposto fornecedor também não poderia ser sancionado, uma vez que, segundo a defesa, o art. 87 trata de sanção e não de conduta a ser sancionada.

2.43. No mesmo sentido, os atos ilícitos mencionados no art. 88 inciso III também não poderiam ser sancionados, o que certamente não condiz com o intuito do legislador.

2.44. Portanto, não merece ser acolhida a alegação da empresa em relação a esse ponto.

IV.3. Utilização de prova emprestada sem observância do contraditório

2.45. Em relação a esse ponto a jurisprudência é pacífica no sentido de admitir a prova compartilhada, desde que se oportunize contraditório à pessoa acusada quando o processo de origem não tiver identidade das partes. O artigo 372 do CPC atual deixa claro esse ponto:

"Art. 372 O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório."

2.46. No mesmo sentido do CPC se posiciona o Superior Tribunal de Justiça (STJ), admitindo o empréstimo de prova mesmo diante de diferença das partes, afirmando que o essencial é o respeito ao contraditório e, não, a identidade subjetiva das duas demandas (ERESP nº 617.428/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 04/06/2014).

2.47. Inegável é que, no presente PAR, a acusada teve acesso a todas as provas e aos argumentos trazidos pela CPAR nos termos de indicição e do relatório Final, podendo refutá-los, como de fato o fez, quando da apresentação de Defesa Escrita (SEI 1720128) e de manifestação a respeito de provas produzidas e/ou juntadas no curso do processo (SEI 1996566 e 2199413) e também agora, nas suas

alegações finais.

2.48. Estando comprovado o pleno exercício do contraditório, cabe a prova emprestada no presente processo, razão pela qual não é acolhido o argumento da defesa em relação a esse ponto.

IV.4. Incompletude da documentação

2.49. A defesa alega a não disponibilização de documentos na íntegra desde o início. Porém, conforme diz a própria defesa, foram entregues a posteriori, conforme sua solicitação, nada lhe sendo negado do que lhe diz respeito no presente PAR.

2.50. A defesa alega também que não fora disponibilizado a íntegra o “Acordo de Leniência firmado entre a Odebrecht e a CGU – Anexo II”, que também foi utilizado como “evidência” pela CGU da sua suposta participação nos fatos, e cujo acesso também foi requerido em sede de Defesa, tendo sido concedido acesso a um intervalo de 10 páginas, dentre as 834 páginas do documento.

2.51. Em relação a este argumento relativo ao referido Acordo de Leniência, aplica-se a decisão do Ministro Alexandre de Moraes, no cerne da Reclamação 45.366/RJ:

"A garantia do exercício da ampla defesa somente alcança o acesso a provas que digam respeito à pessoa do investigado ou aos fatos diretamente a ele imputados, não autorizando o acesso a documentos sigilosos que tenham por objeto fatos e imputações dirigidas a terceiros e que não estão sendo utilizados pela acusação no Tribunal Especial Misto, sob pena de se romper, indevidamente, o sigilo legalmente estabelecido para casos de delação negociada (art. 5º, I, Lei 12.850/2013)."

2.52. No mesmo sentido o § 6º do Art. 16 da Lei nº 12.846/2013 dispõe que: "A proposta de acordo de leniência somente se tornará pública após a efetivação do respectivo acordo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo."

2.53. Ainda sobre este ponto o parágrafo único do art. 39 do Decreto nº 8.420/2015, que regulamentou a Lei Anticorrupção, estabeleceu que as informações comercialmente sensíveis da pessoa jurídica terão seu acesso restrito.

2.54. Em respeito ao contraditório e ao sigilo sobre processos relativos a outras empresas, fora mostrado à Barbosa Mello o trecho da documentação solicitada que trata das obras que lhe compete, deixando de mostrar apenas os trechos que versam sobre outras empresas e que ainda são objeto de investigação.

2.55. Todos os documentos utilizados para fundamentar a decisão da CPAR foram juntados ao processo na forma em que foram recebidos dos órgãos que os compartilharam. Assim, não há fundamento para as alegações sobre conclusões obtidas a partir de documentos não incluídos nos autos ou não disponibilizados, uma vez que a CPAR disponibilizou todos os documentos pertinentes ao caso em tela, necessários e suficientes para a formação de sua convicção sobre a Barbosa Mello.

2.56. Portanto, não é possível acolher a alegação de Defesa em relação a este ponto.

2.57. Assim é que, ao final, a defesa postulou, no tópico "V. CONCLUSÃO E PEDIDOS" (p. 28), o arquivamento do PAR sem aplicação de penalidade, com o reconhecimento:

"a. Da prescrição da pretensão punitiva da CGU, considerando o transcurso de prazo prescricional superior a 5 (cinco) anos entre a ocorrência dos fatos e a instauração deste PAR;

b. Da nulidade do presente PAR, haja vista a (i) incompetência da CGU para processá-lo; (ii) a ausência de enquadramento legal do ato lesivo; (iii) a utilização de prova emprestada sem observância do contraditório; (iv) a incompletude da documentação disponibilizada à CBM;"

2.58. Considerando que todos os argumentos alegados pela defesa em sua postulação final já foram apreciados e não aceitos pelas razões fáticas e de direito detalhadas em pontos específicos da presente Nota Técnica, conclui-se que não cabe à defesa razões para acolhimento de seus pedidos finais.

2.59. Assim, não assiste razão à defesa e o presente PAR pode seguir à consideração da autoridade julgadora.

DA PENALIDADE SUGERIDA

2.60. A CPAR concluiu pela aplicação da pena 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 ter sido demonstrado que esta empresa não possui idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados e por frustrar o caráter competitivo de licitações, mediante a combinação de preços para o lote vencedor e apresentação de propostas de cobertura para os demais lotes, incidindo, dessa forma, nos atos lesivos tipificados nos incisos II e III do artigo 88 da Lei 8.666/93, conforme demonstrado neste PAR.

DA PRESCRIÇÃO

2.61. As condutas observadas pela empresa sob análise consistem em fraudes à licitação e pagamento de propina, em conjunto com um grupo de empresas que se reuniu para eliminar concorrência e obter vantagens indevidas em uma série de licitações e contratos firmados pela VALEC, no período de 2003 a 2011, pelo menos.

2.62. Por essas práticas serem antecedentes à Lei 12.846/2013, a eventual responsabilização da empresa envolvida nos ilícitos apontados acima deve ter por base a Lei nº 8.666/1993:

2.63. Entretanto, no tocante à aplicação da Lei nº 8.666/1993, a contagem deverá seguir os termos previstos na Lei nº 9.873/1999:

Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

(...)

§ 2º Quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição reger-se-á pelo prazo previsto na lei penal.

2.64. Uma vez que as condutas apuradas no presente processo também constituem crimes enquadrados conforme lista a seguir, cabe a aplicação dos prazos de prescrição previstos na lei penal.

- art. 4º, I (cartel), da Lei nº 8.137/1990;

- art. 90 e 92, parágrafo único (fraude em licitação), e 96, I (pelo sobrepreço na proposta de preços e no contrato), da Lei nº 8.666/1993; e

- art. 312, caput (superfaturamento materializado em dano), c/c artigos 29 e 69, todos do Código Penal; e

- art. 333, parágrafo único (corrupção ativa) do Código Penal.

2.65. Considerando que o presente caso envolve situações ocorridas na fase de consolidação e ampliação do cartel, ou seja, entre 2003 a 2011, pelo menos, eventual prescrição de pretensão punitiva estatal, de acordo com o art. 109, II do Código Penal, somente se daria 16 anos após a cessação da permanência delitiva, de forma que, a princípio, mantém-se a possibilidade de apuração e sancionamento dos fatos narrados acima.

2.66. Assim, para o cômputo do prazo prescricional, devem ser consideradas as condutas praticadas ao longo das duas fases identificadas acima. Com a instauração do presente PAR em junho de 2020, interrompeu-se o fluxo da prescrição, postergando-a para 2036.

2.67. Verifica-se, portanto, que o presente PAR foi instaurado dentro do prazo para a aplicação das penalidades propostas.

3. CONCLUSÃO

3.1. Em vista dos argumentos aqui expostos, opina-se pela regularidade do PAR.

3.2. O processo foi conduzido em consonância com o rito procedimental previsto em lei e normativos infralegais, e com efetiva observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, enquanto consectários do devido processo legal, não se verificando qualquer incidente processual apto a ensejar a nulidade de atos processuais.

3.3. Ademais, não se vislumbra a existência de fato novo apto a modificar a conclusão a que chegou a Comissão de PAR, ou seja, os esclarecimentos adicionais trazidos pela defendente não foram

suficientes para afastar as irregularidades apontadas.

3.4. Dessa forma, sugere-se acatar as recomendações feitas pela CPAR em seu Relatório Final, com o encaminhamento dos autos às instâncias superiores desta Corregedoria-Geral da União e, estando de acordo, à Consultoria Jurídica para a análise de sua competência, nos termos do §4º do art. 9º do Decreto nº 8.420, de 2015, e do art. 24 da IN CGU nº 13, de 2019.

3.5. Por fim, nos termos do art. 55, II, in fine, da Portaria nº 3553/2019, encaminha-se a Minuta de Decisão (SEI 2291976) subsequente.

3.6. À consideração superior.



Documento assinado eletronicamente por **KEILLA EUDOKSA VASCONCELOS LEITE**, Auditor Federal de Finanças e Controle, em 17/03/2022, às 17:39, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020.

A autenticidade deste documento pode ser conferida no site <https://super.cgu.gov.br/conferir> informando o código verificador 2265290 e o código CRC 9C6268F8

Referência: Processo nº 00190.104186/2020-37

SEI nº 2265290



CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

DESPACHO COREP - ACESSO RESTRITO

1. Estou de acordo com a Nota Técnica Nº 223/2022/COREP (SEI 2265290), que, em síntese, concluiu pela regularidade do presente Processo Administrativo de Responsabilização, com o registro de que os argumentos invocados pela defesa não foram suficientes para afastar as respectivas responsabilidades indicadas pela Comissão processante.
2. Submeto, assim, à apreciação do Sr. Diretor de Responsabilização de Entes Privados, a proposta de encaminhamento dos autos à consideração do Sr. Corregedor-Geral da União e subseqüente envio à CONJUR.



Documento assinado eletronicamente por **CYRO RODRIGUES DE OLIVEIRA DORNELAS**, Coordenador-Geral de Instrução e Julgamento de Entes Privados, em 18/03/2022, às 13:28, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020.

A autenticidade deste documento pode ser conferida no site <https://super.cgu.gov.br/conferir> informando o código verificador 2291978 e o código CRC 47C403EF

Referência: Processo nº 00190.104186/2020-37

SEI nº 2291978



CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

DESPACHO DIREP

1. No uso das atribuições constantes do art. 54, IV do Regimento Interno da CGU (Port. 3.553/2019), acolho o Despacho COREP SEI 2291978 para me manifestar pela regularidade do presente Processo Administrativo de Responsabilização.
2. Com efeito, os argumentos de fato e de direito externados pelas peças técnicas anteriores constantes dos autos (Relatório Final da CPAR e Nota Técnica nº 223/2022 SEI 2265290, que analisou as alegações finais da pessoa jurídica) demonstram as justificativas para a imposição da sanção administrativa sugerida. Portanto, o processo está apto para avaliação da autoridade julgadora competente (Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União), após a necessária manifestação da Consultoria Jurídica deste órgão.
3. Ao Sr. Corregedor-Geral da União com proposta de que o feito seja submetido à Conjur/CGU.



Documento assinado eletronicamente por **MARCELO PONTES VIANNA, Diretor de Responsabilização de Entes Privados**, em 18/03/2022, às 17:12, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020.

A autenticidade deste documento pode ser conferida no site <https://super.cgu.gov.br/conferir> informando o código verificador 2310877 e o código CRC 4C78417E

Referência: Processo nº 00190.104186/2020-37

SEI nº 2310877



CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

DESPACHO CRG

1. De acordo com a manifestação da DIREP.
2. Conforme art. 24 da IN CGU nº 13/2019, encaminhem-se os autos à CONJUR/CGU para manifestação jurídica prévia ao julgamento do Sr. Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União.



Documento assinado eletronicamente por **GILBERTO WALLER JUNIOR, Corregedor-Geral da União**, em 18/03/2022, às 17:28, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020.

A autenticidade deste documento pode ser conferida no site <https://super.cgu.gov.br/conferir> informando o código verificador 2311453 e o código CRC A896F2BA

Referência: Processo nº 00190.104186/2020-37

SEI nº 2311453