



CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

NOTA TÉCNICA Nº 2049/2022/COREP1 - ACESSO RESTRITO/COREP1/DIREP/CRG

PROCESSO Nº 00190.104186/2020-37

1. RELATÓRIO

1.1. Tratam os presentes autos de Processo Administrativo de Responsabilização (PAR) instaurado nesta CGU em face da pessoa jurídica **Construtora Barbosa Mello S.A. (Barbosa Mello)**, inscrita no CNPJ sob o nº 17.185.786/0001-61.

1.2. Os trabalhos da Comissão Processante se encerraram em 10/12/2021, com a emissão de Relatório Final (doc. 2208401) e registro em Ata de Deliberação (doc. 2211290).

1.3. Na instrução processual seguiu-se o protocolo de manifestação da interessada ao Relatório Final (docs. 2224363 e 2224374).

1.4. Assim, procedeu-se a nova análise da CRG por meio da Nota Técnica Nº 223/2022/COREP/DIREP/CRG (doc. 2265290), de 17/03/2022, a qual concluiu pela regularidade processual, conforme trecho abaixo acostado:

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 (doc. 2291976) subsequente.

3.6. À consideração superior

1.5. De tais conclusões não discordou a CONJUR/CGU, a qual, por meio do Parecer n. 00273/2022/CONJUR-CGU/CGU/AGU, aprovado pelos Despachos n. 00454/2022/CONJUR-CGU/CGU/AGU e n. 456/2022/CONJUR-CGU/CGU/AGU (doc. 2476238), fundamentou o julgamento do Ministro de Estado da CGU, proferido em 12/08/2022 (Decisão nº 175, doc. 2476245), com publicação em 15/08/2022 (doc. 2477402):

[...] aplicar a penalidade de **declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública** à empresa CONSTRUTORA BARBOSA MELLO S.A., CNPJ 17.185.786/0001-61, pela prática dos atos lesivos contidos nos incisos II e III do artigo 88 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, devendo ficar impossibilitada de licitar ou contratar com o poder público até que passe por um processo de reabilitação, no qual deve comprovar, cumulativamente: **a)** o escoamento do prazo mínimo de 2 anos sem licitar e contratar com a Administração Pública, contados da data da aplicação da pena; **b)** o ressarcimento dos prejuízos causados ao erário; e **c)** a superação dos motivos determinantes da punição.

Os efeitos desta decisão ficam suspensos até o decurso do prazo previsto no artigo 15 do Decreto

nº 11.129, de 11 de julho de 2022, e, caso haja apresentação de pedido de reconsideração, até o correspondente julgamento.

1.6. Em 29/08/2022, foi protocolado, tempestivamente, Pedido de Reconsideração (doc. 2494774), dotado de efeito suspensivo, por força do art. 15, *caput*, do Decreto nº 11.129/2022.

1.7. Por conseguinte, os presentes autos retornaram a esta coordenação, através do Despacho DIREP SEI nº 2495511, para análise do pedido e produção de subsídios à decisão do Sr. Ministro da CGU.

1.8. É o breve relato.

2. DA TEMPESTIVIDADE

2.1. Preliminarmente, verifica-se a tempestividade do referido Pedido de Reconsideração, protocolado dentro do prazo de 10 dias previsto pelo art. 15 do Decreto nº 11.129/2022, conforme doc. 2494773.

2.2. Assim, passa-se aos argumentos apresentados por último pela defesa e respectiva análise.

3. DA ANÁLISE

3.1. Inicialmente, o tópico II do Pedido de Reconsideração (p. 5 a 23 do doc. 2494774) sustenta que a CPAR, a CONJUR e a COREP teriam se omitido da efetiva apreciação dos elementos constantes dos autos e que o presente PAR não teria individualizado a conduta da Barbosa Mello, o que caracterizaria violação ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal, bem como ensejaria a necessidade de se reconhecer a nulidade da condenação. Para tal, a defesa divide esse argumento em três subargumentos, quais sejam:

a) da ausência de indícios mínimos de participação da Barbosa Mello nos fatos (tópico II.1, p. 10 a 15, do doc. 2494774);

b) da regularidade de sua participação nas Concorrências nº 008/2004 e 001/2007 (tópico II.2, p. 15 a 19, do doc. 2494774); e

c) da regularidade de sua participação na Concorrência nº 005/2010 (tópico II.3, p. 19 a 23, do doc. 2494774).

3.2. Além do mencionado macroargumento, o Pedido de Reconsideração apresenta as subsequentes teses:

a) da pretensão punitiva prescrita (tópico III, p. 23 e 24, do doc. 2494774); e

b) da desproporcionalidade da sanção aplicada e consequente necessidade de nova dosimetria (tópico IV, p. 25 a 27, do doc. 2494774).

3.3. Uma vez que o argumento da pretensão punitiva prescrita consiste em prejudicial de mérito, será por ele iniciada a análise e, em seguida, serão apurados os argumentos na ordem trazida pelo Pedido de Reconsideração.

Argumento 1: pretensão punitiva prescrita (tópico III, p. 23 e 24, do doc. 2494774)

3.4. A defesa alega que, ao aplicar o prazo de prescrição de 12 anos, oriundo da lei penal, as análises levantadas pela CPAR e pela CONJUR teriam incidido em erro material, pois não houve representante da Barbosa Mello denunciado criminalmente. Ainda, a empresa alude que a competência para avaliar a conduta sob a ótica criminal seria exclusiva do Ministério Público. Nesse sentido, a empresa pleiteia que seja reconsiderado o prazo de prescrição a incidir sobre o caso, com a aplicação daquele previsto no *caput* do art. 1º da Lei nº 9.873/1999 (5 anos contados da cessação da conduta, a qual teria ocorrido em 2011) e que, portanto, seja reconhecida a prescrição da ação punitiva da Administração Pública Federal.

3.5. Por fim, subsidiariamente, a defesa aduz que, caso seja mantida a aplicação da prescrição penal, tal prazo deva ser computado pela metade, por força do art. 115 do Código Penal, uma vez que o Sr. Alfredo, apontado como suposto representante da empresa nos fatos, possui 76 anos de idade (nascido em 14/02/1946). Logo, a defesa pleiteia também seja considerada prescrita a pretensão punitiva, por já haver transcorrido mais de 6 anos desde a cessação das condutas ilícitas.

Análise do argumento 1

3.6. Preambularmente, relembra-se que o prazo prescricional de 12 anos tem embasamento legal, cujos dispositivos encontram-se abaixo elencados:

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 rege-se pelo prazo previsto na lei penal.** (original sem grifos)

Lei nº 8.137/1990:

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;

[...]

Pena - reclusão, de 2 (dois) a **5 (cinco) anos** e multa. (original sem grifos)

Decreto-lei nº 2.848/1940 (Código Penal):

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo **máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime**, verificando-se:

[...]

III - em **doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito**

[...] (original sem grifos)

3.7. O que a defesa busca afastar, portanto, é a incidência de tais dispositivos, ao argumento de que não houve oferecimento de denúncia, por parte de Ministério Público, em face dos representantes da Barbosa Mello, e que, por isso, os fatos ora apurados não poderiam ser capitulados como crime pela CGU. Todavia, para a resolução dessa celeuma, se faz necessário verificar a existência de entendimento administrativo consolidado sobre a matéria, em especial exarado pela AGU, tendo em vista o efeito vinculante que emana dessas interpretações, com fulcro no art. 4º, inciso X, da Lei Complementar nº 73/1993, abaixo transcrito:

Art. 4º - São atribuições do Advogado-Geral da União:

[...]

X - **fixar a interpretação** da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, **a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal;** (original sem grifos)

3.8. Sobre o §2º do art. 1º da Lei nº 9.873/1999, também merece atenção sua semelhança com a regra insculpida no §2º do art. 142 da Lei nº 8.112/1990:

Tabela - 1

Lei nº 9.873/1999	Lei nº 8.112/1990
<p>Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal [...]</p> <p>§ 2º Quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição reger-se-á pelo prazo previsto na lei penal.</p>	<p>Art. 142. A ação disciplinar prescreverá: [...]</p> <p>§ 2º Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime.</p>

3.9. Acerca do §2º do art. 142 da Lei nº 8.112/1990, o entendimento mais atual encontra-se plasmado no Parecer JL nº 06/2020/AGU, que assevera que a aplicação do prazo de prescrição da lei penal prescinde da existência de inquérito policial ou de ação penal, ou seja, a capitulação da infração disciplinar também como crime pela Administração é suficiente para fundamentar a utilização dos prazos prescricionais penais.

3.10. Nas razões da decisão, o parecer veicula que:

48. Após o rigoroso cotejo das correntes jurisprudenciais e doutrinárias acerca do tema, acredita-se que **a aplicação do § 2º do art. 142 da Lei n.º 8.112/90 não requer a instauração prévia de inquérito policial ou ação penal.**

49. Tal entendimento se mostra condizente com a redação e o espírito do dispositivo legal e com os mais caros princípios do sistema constitucional-administrativo pátrio.

50. A redação do art. 142, § 2º, da Lei n.º 8.112/90 é clara. O comando aponta no sentido de que o Direito Administrativo deixe de aplicar seus prazos prescricionais próprios e tome por empréstimo os prazos previstos no Direito Penal quando as infrações disciplinares também forem classificadas como crime.

51. Evidentemente, **em seu texto, o comando legal não exige inquérito policial, denúncia, ação penal, sentença criminal nem muito menos sentença criminal transitada em julgado.**

[...]

55. Com efeito, ao realizar tal tarefa, a Administração exerce sua função administrativa típica. **A capitulação do crime pela Administração para os fins almejados pelo § 2º do art. 142 da Lei n.º 8.112/90 é exercício da função administrativa. Mais precisamente, é decorrência do poder disciplinar ostentado pela Administração.**

56. Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que o " poder disciplinar é o que cabe à Administração Pública **para apurar infrações e aplicar penalidades** aos servidores públicos e **demais pessoas sujeitas à disciplina administrativa.** (original sem grifos)

3.11. Conforme evidenciado acima, a capitulação da conduta ilícita como crime para fins de estabelecimento do prazo prescricional está compreendida na função administrativa de apurar ilícitos e aplicar sanções aos agentes sujeitos ao poder disciplinar da Administração Pública, dentre os quais se encontram as pessoas jurídicas que participam de licitações e celebram contratos administrativos, como a Barbosa Mello. Outrossim, na falta de entendimento específico da AGU voltado à interpretação do §2º do art. 1º da Lei nº 9.873/1999, são plenamente aplicáveis os termos do Parecer JL nº 06/2020/AGU, haja vista a semelhança entre os dispositivos, evidenciada na tabela 1 desta nota técnica, bem como porque ambos estão inseridos no sistema de responsabilização disciplinar da Administração Pública Federal.

3.12. Sob essa mesma perspectiva já se consolidou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), desde 2019, ou seja, antes da instauração do presente PAR, conforme excerto a seguir colacionado:

O prazo prescricional previsto na lei penal se aplica às infrações disciplinares também capituladas como crime independentemente da apuração criminal da conduta do servidor.

Para se aplicar a regra do § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112/90 **não se exige que o fato esteja sendo apurado na esfera penal (não se exige que tenha havido oferecimento de denúncia ou instauração de inquérito policial).**

Se a infração disciplinar praticada for, em tese, também crime, deve ser aplicado o prazo prescricional previsto na legislação penal independentemente de qualquer outra exigência.

3.13. Todavia, se questionada a possibilidade de incidência do entendimento acima em face dos fatos ora apurados, já que o PAR foi instaurado em 08/07/2020, mediante publicação da Portaria nº 1.293/2020/CRG/CGU, ou seja, antes da publicação do Parecer JL nº 06/2020/AGU, a qual ocorreu em 13/11/2020, deve-se aplicar o já superado Parecer AM nº 03/2019/AGU. Nesse sentido foi a orientação do Parecer nº 00310/2021/CONJUR-CGU/CGU/AGU (doc. 2117790), que, em caso análogo, entendeu por levar a questão à apreciação da Consultoria-Geral da União da AGU, de forma a suprir a lacuna de orientação relacionada ao marco e ao alcance temporal de aplicação do Parecer JL nº 06/2020/AGU, especialmente no que tange aos procedimentos disciplinares em curso na Administração Pública Federal. Na mesma ocasião, o órgão consultivo teceu sua opinião sobre o tema, nos seguintes termos:

16. De qualquer modo, apresentamos agora nosso entendimento sobre a questão.

17. A nosso sentir, considerando que a questão da prescrição atinge a esfera dos direitos subjetivos do acusado, é matéria de ordem pública e pode prejudicar ou beneficiar o acusado conforme sua forma de cálculo, entendemos que não seria justo tratar desigualmente situações semelhantes, muito menos retroagir um novo entendimento administrativo em prejuízo do acusado.

18. Assim, **entendemos que o novo Parecer Vinculante, o AGU JL-06, de 13 de novembro de 2020, só pode ser aplicável aos processos disciplinares instaurados após o seu advento (que se deu com a publicação do despacho presidencial no DOU do dia 13/11/2020, edição 217, seção 1, página 3). Ou seja, os processos que já estavam em curso no momento do seu advento continuam a seguir o entendimento do Parecer AGU AM-03, de 12 de abril de 2019 em respeito ao princípio da isonomia** (evitando-se que processos mais céleres cheguem a resultados diferentes dos processos mais demorados) e também em respeito ao princípio da segurança jurídica e da irretroatividade dos entendimentos menos benéficos.

19. Em relação ao princípio da segurança jurídica impõe-se igualmente a fixação do marco temporal da aplicação do Parecer Vinculante, o AGU JL-06 no momento da instauração do processo disciplinar, porque neste momento o acusado inicia a sua estratégia de defesa se baseando também nos marcos prescricionais conhecidos à época da instauração. Ora, se na época da instauração a regra adotada pela Administração era a do Parecer AGU AM-03 era natural que o acusado, eventualmente, nem mesmo se empenhasse na defesa, pois já vislumbrava a prescrição da pretensão punitiva com base nos parâmetros do Parecer AGU AM-03. Não é justo que no meio o processo, ou quiçá no seu crepúsculo, a regra mude e o atinja de surpresa.

20. Noutro giro, a regra adotada pelo ordenamento jurídico é de que a norma não poderá retroagir para prejudicar, ou seja, a lei nova não será aplicada às situações constituídas sobre a vigência da lei revogada ou modificada (princípio da irretroatividade).

21. Tal princípio da irretroatividade também se aplica às decisões administrativas sobre interpretação jurídica, como é o presente caso. (original sem grifos)

3.14. Por sua vez, o mencionado Parecer AM nº 03/2019/AGU, o qual vigorava na data da instauração do PAR em epígrafe, concluída que:

[...] deve incidir a regra do art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112, de 1990, somente nas hipóteses em que as infrações administrativas cometidas pelo servidor público também sejam ou tenham sido **objeto de inquérito policial** ou ação penal. (original sem grifos)

3.15. Pelas mesmas razões já elencadas acima, concebe-se que também o Parecer AM nº 03/2019/AGU, assim como aquele que o sucedeu, incide sobre os casos disciplinados pelo §2º do art. 1º da Lei nº 9.873/1999, já que o conteúdo dos dispositivos é deveras semelhante e que ambos encontram-se inseridos no bojo do sistema de responsabilização disciplinar da Administração Pública Federal, diferenciando-se tão somente quanto o sujeito passivo da norma - na Lei nº 8.112/1990, o servidor público federal, ao passo que na Lei nº 9.873/1999, de maior amplitude, qualquer pessoa, natural ou jurídica, em face da qual se instaure ação punitiva pela Administração Pública Federal.

3.16. Vencida a celeuma sobre o entendimento a ser aplicado, verifica-se que não assiste razão à defesa em seu argumento de que a CGU teria incorrido em erro de fato ao aplicar a prescrição penal ao caso. Isso porque, apesar de não constar nos autos denúncia oferecida pelo Ministério Público contra

representantes da Barbosa Mello, como bem observou a defesa, o entendimento a ser seguido na esfera disciplinar administrativa, com embasamento no Parecer AM nº 03/2019/AGU, é de que basta a existência de inquérito policial, conforme evidenciado no trecho acima.

3.17. À vista disso, relembra-se que o Inquérito Policial (IPL) nº 0913/2015-4-DELECOR/SR/PF/GO investigou condutas que também são objeto deste PAR, referentes à Barbosa Mello, conforme aponta a Tabela 2 - Empreiteiras investigadas, do Laudo nº 637/2018-INC/DITEC/PF (doc. 1519651, [03], p. 2). Inclusive, no bojo desse IPL, houve diligência de busca e apreensão realizada na sede da empresa e na casa do Sr. Alfredo, representante da acusada na época dos fatos. Não se trata, portanto, de extensão do objeto da denúncia ofertada pelo Ministério Público, contra representantes de outras empresas, para ampliar o lapso prescricional contra a Barbosa Mello, conforme deduz a defesa, mas sim de considerar que a conduta pela qual a empresa foi condenada, na esfera administrativa, foi também objeto de investigação em inquérito policial, o que basta para a incidência da prescrição penal ao caso em tela.

3.18. Ademais, o fato de representantes da Barbosa Mello não terem sido incluídos nas denúncias decorrentes das operações *O Recebedor e Tabela Periódica* não é o suficiente para afastar a incidência do §2º do art. 1º da Lei nº 9.873/1999, uma vez que, além de ela ter sido alvo das operações mencionadas, o princípio da independência de instâncias de responsabilização implica na possibilidade de a Administração Pública apenar disciplinarmente infração administrativa, ainda que, na instância penal, os mesmos fatos não tenham, ainda, motivado condenação ou mesmo a apresentação de denúncia. Isso se dá porque a punição do Direito Penal afeta principalmente o direito à liberdade, um dos mais caros do ordenamento jurídico, o que torna o citado ramo jurídico a *ultima ratio* de todo o sistema. Nesse sentido caminha a já consolidada jurisprudência dos tribunais superiores, conforme excerto abaixo:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AUDITOR-FISCAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. ILÍCITO ADMINISTRATIVO. PROCESSO DISCIPLINAR: DEMISSÃO. COMISSÃO PROCESSANTE COMPOSTA POR SERVIDOR EM ESTÁGIO PROBATÓRIO. ARTS. 149 E 150 DA LEI N. 8.112/1990. NORMAS PELAS QUAIS SE POTENCIALIZAM OS PRINCÍPIOS DA INDEPENDÊNCIA E DA IMPARCIALIDADE DO JULGADOR ADMINISTRATIVO. VINCULAÇÃO ENTRE O INSTITUTO DA ESTABILIDADE E O DO ESTÁGIO PROBATÓRIO. PRECEDENTES. VÍCIO FORMAL CORRIGIDO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: PREJUÍZO À DEFESA NÃO DEMONSTRADO (*PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF*). PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE DA PENA APLICADA: ATO VINCULADO DO ADMINISTRADOR: PRECEDENTES. ABSOLVIÇÃO NA ESFERA CRIMINAL POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS: INDEPENDÊNCIA RELATIVA DAS ESFERAS PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA. PRECEDENTES. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. No caput do art. 149 da Lei n. 8.112/1990 se determina seja a comissão condutora de processo disciplinar composta por servidores estáveis e se exige que, no momento da designação, estes já tenham atingido a estabilidade no desempenho do cargo que exercem e que os legitima participar da comissão. 2. Ao perceber o vício formal, a Administração Pública substituiu o servidor em estágio probatório por outro estável, sem aproveitamento de qualquer ato decisório do servidor substituído. O princípio do *pas de nullité sans grief* exige a demonstração de prejuízo concreto pela parte que suscita o vício. Precedentes. Prejuízo não demonstrado pela defesa. 3. **É pacífica a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido da independência relativa das esferas penal e administrativa, havendo repercussão apenas em se tratando de absolvição no juízo penal por inexistência do fato ou negativa de autoria.** Precedentes. 4. Recurso ordinário em mandando de segurança desprovido. STF. 2ª Turma. RMS 32357/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 17/3/2020 (Info 970). (original sem grifos)

3.19. Por fim, ressalta-se que a decisão sobre quais investigados incluir na denúncia, de fato, é competência exclusiva do Ministério Público. Porém, o fato de não se ter oferecido denúncia, até a presente data, contra representantes ou empregados da Barbosa Mello, não pode significar a obrigatoriedade de que a Administração Pública replique a decisão do *parquet*. Isso porque, além da independência das instâncias, há razões de política criminal que fogem ao escopo de um PAR, mas que, certamente, são consideradas nas investigações criminais e no ajuizamento das ações penais.

3.20. Em segundo momento, a defesa pleiteia, subsidiariamente, que a prescrição penal, caso

aplicada, seja computada pela metade, por força do art. 115 do Código Penal, uma vez que o Sr. Alfredo possui 76 anos de idade (nascido em 14/02/1946). Sobre esse ponto, o Código Penal estatui a idade avançada do agente, na data da condenação penal, como uma circunstância pessoal que não só reduz o prazo prescricional, mas também atenua a pena a ser aplicada, nos termos do seguintes dispositivos:

Código Penal:

Circunstâncias atenuantes

Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

[...]

I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou **maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença;**

Redução dos prazos de prescrição

Art. 115 - 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** (original sem grifos)

3.21. O art. 30 do Código Penal deixa clara a incomunicabilidade das circunstâncias e condições de caráter pessoal do agente, salvo quando elementares do crime. Nesse contexto, não se sustenta o pedido da defesa, visto que a idade atual do Sr. Alfredo é uma condição pessoal, que não deve repercutir sobre a prescrição da pretensão punitiva da Administração em face da Barbosa Mello, pessoa jurídica que se distingue de seus sócios e representantes.

3.22. Pelos motivos acima, opina-se pelo não acatamento dessa tese da defesa.

Argumento 2: da ausência de indícios mínimos de participação da Barbosa Mello nos fatos (tópico II.1, p. 10 a 15, do doc. 2494774)

3.23. Nesse ponto, a defesa alega que o Relatório Final não esclareceu quais os indícios, evidências e provas que subsidiaram a condenação e que os acordos de leniência não podem ser utilizados como elementos probatórios em desfavor da Barbosa Mello, pelos seguintes motivos: i) por serem contraditórios; ii) porque tais acordos não seriam endossados por elementos externos. iii) porque as declarações do Sr. Emílio Auler, da Camargo Corrêa, e do Sr. Rodrigo Ferreira Lopes, da Andrade Gutierrez, foram feitas com base em um simples "ouvi dizer".

3.24. Além disso, a defesa argui que as diligências de busca e apreensão realizadas na sede da Barbosa Mello e na casa do Sr. Alfredo não encontraram nada e que nenhum empregado da Barbosa Mello foi incluído nas denúncias decorrentes das operações *O Recebedor* e *Tabela Periódica*.

Análise do argumento 2

3.25. Não se está diante de novo fato ou argumento. A CPAR, em seu Relatório Final (doc. 2208401, itens 4.2.1, 4.2.7 e 4.2.8), assim como a Nota Técnica que analisou a regularidade do presente PAR (doc. 2265290, item II.1) e o Parecer da CONJUR (doc. 2476238, §§44 a 49 e 63 a 71), bem analisaram a matéria e justificaram a possibilidade de sancionamento da processada.

3.26. De início, reitera-se que a jurisprudência dos tribunais superiores é pacífica quanto à possibilidade de condenação com base unicamente em indícios, quando estes são convergentes e a infração, por sua própria natureza, deixa pouca ou nenhuma prova inequívoca de sua ocorrência. A título ilustrativo, seguem excertos de jurisprudência já apresentados pela CPAR:

6. 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).

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. (HC 97.781-PR - 1ª turma, relator ministro Marco Aurélio, publicação no DJ em 17/03/2014, original sem grifos).

3.27. A essa jurisprudência filiou-se a CPAR, ao verificar que os termos de colaboração e os acordos de leniência juntados aos autos são convergentes em apontar o envolvimento da processada no cartel de licitações da VALEC. Nos termos de colaboração celebrados por prepostos da Construtora Norberto Odebrecht (CNO, doc. 1519651, pasta [02], arquivo "Termos Odebrecht", p. 18), o Sr. Pedro Augusto Carneiro Leão Neto afirmou ter participado de reuniões com representantes de diversas empresas, dentre elas a Barbosa Mello, no intuito de acordar que as empresas apresentariam propostas de cobertura nos lotes que estivessem previamente designados para que elas vencessem. O preposto da CNO citou, inclusive, que a Barbosa Mello fora representada, nessas reuniões, pelo Sr. Alfredo Moreira Filho, também mencionado em outros depoimentos.

3.28. Por sua vez, no Acordo de Leniência nº 02/2016 (doc. 1519651, doc. [01], p. 79 a 85), celebrado entre o CADE e a Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A. (CCCC), há depoimentos de que a processada se juntou ao cartel e que, inclusive, chegou a sediar reuniões do grupo em sua sede, em Brasília. Ademais, os depoimentos prestados no acordo citam ainda que a Barbosa Mello, dentre outras empresas reconhecidamente sem acervo, dispôs-se a apresentar proposta na Concorrência nº 008/2004, sabendo de sua futura inabilitação, com o objetivo de conferir aparência de competitividade ao certame. Os signatários do acordo também afirmaram que o Sr. Alfredo Moreira Filho era, entre 2003 e 2007 (fase de consolidação do cartel), o representante de alto escalão da processada, que tinha atribuições de realizar contato com as "concorrentes" e participar de reuniões para discutir preços e distribuição dos lotes (doc. 1519651, doc. [01], p. 36)

3.29. Constam dos autos, ainda, termos de colaboração prestados por executivos da Andrade Gutierrez e da CCCC que citam a Barbosa Mello como uma das participantes do cartel (doc. 1519651, pasta [02], pasta "Trecho Colaborações CCCC, AG e CNO"). Nesses termos, Rodrigo Ferreira Lopes, da CNO, Emílio Eugênio Auler Neto, da CCCC, e Álvaro Soares Ribeiro Sanches, também da CCCC, prestam declarações convergentes no sentido de que a Barbosa Mello participou do cartel e negociou posições nos lotes das licitações. Inclusive, no Termo de Colaboração nº 9 (doc. 1519651, pasta [02], pasta "Trecho Colaborações CCCC, AG e CNO", arquivo "TERMO DE COLABORAÇÃO Nº 09 - RODRIGO LOPES", p. 4), é explicitado que a processada foi indicada para parceria junto com a Andrade Gutierrez e a Serveng na Concorrência nº 05/2010, o que, de fato, conforme os demais elementos dos autos, consolidou-se como o consórcio de empresas que venceu o lote nº 04 da referida licitação.

3.30. Também no Acordo de Leniência firmado entre o Grupo Odebrecht, a CGU e a AGU (doc. 1519651, doc. [06], p. 1 e 2), há depoimentos que citam a Barbosa Mello como uma das participantes da reunião de divisão dos lotes.

3.31. Portanto, juntos, esses termos e acordos constituem indícios vários e coincidentes e podem, com respaldo da jurisprudência, ser considerados prova. Vale ressaltar que as declarações prestadas pelos colaboradores a respeito do assunto atenderam aos requisitos legais, tendo sido possível a identificação dos envolvidos no esquema. Ademais, outros elementos, como o contexto apresentado na denúncia da operação *O Recebedor* (doc. 1519651, arquivo [7]) e o histórico detalhado pela CPAR (doc. 2208401, §§154 e seguintes) sobre a desistência da Barbosa Mello em suas demandas impugnatórias administrativa e judicial em face da Concorrência nº 008/2004, são elementos externos que corroboram os acordos e também apontam para o entendimento firmado no Relatório Final.

3.32. Não procede, outrossim, a alegação de que haveria contradições graves nos acordos de leniência. Para tecer esse argumento, a defesa se vale de trechos isolados dos acordos, sem, todavia, contextualizá-los sistematicamente. Por exemplo, não há contradição entre o Acordo de Leniência nº

02/2016 e o termo de colaboração prestado pelo Sr. Rodrigo Lopes, da Andrade Gutierrez, ao MPF, sobre o marco temporal de ingresso da Barbosa Mello no cartel. O que é mencionado no primeiro documento (doc. 1519651, doc. [01], §156 a 158) é que a processada participou como alinhada ao cartel na Concorrência nº 008/2004, ocasião na qual apresentou proposta com vistas a conferir aparência de competitividade entre os concorrentes. Também é dito no acordo de leniência que já havia composição entre o cartel no sentido de que a Barbosa Mello e as demais proponentes, já cientes da futura inabilitação, seriam contempladas com subcontratação ou futura alocação de lotes. Já no termo de colaboração do Sr. Rodrigo Lopes, foi relatado que a Barbosa Mello, ao ser inabilitada na Concorrência nº 008/2004, foi cooptada e negociou posição em razão de promessa de participação futura. Logo, os citados elementos de informação são convergentes no sentido de que a processada, já na fase de consolidação (de 2003 a 2007), teve iniciada sua participação no cartel, ao aceitar a promessa de participação futura, o que veio a se concretizar, conforme indicam os demais elementos juntados aos autos, com a sua participação no consórcio com a Andrade Gutierrez e a Serveng, vencedor do lote 04 da Concorrência nº 005/2010.

3.33. Outra questão levantada é a de que a Barbosa Mello teria participado das Concorrências nº 008/2004 e 001/2007 sob promessa de futura subcontratação, mas que esta nunca teria se concretizado, o que, segundo a defesa, seria uma contradição nos termos de colaboração e acordos de leniência, apta a invalidá-los como provas. Ocorre que, como já fundamentado acima, os acordos e termos demonstram que as empresas inabilitadas, dentre as quais, a processada, negociaram sua participação no cartel em troca de participações futuras, que poderiam ser por meio de subcontratação ou alocação de novos lotes. O Acordo de Leniência nº 02/2016 (doc. 1519651, doc. [01], p. 85 e 173) revela que, no caso da Barbosa Mello, essa participação futura se deu através do consórcio futuramente contemplado pelo lote 04 da Concorrência nº 005/2010, conforme se depreende do cotejo entre os trechos a seguir:

158. Segundo o Signatário ASRS (ex-Superintendente de Projetos da CCCC), algumas empresas reconhecidamente sem acervo se dispuseram a apresentar propostas sabendo de sua futura inabilitação, tais como **Barbosa Mello**, Carioca, Servix, Mendes Jr, Galvão Eng. e Egesa. Essa medida tinha por objetivo conferir aparência de competitividade ao certame. Esses concorrentes deveriam ser contemplados no futuro, por meio de subcontratação **ou alocação de novos lotes**.

[...]

3 0 3 . O Lote 4 da Concorrência 005/2010 foi vencido pelo Consórcio Andrade Gutierrez/BarbosaMello/Serveng conforme definido no âmbito do acordo entre concorrentes. (original sem grifos)

3.34. Merece destaque, ainda, a acertada análise da CONJUR (doc. 2476238, p. 10), no sentido de que, como as declarações foram prestadas por prepostos de diferentes empresas participantes do cartel, é natural que elas possam ser distintas. No entanto, essas distinções, em nenhum momento, demonstram incongruência ou contradição que possa invalidar as provas constituídas, mas aparentam ser apenas resultado de visões de ângulos distintos sobre um mesmo fato.

3.35. Em outra linha, a defesa afirma que as declarações do Sr. Rodrigo Lopes e do Sr. Emílio Auler, nos termos de colaboração firmados junto ao MPF, seriam insuficientes à condenação da Barbosa Mello, por serem fundados em testemunhos de "ouvi dizer". Sobre esse argumento, cumpre-nos ressaltar que a legislação brasileira não faz distinção entre as espécies testemunhais, sendo a figura da testemunha indireta ou de ouvir dizer (*hearsay testimony*) analisada somente pela doutrina e pela jurisprudência. O ordenamento jurídico brasileiro estabelece apenas que o depoimento testemunhal será admitido sempre que interessar à decisão e quando for possível verificar a credibilidade do declarante as razões de sua ciência (CASTRO, 2017, p. 256). Adicionalmente, Nucci (2008, p. 449) defende que, muitas vezes, o relato de uma testemunha que ouviu algo relevante e preciso de outra pessoa (identificada) pode ser mais relevante ao processo do que o de uma testemunha que presenciou os fatos, mas estava desatenta.

3.36. A jurisprudência dos tribunais superiores corrobora o entendimento de que a testemunha indireta é válida quando é possível identificar os informantes da testemunha, haja vista os seguintes julgados:

6 . A prova produzida por meio da testemunha de "ouvi dizer" não pode ser peremptoriamente considerada imprestável para o processo, uma vez que a partir dela é possível se chegar a uma testemunha referida, a qual possa confirmar o testemunho daquele

que nada viu. (HC 397.485-RJ - 5ª turma, relator ministro Reynaldo Soares da Fonseca, publicação no DJ em 22/08/2017, original sem grifos).

3. A norma segundo a qual a testemunha deve depor pelo que sabe *per proprium sensum et non per sensum alterius inpede*, em alguns sistemas - como o norte-americano -, o depoimento da testemunha indireta, por ouvir dizer (*hearsay rule*). No Brasil, ainda que não haja impedimento legal a esse tipo de depoimento, "não se pode tolerar que alguém vá a juízo repetir a *vox pública*. Testemunha que depusesse para dizer o que lhe constou, o que ouviu, **sem apontar seus informantes, não deveria ser levada em conta**" (Helio Tornaghi). (REsp 1.674.198-MG - 6ª turma, relator Rogério Schietti Cruz, publicação no DJ em 12/12/2017, original sem grifos)

3.37. Ocorre que, no caso em tela, conforme já apontou a CPAR, a informação obtida a partir do Sr. Rodrigo Lopes foi originalmente repassada pelo Sr. Pedro Augusto Carneiro Leão Neto, o qual também depôs nos termos de colaboração contidos nos autos (doc. 1519651, pasta [02], arquivo "Termos Odebrecht", p. 18). O Sr. Pedro, testemunha referida, afirmou categoricamente que participou das reuniões do cartel e que nelas também esteve presente o Sr. Alfredo Moreira Filho, representando a Barbosa Mello. Portanto, não se está diante de uma testemunha indireta não referida, mas sim de uma testemunha direta, que presenciou os fatos, corroborada por uma testemunha indireta, o que gera ainda mais peso ao elemento probatório. Ademais, reitera-se que há outros termos de colaboração com o MPF, acordo de leniência com o CADE e acordo de leniência com a CGU e com a AGU que também apontam a materialidade dos fatos e a autoria da Barbosa Mello.

3.38. Por fim, os argumentos de que as diligências de busca e apreensão realizadas na sede da Barbosa Mello e na casa do Sr. Alfredo Moreira Filho não encontraram nada, bem como de que nenhum empregado da Barbosa Mello foi incluído nas denúncias decorrentes das operações *O Recebedor e Tabela Periódica*, de plano, não merecem prosperar. Isso porque, conforme já exaustivamente ponderado nos autos pela CPAR, pela COREP, pela CONJUR e também nesta nota técnica (remete-se o leitor aos itens 3.18 e 3.19 deste documento), a independência entre as instâncias torna não vinculante, à esfera administrativa, o resultado de diligências realizadas na seara penal e o não oferecimento de denúncia em face de representantes da acusada. No mesmo sentido, é imperioso constatar que os órgãos de persecução penal (polícia judiciária e Ministério Público) seguem normas e razões de política criminal que não se refletem, necessariamente, na órbita administrativa.

3.39. Pelos motivos acima, opina-se pelo não acatamento dessa tese da defesa.

Argumento 3: da regularidade de sua participação nas Concorrências nº 008/2004 e 001/2007 (tópico II.2, p. 15 a 19, do doc. 2494774)

3.40. A defesa argumenta que, no julgamento do presente PAR, teria havido uma omissão dos órgãos competentes na análise dos elementos que ela teria suscitado, e que demonstrariam a regularidade da participação da Barbosa Mello nas Concorrências nº 008/2004 e 001/2007. Nesse sentido, a defesa alega que CPAR não poderia ter considerado que a desistência do recurso administrativo e do mandado de segurança, interpostos pela processada contra a decisão de inabilitação na Concorrência nº 008/2004, não poderia ser considerado indício de sua cooptação pelo cartel, pois tais desistências se pautariam em justificativas legítimas (celebração de outros contratos que tornariam inviável a execução concomitante de contrato com a VALEC).

Análise do argumento 3

3.41. Novamente, não se está diante de novo fato ou argumento. A CPAR, em seu Relatório Final (doc. 2208401, item 4.2.9), assim como a Nota Técnica que analisou a regularidade do presente PAR (doc. 2265290, item II.2) e o Parecer da CONJUR (doc. 2476238, §§ 72 a 77), bem analisaram a matéria e justificaram a possibilidade de sancionamento da processada.

3.42. Todos os elementos de informação trazidos aos autos e analisados de forma sistemática apontam que a Barbosa Mello passou a integrar o cartel já a partir da Concorrência nº 008/2004, participando, desde então, das reuniões para a negociação de posições nos futuros certames.

3.43. Os fatos de a processada ter, na Concorrência nº 008/2004, contestado a inabilitação por meio de recurso hierárquico administrativo e mandado de segurança, bem como ter questionado termos do edital da Concorrência nº 001/2007, não podem ser considerados álibis a ilidirem sua participação nos ilícitos. Isso porque, reitera-se, há diversos elementos que demonstram a sua participação, bem como há outros tantos elementos que comprovam que as empresas cartelizadas buscavam manter as aparências de legalidade e competitividade nos certames, através de questionamentos, recursos e negociações detalhadas dos termos das propostas das concorrentes, conforme excerto abaixo (doc. 1519651, [01], p. 84-86, destaques do original):

157. Como se observa na Tabela 53 acima, **havia uma atenção por parte das concorrentes alinhadas para que as empresas não apresentassem propostas de cobertura para a mesma empresa que a cobriu em outro lote. Essa medida visava manter aparente a concorrência para o certame. [...]**

161. Segundo o Signatário ASRS [...], **as empresas deveriam evitar oferecer nos mesmos dois lotes escolhidos por outra empresa participante da conduta** (ou seja, não deveria haver um exato par de empresas, como A e B, em duas licitações diferentes, porque senão ficaria óbvia a combinação entre A e B no lote Alfa e entre B e A no lote Beta).

3.44. Além disso, não prospera a alegação de que a Barbosa Mello não teria benefícios com a impetração e posterior desistência do mandado de segurança, pois, como já relatado, essa desistência está ligada à sua cooptação e negociação em troca de participações futuras, as quais constituiriam o benefício almejado.

3.45. O argumento de que a desistência da medida judicial teria ocorrido em razão da celebração de outros contratos, que tornariam inviável a execução juntamente a um contrato com a VALEC, também não se sustenta. Primeiro porque a defesa alegou que a desistência ocorreu concomitantemente ao início das obras nesses contratos (com a VALE S.A, o DER/MG e o Município de Betim):

61. Em relação à desistência do MS, a CBM também esclareceu, na sua manifestação acerca do Relatório Final, que ela ocorreu concomitantemente ao início da execução das obras dos novos contratos firmados, e não à data da celebração desses contratos. (doc. 2494774)

3.46. Tal asserção já se prova, de plano, incompatível com o que consta dos autos, pois o contrato com o Município de Betim só foi assinado em 03/03/2006, isto é, depois da desistência do mandado de segurança, ocorrida em 01/02/2006. Em outro ponto, também referente ao contrato com o Município de Betim, destaca-se que a adjudicação a um licitante não lhe dá direito subjetivo à contratação, mas apenas expectativa de direito, uma vez que a licitação pode ser revogada ou anulada mesmo após esse marco (art. 49 da Lei nº 8.666/1993). Sendo assim, a alegação de que, ao desistir do mandado de segurança, em 09/02/2006, a Barbosa Mello já sabia que, futuramente, iria firmar contrato com o município, pois a sessão de julgamento da respectiva licitação ocorrera em 21/12/2005 (doc. 2494774, p. 17), também não pode ser considerada hábil a afastar as conclusões da CPAR.

3.47. A defesa menciona também que o fato de ter celebrado os contratos com a VALE e com o DER não significa que ela soubesse quando seria o início das obras, pois seriam necessárias a emissão de licenças e expedição de ordem de início. Ocorre que o contrato com a VALE previa a conclusão da obra em 210 dias, contados da data da assinatura, 17/01/2006, sem citar qualquer coisa sobre uma "emissão de ordem de início". Destaca-se que o não cumprimento das obrigações, segundo consta dos itens 9.1 e 9.2 do contrato (doc. 1720128, p. 147), importaria em severas multas à Barbosa Mello. Assim, o mais factível é que a empresa tivesse ciência, ainda que em termos aproximados, de quando iniciaria a obra, já que, na data da impetração do mandado de segurança contra a VALEC (30/01/2006), ela já tinha certeza do prazo de entrega da obra referente ao contrato com a VALE S.A. Não é nem um pouco verossímil a ideia de que ela estivesse totalmente alheia a quando se daria o início da execução dessas obras, já que o objeto estava compreendido em suas áreas de atuação (terraplanagem) e que eventual atraso poderia lhe agravar multas por inexecução contratual.

3.48. Também não deve prosperar argumento sobre o contrato com o DER/MG, pois a processada não juntou nenhum comprovante de que estava, de fato, "às cegas" sobre quando seriam

iniciadas as obras de construção de rodovia, e que devido a isso teria impetrado o mandado de segurança e, em razão do início das citadas obras, teria desistido.

3.49. Pelos motivos acima, opina-se pelo não acatamento dessa tese da defesa.

Argumento 4: da regularidade de sua participação na Concorrência nº 005/2010 (tópico II.3, p. 19 a 23, do doc. 2494774)

3.50. A defesa argumenta que, no julgamento do presente PAR, teria havido uma omissão dos órgãos competentes na análise dos elementos que ela teria suscitado, e que demonstrariam a regularidade da participação da Barbosa Mello na Concorrência nº 005/2010. Nesse sentido, a defesa alega que não há contradição entre a data de publicação do aviso de licitação e a data de constituição do consórcio, que a responsabilização solidária tratada no termo de constituição do consórcio se refere apenas à fase pós-contratual e não abrange sanção por atos ilícitos praticados por um membro, e que a Barbosa Mello não realizou pagamentos de propinas nem tinha ciência de que estes ocorriam. A defesa também aventa que a CPAR não poderia ter utilizado os acordos de leniência e termos de colaboração como provas contra a processada, pois estes teriam sido firmados, unicamente, no interesse de as deladoras reduzirem suas penas, bem como porque o Sr. Emílio Auler, um dos colaboradores, não teria se reunido com a processada. Adicionalmente, alega-se que não foram considerados partes dos depoimentos do Sr. Alfredo Moreira Filho.

Análise do argumento 4

3.51. As afirmações trazidas pela defesa nesse argumento foram enfrentadas pela CPAR, em seu Relatório Final (doc. 2208401, item 4.2.10), assim como pela Nota Técnica que analisou a regularidade do presente PAR (doc. 2265290, item II.3) e o Parecer da CONJUR (doc. 2476238, §§78 a 87), que analisaram a matéria e justificaram a possibilidade de sancionamento da processada. Outros argumentos, porém, não foram trazidos à análise da CPAR e serão, por isso, ponderados agora.

3.52. Sobre a alegação de que a data de publicação original do aviso de licitação (Concorrência nº 005/2010) foi 29/03/2010, que o consórcio foi estabelecido em 07/07/2010, e que isso não importaria em contradição em relação ao depoimento do Sr. Alfredo Moreira Filho, o qual disse que “a formação de consórcios, normalmente, é realizada após o lançamento do edital”, “após o edital estar na ‘rua’” (2494774, §§ 84 a 86), de fato, assiste razão à defesa. Isso porque a CPAR considerou como data de publicação do aviso de licitação o que, na verdade, foi sua republicação (2208401, §189). Ocorre que essa alegação, por si só, não é o suficiente para suplantiar todos os demais elementos probatórios que apontam para a responsabilidade da processada.

3.53. Também está correta a afirmação de que a responsabilização solidária tratada no termo de constituição do consórcio não estende automaticamente a responsabilização pela prática de ato ilícito contra todos os demais membros consorciados, sob pena de se ferir o princípio da intranscendência da pena. Contudo, relembra-se que a condenação administrativa da Barbosa Mello abrangeu a conduta de 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. Tal condenação ocorreu após a conclusão do presente PAR, o qual apurou a conduta da processada individualmente, verificando-se que o ilícito de frustrar o caráter competitivo das licitações, mediante participação no cartel, não foi presumido unicamente pela existência do consórcio, ou porque a líder deste tenha efetuado o pagamento de propina. Houve, na verdade, convergência de diversos elementos de informação no sentido de que esse consórcio se formou por consequência de negociação de posição nas licitações. Não há, portanto, nenhuma extensão de responsabilidade do consórcio, ou mesmo de outra pessoa jurídica, à processada, mas sim a condenação operada após contraditório e ampla defesa, respeitando o devido processo legal.

3.54. Outrossim, não faria qualquer sentido que, além formação do consórcio, imposto pela VALEC, as empresas grandes se dispusessem a pagar sozinhas pelas "ajudas políticas", conforme bem observou a CPAR:

190. Adicionalmente, considerando que a empresa líder do consórcio estava sendo achacada a

pagar propina calculada sobre o montante total do contrato celebrado, bem como que se “acredita que as empresas pagaram a propina, conforme solicitado, pois não tiveram problema na execução de seus contratos”, não haveria justificativa para que a Andrade Gutierrez arcasse com esse “custo” de forma isolada. Ora, fosse assim, além de “carregar” as empresas menores, as empresas que compunham o cartel ainda teriam que custear as propinas “devidas” por aquelas. Não parece ser o que de fato ocorria.

3.55. Há, destarte, indícios de que a processada ao menos sabia que os pagamentos de propina eram prática comum na fase de expansão do cartel, como também apontam trechos da colaboração prestada pelo Sr. Rodrigo Lopes ao MPF (doc. 1519651, [2], "Trechos colaborações CCCC, Ag e CNO", "Termo de Colaboração nº 13 - Rodrigo Lopes", p. 2, e "Termo de Colaboração nº 9 - Rodrigo Lopes", p. 7).

3.56. As demais alegações firmadas pela defesa nesse item do pedido de reconsideração repetem argumentos já analisados pela CPAR. Sobre a alegação de que os acordos de leniência e termos de colaboração não poderiam ser utilizados como prova, reitera-se que esses instrumentos constituem atos administrativos e, como tal, possuem como atributo a presunção de veracidade e legalidade. Isso devido ao pressuposto de que os órgãos públicos que firmaram os acordos e termos verificaram a perfeita adequação ao disposto na legislação de regência. Ademais, a conclusão pela condenação não se baseou em uma única delação, mas em diversos acordos de leniência e termos de colaboração que, juntos, por coincidirem em seu conteúdo, constituem indícios vários que são aptos a conduzir à decisão condenatória, conforme jurisprudência já colacionada na "análise do argumento 2" desta nota técnica.

3.57. Quanto à alegação de que o depoimento firmado pelo colaborador Sr. Emílio Auler seria imprestável à condenação, pois este nunca teria se reunido com a Barbosa Mello, verifica-se que a CPAR foi clara e objetiva na sua análise e resposta (doc. 2208401, §§191 a 192). Sendo assim, uma vez que o argumento não traz inovação ou fato novo, bem como já foi completamente examinado no Relatório Final, adota-se os mesmos termos para se concluir que, mais uma vez, o pedido de reconsideração não merece ser acatado.

3.58. Por fim, conclui-se que, frente a um exame sistemático de todos os elementos trazidos aos autos, os trechos isolados do depoimento do Sr. Alfredo, trazidos pela defesa, não são suficientes para afastar a condenação. O fato de a empresa possuir "um parque de máquinas de invejável manutenção", ou mesmo sua "excelência operacional" não rechaçam o robusto arcabouço probatório e sequer são aptos a incutir dúvida em benefício da acusada.

3.59. Pelos motivos acima, opina-se pelo não acatamento dessa tese da defesa.

Argumento 5: da desproporcionalidade da sanção aplicada e consequente necessidade de nova dosimetria (tópico IV, p. 25 a 27, do doc. 2494774)

3.60. Nesse ponto, a defesa argumenta que a sanção de declaração de inidoneidade seria desproporcional e pleiteia reconsideração com fins de nova dosimetria que considere seu programa de integridade e aplique sanção menos gravosa.

Análise do argumento 5:

3.61. O último argumento da defesa também não merece ser acolhido, tendo em vista que a existência de programa de integridade que siga os critérios do Decreto nº 11.129/2022 é uma atenuante aplicável exclusivamente à pena de multa e, reflexamente, à sanção de publicação extraordinária da decisão condenatória. Como os fatos apurados no presente PAR ocorreram entre 2004 e 2011, período anterior à publicação da Lei nº 12.846/2013, não se podem ser aplicadas as penalidades previstas nesta lei, e, por consequência, também não se aplicam os critérios de dosimetria nela previstos.

3.62. As sanções que poderiam, em tese, ser aplicadas à processada, seriam as dispostas no art. 88 da Lei nº 8.666/1993, quais sejam, declaração de inidoneidade ou suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração. Mesmo na ausência de determinação da Lei nº 8.666/1993, a CPAR realizou dosimetria sucinta, em respeito ao inciso II do art. 50 da Lei nº 9.784/1999 e ao §2º do art. 22 da LINDB, conforme se depreende dos seguintes termos:

197. As peculiaridades do caso concreto evidenciam que a BARBOSA MELLO, ao longo de vários anos, realizou ajustes com empresas concorrentes para concentração de mercado da VALEC, fraudando licitações e contratações públicas bilionárias, o que, por si, demanda reprimenda de nível equivalente, qual seja a declaração de inidoneidade.

3.63. A essa motivação filia-se a presente análise, uma vez que, conforme extraído de todos os elementos probatórios, a Barbosa Mello perpetrou conduta de alta reprovabilidade ao participar do cartel, responsável por fraudar diversas licitações públicas da VALEC. Adicionalmente, foi constatado que o cartel dissimulava a negociação dos lotes por meio da simulação de uma aparente concorrência entre as empresas participantes. Isso demonstra a complexidade do esquema e, conseqüentemente, corrobora a alta reprovabilidade da conduta da processada. Enfatiza-se, ainda, que a existência de programa de integridade não é critério de atenuação previsto para as sanções da Lei nº 8.666/1993, sendo, assim, compatível com a conduta da processada a sanção de declaração de inidoneidade.

3.64. Pelos motivos acima, opina-se pelo não acatamento dessa tese da defesa.

3.65. Com efeito, considera-se que não há nenhuma questão jurídica, preliminar nem de mérito, nem nenhum fato, que justifiquem a reconsideração da Decisão nº 175. (doc. 2477402)

4. CONCLUSÃO

4.1. Por todo o acima exposto, propõe-se pelo conhecimento do Pedido de Reconsideração formulado pela pessoa jurídica **Construtora Barbosa Mello S.A.** (CNPJ nº 17.185.786/0001-61) e, no mérito, por negar-lhe provimento.

4.2. À consideração superior.



Documento assinado eletronicamente por **Ruan Carlos Albergaria D'Avila, Auditor Federal de Finanças e Controle**, em 19/12/2022, às 14:35, 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 2501624 e o código CRC 9930F717

CASTRO, Ana Lara Camargo de. Hearsay tropicalizado: a dita prova por ouvir dizer. Revista da Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Porto Alegre, 2017, ano 3, n. 6.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.



CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

DESPACHO COREP1 - ACESSO RESTRITO

1. Aprovo a Nota Técnica nº 2049/2022/COREP1 (SEI 2501624).
3. À consideração do Sr. Diretor de Responsabilização de Entes Privados.



Documento assinado eletronicamente por **ANDRE LUIS SCHULZ, Coordenador Geral de Instrução e Julgamento de Entes Privados 1 Substituto**, em 19/12/2022, às 15:09, 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 2617821 e o código CRC 5E861CBA

Referência: Processo nº 00190.104186/2020-37

SEI nº 2617821



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 **MARCELO PONTES VIANNA, Corregedor-Geral da União, Substituto**, em 21/12/2022, às 11:43, 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 2631132 e o código CRC CC4AC3B2

Referência: Processo nº 00190.104186/2020-37

SEI nº 2631132