



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO À CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO
COORDENAÇÃO-GERAL DE MATÉRIA DE CONTROLE E SANÇÃO

PARECER n. 00086/2023/CONJUR-CGU/CGU/AGU

NUP: 00190.104186/2020-37

INTERESSADOS: CONSTRUTORA BARBOSA MELLO S A

ASSUNTOS: PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO

EMENTA: Processo Administrativo de Responsabilização – PAR. Pedido de Reconsideração visando à reforma da decisão que aplicou a penalidade de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública. Inexistência de fatos novos ou provas em sentido diverso. Parecer pelo conhecimento e pelo indeferimento do recurso.

Senhor Coordenador-Geral de Matéria de Controle e Sanção,

I - RELATÓRIO

1. Trata-se de Pedido de Reconsideração formulado pela empresa CONSTRUTORA BARBOSA MELLO S/A, CNPJ 17.185.786/0001-61, com o objetivo de obter a reforma da decisão que lhe aplicou a penalidade de “declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública”, publicada no Diário Oficial da União – DOU do dia 15 de agosto de 2022 (**SAPIENS** – Item nº 9 / páginas 2-3; **SEI** – Pasta V / Documento nº 20-2477402).

2. Irresignada com a punição que lhe foi imposta, de forma resumida, a recorrente alegou o seguinte (**SAPIENS** –Item nº 10 – Volume 1 / páginas 10-37; **SEI** – Pasta VI / Documento nº 6-2494774):

- o **a)** ausência de indícios da participação nas irregularidades (**SAPIENS** –Item nº 10 – Volume 1 / página 13; **SEI** – Pasta VI / Documento nº 6-2494774);
- o **b)** nenhum representante da empresa foi processado criminalmente pelos mesmos fatos (**SAPIENS** –Item nº 10 – Volume 1 / página 13; **SEI** – Pasta VI / Documento nº 6-2494774);
- o **c)** participou de forma lícita/regular dos correspondentes certames licitatórios (**SAPIENS** –Item nº 10 – Volume 1 / páginas 13-14; **SEI** – Pasta VI / Documento nº 6-2494774);
- o **d)** como nenhum representante da empresa praticou infração penal, deve ser reconhecida a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal (**SAPIENS** –Item nº 10 – Volume 1 / página 14; **SEI** – Pasta VI / Documento nº 6-2494774);
- o **e)** seus requerimentos (petições) não foram efetivamente analisados, o que configura nulidade processual (**SAPIENS** –Item nº 10 – Volume 1 / página 14; **SEI** – Pasta VI / Documento nº 6-2494774);
- o **f)** nulidade da condenação por ausência de individualização da conduta e de efetiva apreciação dos elementos constantes dos autos (violação ao contraditório, ampla defesa e devido processo legal) – **SAPIENS** –Item nº 10 – Volume 1 / páginas 14-32; **SEI** – Pasta VI / Documento nº 6-2494774);
- o **g)** necessidade de correção de erro de fato cometido pela Comissão de Processo Administrativo de Responsabilização – CPAR e pela Consultoria Jurídica – CONJUR na análise da ocorrência da prescrição (**SAPIENS** –Item nº 10 – Volume 1 / páginas 32-33; **SEI** – Pasta VI / Documento nº 6-2494774); e
- o **h)** necessidade de uma análise do Programa de Integridade da empresa para a adequação da dosimetria da sanção (**SAPIENS** –Item nº 10 – Volume 1 / páginas 34-36; **SEI** – Pasta VI / Documento nº 6-2494774).

3. Ao final, de forma resumida, requereu a reforma da referida decisão para que seja afastada a condenação, reconhecendo-se a nulidade processual ou a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal.

4. Subsidiariamente, caso seja mantida a condenação, solicitou o afastamento da declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública para que seja aplicada uma penalidade menos gravosa.

5. É o breve relato dos fatos.

II - FUNDAMENTAÇÃO

6. Conforme disposto no artigo 109 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, assim como no artigo 15 do Decreto nº 11.129, de 11 de julho de 2022 (regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras

providências), o pedido de reconsideração é cabível nos seguintes casos:

Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993

[...]

Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

[...]

III - pedido de reconsideração, de decisão de Ministro de Estado, ou Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, na hipótese do § 4º do art. 87 desta Lei, no prazo de 10 (dez) dias úteis da intimação do ato. (GRIFEI)

Decreto nº 11.129, de 11 de julho de 2022

[...]

Art. 15. Da decisão administrativa sancionadora cabe pedido de reconsideração com efeito suspensivo, no prazo de dez dias, contado da data de publicação da decisão. (GRIFEI)

§ 1º A pessoa jurídica contra a qual foram impostas sanções no PAR e que não apresentar pedido de reconsideração deverá cumpri-las no prazo de trinta dias, contado do fim do prazo para interposição do pedido de reconsideração.

§ 2º A autoridade julgadora terá o prazo de trinta dias para decidir sobre a matéria alegada no pedido de reconsideração e publicar nova decisão.

§ 3º Mantida a decisão administrativa sancionadora, será concedido à pessoa jurídica novo prazo de trinta dias para cumprimento das sanções que lhe foram impostas, contado da data de publicação da nova decisão.

7. Nota-se que o referido decreto, apesar de estabelecer o mesmo prazo da Lei nº 8.666, de 1993, não prevê que sejam considerados apenas “dias úteis”. Inobstante isso, adotaremos a disposição mais favorável à recorrente, prevista na lei geral de licitações e contratos.

8. Consequentemente, tendo em vista que a ciência da condenação se deu no dia 15 de agosto de 2022 (data da publicação da respectiva decisão recorrida no Diário Oficial da União – DOU) e que o presente Pedido de Reconsideração foi protocolado no dia 29 de agosto de 2022, o consideramos **tempestivo**, motivo pelo qual **deve ser conhecido (SAPIENS – Item nº 9 / páginas 2-3; SEI – Pasta V / Documento nº 20-2477402)**.

9. Passamos ao **exame realizado no âmbito da Corregedoria-Geral da União – CRG**.

10. Instada a se manifestar, a Coordenação-Geral de Instrução e Julgamento de Entes Privados – COREP1, por meio da NOTA TÉCNICA nº 2049/2022/COREP1 – ACESSO RESTRITO/COREP1/DIREP/CRG, de 19 de dezembro de 2022, fez a análise de todos os argumentos constantes no Pedido de Reconsideração, conforme veremos doravante (**SAPIENS – Item nº 10 – Volume 1 / páginas 39-52; SEI – Pasta VI / Documento nº 8-2501624**).

1º) ARGUMENTO DA RECORRENTE: Prescrição da pretensão punitiva estatal

- **EXAME DA COREP:** ...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... 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... 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.

STJ. 1ª Seção. MS 20.857-DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. Ac. Min. Og Fernandes, julgado em 22/05/2019 (Info 651). (original sem grifos)

...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... 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... o fato de representantes da Barbosa Mello não terem sido incluídos nas denúncias decorrentes

das operações O Receptor 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 última ratio de todo o sistema... 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... 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... 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... (SAPIENS – Item nº 10 – Volume 1 / páginas 40-45; SEI – Pasta VI / Documento nº 8-2501624).

11. Por meio do Parecer nº 00273/2022/CONJUR-CGU/CGU/AGU, de 12 de agosto de 2022, fizemos exame dessa matéria (prescrição) e concluímos que **a extinção da punibilidade dos fatos pela ocorrência da prescrição ficará caracterizada a partir do dia 8 de junho de 2032** (SAPIENS – Item nº 6; SEI – Pasta V / Documento nº 18-2476238).

12. Destacamos que os esclarecimentos prestados pela Coordenação-Geral de Instrução e Julgamento de Entes Privados – COREP seguiram as regras legais, a recente Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ, assim como o entendimento da Advocacia-Geral da União – AGU, suficientes para afastar os argumentos da recorrente, não havendo necessidade de comentários adicionais.

2º) ARGUMENTO DA RECORRENTE: Ausência de indícios da participação da CONSTRUTORA BARBOSA MELLO S/A nas irregularidades apuradas

- **EXAME DA COREP:** ...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... 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... 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)... 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 - RODRIGOLOPES", 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... 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... 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 Receptor (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... 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... 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... Em outra linha, a defesa afirma que as declarações do Sr. Rodrigo Lopes e do Sr. Emilio Auler, nos termos de colaboração firmados junto ao MPF, seriam insuficientes à condenação da Barbosa Mello, por serem fundadas 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... 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 como 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... 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 esfera 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... Pelos motivos acima, opina-se pelo não acatamento dessa tese da defesa... (**SAPIENS** – Item nº 10 – Volume 1 / páginas 45-48; **SEI** – Pasta VI / Documento nº 8-2501624).*

13. Diante da ausência de elementos ou de fatos novos na manifestação da recorrente, mantemos o entendimento contido no Parecer nº 00273/2022/CONJUR-CGU/CGU/AGU, de 12 de agosto de 2022 (**SAPIENS** – Item nº 6; **SEI** – Pasta V / Documento nº 18-2476238).

14. Naquela análise, chegamos à mesma conclusão da Comissão de Processo Administrativo de Responsabilização – CPAR.

15. Vimos que as provas constantes nos autos não deixaram dúvidas de que havia um conluio entre as participantes do consórcio (incluindo a recorrente), visando frustrar o caráter competitivo de licitações promovidas pela VALEC Engenharia, Construções e Ferrovias S/A, motivo pelo qual estamos de acordo com os apontamentos feitos pela Coordenação-Geral de Instrução e Julgamento de Entes Privados – COREP.

16. Ao contrário do que afirmou a recorrente, as informações e os documentos obtidos por meio das supramencionadas Delações Premiadas e dos referidos Acordos de Leniência são corroboradas pelos demais elementos coletados durante as investigações, não havendo dúvidas a respeito da prática de irregularidades.

17. Dessa forma, não houve valoração de prova de forma individualizada, tendo sido realizado um exame conjunto e sistemático de todos os elementos probantes disponíveis nos autos (testemunhas, termos, acordos, documentos), o que demonstra que o trabalho apuratório foi realizado de forma cuidadosa, sempre respeitando os princípios do contraditório e da ampla defesa.

18. Como bem destacou a Coordenação-Geral de Instrução e Julgamento de Entes Privados, 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 Engenharia, Construções e Ferrovias S/A.

19. Assim, não se pode discutir que a decisão condenatória foi fundamentada em elementos de prova convergentes entre si (não havendo contradição entre eles), diferentemente do que foi afirmado pela recorrente.

20. Os apontamentos feitos pela Coordenação-Geral de Instrução e Julgamento de Entes Privados revelam que as conclusões estão fundamentadas e respaldadas na Jurisprudência, principalmente no que diz respeito à valoração da prova indiciária, que exige a convergência entre os elementos probantes para que possam fundamentar uma decisão.

21. Nessa análise (da Coordenação-Geral de Instrução e Julgamento de Entes Privados), ficou demonstrado que não há contradições entre as provas usadas para a formação da convicção a respeito da materialidade dos fatos e do enquadramento da conduta da recorrente.

22. Por conta disso, entendemos que o argumento da indiciada não merece prosperar.

3º) ARGUMENTO DA RECORRENTE: Regularidade de sua participação nas Concorrências nº 008/2004 e nº 001/2007

- EXAME DA COREP: ...*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... 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... 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... 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)... 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 ocorrerá em 21/12/2005 (doc. 2494774, p. 17), também não pode ser considerada hábil a afastar as conclusões da CPAR... 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... 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... Pelos motivos acima, opina-se pelo não acatamento dessa tese da defesa... (**SAPIENS** – Item nº 10 – Volume 1 / páginas 48-50; **SEI** – Pasta VI / Documento nº 8-2501624).*

23. No mesmo sentido, concluímos que não procedem os argumentos apresentados pela indiciada em relação à alegada participação regular “nos certames 008/2004 e 001/2007”.

24. No que diz respeito à Concorrência nº 008/2004, as provas mostraram que, apesar de a indiciada não ter participado desde o início das negociações, posteriormente, passou a fazer parte da trama, que tinha por objetivo fraudar o certame licitatório, tendo sido “cooptada” posteriormente pelas empresas que compunham o cartel desde o início, conforme consta no depoimento do Senhor Rodrigo Ferreira Lopes (no Termo de Colaboração Premiada). No Relatório Final, a Comissão de Processo Administrativo de Responsabilização – CPAR apresentou a seguinte cronologia dos fatos (**SAPIENS** – Item nº 4 – Volume 1 / páginas 25-31; **SEI** – Pasta IV / Documento nº 20-2208401 / parágrafo nº 154):

- o **a.** 06/12/2005 – sessão para abertura dos envelopes de habilitação dos lotes 1 a 4 e 6 e 7 da Concorrência nº 008/2004 e inabilitação da BARBOSA BARROS em relação ao lote 6; (SEI nº 1720128, p. 97/104)
- o **b.** 16/12/2005 – comunicação de que a BARBOSA MELLO e a Galvão Engenharia S/A haviam impetrado recurso contra inabilitação no lote 6; (SEI nº 1720128, p. 105)
- o **c.** 27/12/2005 – publicação do julgamento dos recursos impetrados e manutenção das inabilitações; (SEI nº 1720128, p. 106)
- o **d.** 11/01/2006 – interposição de agravo de instrumento junto ao TRF-1 (SEI nº 1720128, p. 130)
- o **e.** 12/01/2006 – adiada para o dia 02/02/2006 a sessão para abertura dos envelopes das propostas; (SEI nº 1720128, p. 109)
- o **f.** 01/02/2006 – deferida a segurança no âmbito do MS nº 2006.01.00.002387-4/DF considerando, provisoriamente, a BARBOSA MELLO habilitada para participar da sessão de abertura das propostas; (SEI nº 1720128, p. 132/133)
- o **g.** 02/02/2006 – comunicação de que a sessão para abertura das propostas relativas aos lotes 6 e 7 estava adiada sine die, “conforme aviso a ser publicado no D.O.U.”; (SEI nº 1720128, p. 112, original sem grifo)
- o **h.** 09/02/2006 – BARBOSA MELLO apresenta petições nas respectivas ações judiciais comunicando a desistência dos pleitos (SEI nº 1720128, p. 135)
- o **i.** em data anterior a 15/02/2006 – BARBOSA MELLO manifesta à VALEC sua desistência de continuar participando do certame; (SEI nº 1720128, p. 134)
- o **j.** 15/02/2006 – a VALEC marca para o dia 17/02/2006 a sessão de abertura das propostas de preços. (SEI nº 1720128, p. 114)

25. Já em relação à Concorrência nº 001/2007, entendemos que a contestação da sua inabilitação (por meio de recurso hierárquico e de mandado de segurança), assim como o questionamento dos termos do correspondente edital não são suficientes para se concluir que a empresa não participava do cartel, uma vez que as provas apontam em sentido diverso.
26. Conforme mencionou a Coordenação-Geral de Instrução e Julgamento de Entes Privados, as empresas participantes tentavam manter uma aparência de legalidade em suas ações, incluindo a realização de questionamento e a interposição de recursos.
27. Vale lembrar que a recorrente desistiu posteriormente do mandado de segurança impetrado, uma vez que, segundo foi apurado, passou a fazer parte do esquema, motivo pelo qual não tinha mais interesse em contestar o correspondente procedimento licitatório. O certo é que as empresas participantes do Cartel realizavam manobras no intuito de dar aparência de legalidade ao certame, comportando-se como se estivessem disputando entre si as licitações.
28. Nesse conluio, era possível uma empresa não vencer nenhum dos lotes licitados, como aconteceu com a recorrente, com a Galvão Engenharia e com a Mendes Junior, as quais foram beneficiadas posteriormente.
29. Não se pode olvidar que todas essas conclusões foram obtidas a partir do exame conjunto e sistemático dos elementos probatórios disponíveis nos autos.
30. Superado esse ponto, seguimos nossa análise.

4º) ARGUMENTO DA RECORRENTE: Regularidade de sua participação nas Concorrências nº 005/2010

- **EXAME DA COREP:** ...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 suplantar todos os demais elementos probatórios que apontam para a responsabilidade da processada... 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... 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... 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... 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... 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... Pelos motivos acima, opina-se pelo não acatamento dessa tese da defesa... (**SAPIENS** – Item nº 10 – Volume I / páginas 50-51; **SEI** – Pasta VI / Documento nº 8-2501624).

31. Como a recorrente não trouxe fato novo, mantemos o entendimento contido no Parecer nº 00273/2022/CONJUR-CGU/CGU/AGU, de 12 de agosto de 2022 (**SAPIENS** – Item nº 6; **SEI** – Pasta V / Documento nº 18-2476238).
32. Naquela oportunidade, fizemos o exame das provas constantes nos autos e chegamos à conclusão de que a indiciada não atuou de forma regular no procedimento relativo à referida licitação (005/2010), assim como durante a execução do correspondente contrato.
33. Analisamos as declarações prestadas pelos colaboradores a respeito do assunto e concluímos que foram atendidos os requisitos legais, tendo sido possível a identificação dos envolvidos no esquema.
34. Por outro lado, as demais informações e os documentos juntados aos autos também contribuíram para a demonstração da prática das irregularidades em questão.

35. A conduta da recorrente foi devidamente individualizada, tendo sido demonstrado que tinha sua cota de participação previamente definida, não se podendo falar em ilegalidade ou em ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa (devido processo legal).

36. Vale destacar que, além das delações premiadas, foram juntados aos autos acordos de leniência e termos de colaboração, todos contendo informações no mesmo sentido, ou seja, a condenação foi fundamentada num conjunto de provas e não em elementos isolados.

37. Assim, o argumento da recorrente é improcedente.

5º) ARGUMENTO DA RECORRENTE: Desproporcionalidade da sanção aplicada e consequente necessidade de nova dosimetria

- **EXAME DA COREP:** *...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... 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.

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... (SAPIENS – Item nº 10 – Volume 1 / páginas 51-52; SEI – Pasta VI / Documento nº 8-2501624).

38. No mesmo sentido, entendemos que, como os fatos em questão são anteriores à entrada em vigor da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, não se aplica ao presente caso a atenuante relativa mencionado Programa de Integridade, ou seja, esse benefício é restrito às penalidades de multa e de publicação extraordinária da decisão condenatória.

39. Por outro lado, tendo em vista a gravidade da infração praticada, assim como o grau de reprovabilidade da conduta, consideramos que a penalidade aplicada está adequada, não havendo motivo para sua alteração.

40. Logo, não se pode discutir que, para a individualização da conduta da recorrente, foram examinados todos os elementos probantes coletados durante a fase de instrução processual (documentos, acordos, depoimentos, termos), não se podendo falar em ofensa ao devido processo legal.

41. Por fim, como não foram trazidos fatos novos, nem provas em sentido diverso, mantemos as razões e fundamentos constantes no Parecer nº 00273/2022/CONJUR-CGU/CGU/AGU, de 12 de agosto de 2022 (SAPIENS – Item nº 6; SEI – Pasta V / Documento nº 18-2476238).

III – CONCLUSÃO

42. Diante do exposto, sugerimos o conhecimento e o indeferimento do Pedido de Reconsideração formulado pela empresa CONSTRUTORA BARBOSA MELLO S/A, CNPJ 17.185.786/0001-61.

43. É o parecer. À apreciação superior.

Brasília, 9 de março de 2023.

JUCIMAR COIMBRA DE OLIVEIRA
ADVOGADO DA UNIÃO
OAB/DF Nº 26.704



Documento assinado eletronicamente por JUCIMAR COIMBRA DE OLIVEIRA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1114042455 e chave de acesso b9f8825a no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): JUCIMAR COIMBRA DE OLIVEIRA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 09-03-2023 10:45. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO À CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO
COORDENAÇÃO-GERAL DE MATÉRIA DE CONTROLE E SANÇÃO

DESPACHO n. 00118/2023/CONJUR-CGU/CGU/AGU

NUP: 00190.104186/2020-37

INTERESSADOS: CONSTRUTORA BARBOSA MELLO S A

ASSUNTOS: PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO DE EMPRESA (PAR)

1. Aprovo, por seus fundamentos fáticos e jurídicos, o **PARECER n. 00086/2023/CONJUR-CGU/CGU/AGU**, da lavra do Advogado da União, JUCIMAR COIMBRA DE OLIVEIRA que analisou Pedido de Reconsideração formulado pela empresa CONSTRUTORA BARBOSA MELLO S/A, CNPJ 17.185.786/0001-61, com o objetivo de obter a reforma da decisão que lhe aplicou a penalidade de “declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública”.
2. Ora bem, ao contrário do que afirmou a recorrente, as informações e os documentos obtidos por meio das supramencionadas Delações Premiadas e dos referidos Acordos de Leniência são corroboradas pelos demais elementos coletados durante as investigações, não havendo dúvidas a respeito da prática de irregularidades.
3. O pedido segue a toada de repetir o que já havia sido levantado antes de sua condenação. Assim, na ausência de fatos novos ou provas em sentido diverso não há como se acolher nenhuma das alegações da empresa neste pedido de reconsideração.
4. Diante do exposto, seguindo o parecer ora aprovada, sugerimos o conhecimento e o indeferimento do Pedido de Reconsideração formulado pela empresa CONSTRUTORA BARBOSA MELLO S/A, CNPJ 17.185.786/0001-61.
5. À Consideração Superior, com sugestão de remessa dos autos ao GM.

Brasília, 09 de março de 2023.

VINICIUS DE CARVALHO MADEIRA
PROCURADOR FEDERAL
COORDENADOR-GERAL DE MATÉRIA DE CONTROLE E SANÇÃO
CONJUR/CGU

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00190104186202037 e da chave de acesso b9f8825a



Documento assinado eletronicamente por VINICIUS DE CARVALHO MADEIRA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1114841085 e chave de acesso b9f8825a no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): VINICIUS DE CARVALHO MADEIRA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 09-03-2023 21:22. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO À CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO
GABINETE

DESPACHO DE APROVAÇÃO n. 00045/2023/CONJUR-CGU/CGU/AGU

NUP: 00190.104186/2020-37

INTERESSADOS: CONSTRUTORA BARBOSA MELLO S A

ASSUNTOS: PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO DE EMPRESA (PAR)

1. Concordo com os fundamentos, e, portanto, APROVO, nos termos do Despacho nº. 00118/2023/CONJUR-CGU/CGU/AGU, o Parecer nº. 00086/2023/CONJUR-CGU/CGU/AGU.

2. Ao Apoio Administrativo desta CONJUR, para trâmite via SEI ao Gabinete do Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União, acompanhado de minuta de decisão, e, após, ciência à Secretaria de Integridade Privada e publicação.

Brasília, 10 de março de 2023.

FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA
CONSULTOR JURÍDICO/CGU

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00190104186202037 e da chave de acesso b9f8825a



Documento assinado eletronicamente por FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1115364880 e chave de acesso b9f8825a no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 10-03-2023 10:20. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.
