



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. 00273/2022/CONJUR-CGU/CGU/AGU

NUP: 00190.104186/2020-37

INTERESSADOS: CONSTRUTORA BARBOSA MELLO S A

ASSUNTOS: PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO DE EMPRESA (PAR)

EMENTA: Processo Administrativo de Responsabilização – PAR. Apuração de irregularidades ocorridas em procedimentos licitatórios realizados no âmbito da VALEC. Constatada a prática de graves irregularidades pela indiciada. Parecer pela aplicação da penalidade de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública.

Senhor Coordenador-Geral de Matéria de Controle e Sanção,

I – RELATÓRIO

1. Trata-se de Processo Administrativo de Responsabilização – PAR instaurado pelo Corregedor-Geral da União da Controladoria-Geral da União por meio da Portaria nº 1.293, de 5 de junho de 2020, publicada no Diário Oficial da União – DOU do dia 8 de junho de 2020, com o objetivo de apurar irregularidades imputadas à empresa Construtora Barbosa Mello S/A, CNPJ 17.185.786/0001-61, constantes do Processo Administrativo nº 00190.103644/2020-11 (**SAPIENS** – Item nº 1 / Volume 1 / página 1; e **SEI** – Pasta I / Documento nº 1 – 1518781).
2. Tais fatos dizem respeito a ilícitos ocorridos em procedimentos licitatórios realizados no âmbito da VALEC Engenharia, Construções e Ferrovias S/A, cujo objetivo era “a implantação da Ferrovia Norte e Sul (FNS) e da Ferrovia de Integração Oeste Leste (FIOL), sendo que os ilícitos eram praticados com o conhecimento e anuência por parte da diretoria da VALEC”.
3. Durante as investigações, foi constatado que “grandes empresas do ramo de construção civil – entre as quais se insere a BARBOSA MELLO – se associaram e acordaram entre si a divisão de lotes, a combinação de preços, o oferecimento das propostas não competitivas (de cobertura, apenas para simular a competição), o sobrepreço, a lavagem de dinheiro e o pagamento de propina a agentes públicos”.
4. Segundo foi apurado, uma parte dos respectivos recursos era “submetida a operações de ocultação e dissimulação com vistas a ser utilizada para o pagamento de propina a dirigentes da VALEC Engenharia, Construções e Ferrovias S/A, que agiam para prevenir interferências no funcionamento da associação de empresas ou para obter de seus integrantes o apoio necessário ao desenvolvimento de suas atividades criminosas (direcionamento de editais, licitação de obras com sobrepreço no orçamento, celebração de aditivos dos correspondentes contratos)”.
5. No âmbito da Controladoria-Geral da União, por meio da Nota Técnica nº 1083/2020/COREP - ACESSO RESTRITO/COREP/CRG, de 4 de junho de 2020, a Corregedoria-Geral da União analisou o Acordo de Leniência entre o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU), a Advocacia-Geral da União (AGU) e as pessoas jurídicas do grupo econômico Odebrecht (exceto a Braskem S/A). Ao final, foi sugerida a instauração deste Processo Administrativo de Responsabilização – PAR (**SEI** – Pasta I / Documento nº 2 – 1519651).
6. Também foram examinados elementos oriundos de fontes diversas, dentre as quais citamos “colaborações premiadas de executivos da Andrade Gutierrez e Camargo Corrêa, perante o MPF, Acordo de Leniência firmado pela CCCC com o Cade e com a CGU, Acordo de Leniência firmado entre a OAS e CGU, Acordo de Leniência firmado entre a Odebrecht e CGU, e Laudos Periciais técnicos e financeiros, que embasaram, inclusive, as denúncias oferecidas pelo Ministério Público Federal”.
7. Passando ao presente apuratório, com base nas provas constantes nos autos, no dia 14 de setembro de 2020, a empresa Construtora Barbosa Mello S/A, CNPJ 17.185.786/0001-61, foi **indiciada** pela prática dos atos ilícitos contidos nos incisos II e III do artigo 88 da lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (**SAPIENS** – Item nº 1 – Volume 1 / páginas 6-17; **SEI** – Pasta I / Documentos nº 6-1638078).
8. No mesmo dia (14 de setembro de 2020), foi realizada a correspondente **intimação/notificação prévia** para a apresentação de defesa escrita e especificação de provas a produzir (**SAPIENS** – Item nº 1 – Volume 1 / página 18; **SEI** – Pasta I / Documentos nº 7-1640327).
9. Na sequência, no dia 14 de novembro de 2020, apresentou sua **defesa escrita** (**SAPIENS** – Item nº 01 – Volume 1 / páginas 25-96; **SEI** – Pasta I / Documento nº 10-1720128).
10. No **Relatório Final**, de 10 de dezembro de 2021, com base nas provas constantes nos autos, a Comissão de Processo Administrativo de Responsabilização – CPAR rejeitou os argumentos da defesa e recomendou a aplicação da penalidade

de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, nos termos do artigo 87, inciso IV, pela prática dos atos lesivos contidos nos incisos II e III do artigo 88, ambos da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (**SAPIENS** – Item nº 4 – Volume 1 / páginas 1-37; **SEI** – Pasta IV / Documento nº 20-2208401).

11. Depois de ser intimada a respeito das conclusões da Comissão de Processo Administrativo de Responsabilização – CPAR, no dia 22 de dezembro de 2021, a indiciada apresentou “MANIFESTAÇÃO SOBRE O RELATÓRIO FINAL” (**SAPIENS** – Item nº 5 – Volume 1 / páginas 5, 11 e 13-40; **SEI** – Pasta V / Documento nº 4-2213483, Documento nº 8-2216488 e Documento nº 10-2224374).

12. Por meio da Nota Técnica nº 223/2022/COREP-ACESSO RESTRITO/COREP/CRG, de 17 de março de 2022, a Coordenação-Geral de Instrução e Julgamento de Entes Privados – COREP atestou a regularidade processual e concordou com as conclusões da Comissão de Processo Administrativo de Responsabilização – CPAR (**SAPIENS** – Item nº 5 – Volume 1 / páginas 46-56; **SEI** – Pasta V / Documento nº 13-2265290).

13. No dia seguinte (18 de março de 2022), a Diretoria de Responsabilização de Entes Privados – DIREP concordou, na íntegra, com as manifestações anteriores e remeteu os autos à Corregedoria-Geral da União da Controladoria-Geral da União (**SAPIENS** – Item nº 5 – Volume 1 / página 59; **SEI** – Pasta V / Documento nº 16-2310877).

14. Ainda no dia 18 de março de 2022, observando o disposto no artigo 24 da Instrução Normativa nº 13/2019, de 8 de agosto de 2019, a Corregedoria-Geral da União – CRG concordou com as citadas conclusões e encaminhou os autos a esta Consultoria Jurídica para manifestação prévia ao julgamento (**SAPIENS** – Item nº 5 – Volume 1 / página 60; **SEI** – Pasta V / Documento nº 17-2311453).

15. É o breve relato dos fatos.

II – FUNDAMENTAÇÃO

16. Com o objetivo de facilitar a análise e a compreensão do caso, faremos, doravante, o exame pormenorizado de cada tópico considerado importante na presente apuração (tanto no aspecto formal quanto no material).

A) REGULARIDADE PROCESSUAL

17. Durante a apuração das irregularidades, a investigada/indiciada teve livre acesso ao processo, tendo a oportunidade de se manifestar a respeito das deliberações tomadas e dos elementos probantes juntados aos autos.

18. Após ser devidamente notificada/intimada, juntou documentos, fez requerimentos e apresentou defesas escritas (**SAPIENS** – Item nº 1 – Volume 1 / páginas 18, 19-22, 24, 25-96 e 97-110; Volume 2; Volume 3; Volume 4; Volume 5 / páginas 1-101; Volume 6 / páginas 1-22 e 23; Item nº 2 – Volume 1 / páginas 2, 8-9, 11, 17 e 21; Item nº 3 – Volume 1 / páginas 2-3, 4-9, 10, 11-14, 16-17, 18-20, 22 e 24-30; Item nº 5 – Volume 1 / páginas 5, 7-8, 9-11, 13-40 e 41-44; **SEI** – Pasta I / Documento nº 7-1640327, Documento nº 8-1670924, Documento nº 9-1671107, Documento nº 10-1720128, Documento nº 14-1828638; Pasta II / Documento nº 2-1855965, Documento nº 7-1946552, Documento nº 9-1950660, Documento nº 13-1954812, Documento nº 20-1969089; Pasta III / Documento nº 2-1977826, Documento nº 4-1983115, Documento nº 6-1983145, Documento nº 6-1996566, Documento nº 9-2149749; Documento nº 10-2153356, Documento nº 12-2153473, Documento nº 14-2199413; Pasta V / Documento nº 4-2213483, Documento nº 6-2214994, Documento nº 7-2215610, Documento nº 8-2216488, Documento nº 10-2224374, Documento nº 11-2224400).

19. Em relação aos requerimentos (solicitações/petições) feitos pela indiciada, ressaltamos que a Comissão de Processo Administrativo de Responsabilização – CPAR deferiu todos aqueles considerados importantes para a realização da defesa.

20. No que diz respeito ao **indiciamento**, verificamos que consta “a descrição clara e objetiva do ato lesivo imputado à pessoa jurídica, com a descrição das circunstâncias relevantes”, “o apontamento das provas que sustentam o entendimento da comissão pela ocorrência do ato lesivo imputado”, assim como “o enquadramento legal do ato lesivo imputado à pessoa jurídica processada”, possibilitando a realização da defesa de forma ampla e irrestrita (**SAPIENS** – Item nº 1 – Volume 1 / páginas 6-17; **SEI** – Pasta I / Documentos nº 6-1638078).

21. Com isso, constatamos a presença dos requisitos previstos no artigo 17 da Instrução Normativa nº 13, de 8 de agosto de 2019, *in verbis*:

Art. 17. A nota de indicição deverá conter, no mínimo:

I - a descrição clara e objetiva do ato lesivo imputado à pessoa jurídica, com a descrição das circunstâncias relevantes;

II - o apontamento das provas que sustentam o entendimento da comissão pela ocorrência do ato lesivo imputado;
e

III - o enquadramento legal do ato lesivo imputado à pessoa jurídica processada.

Parágrafo único. A comissão poderá produzir novas provas antes de lavrar a nota de indicição, caso julgue necessário.

22. No Relatório Final, de 10 de dezembro de 2021, a Comissão de Processo Administrativo de Responsabilização – CPAR examinou, de forma minuciosa e individualizada, os argumentos contidos na defesa escrita, fundamentando suas conclusões nas provas constante nos autos (**SAPIENS** – Item nº 4 – Volume 1 / páginas 1-37; **SEI** – Pasta IV / Documento nº 20-2208401).

23. Em relação à sua “MANIFESTAÇÃO SOBRE O RELATÓRIO FINAL”, no âmbito da Corregedoria-Geral da União, por meio da Nota Técnica nº 223/2022/COREP-ACESSO RESTRITO/COREP/CRG, de 17 de março de 2022, foram examinados todos os argumentos apresentados (**SAPIENS** – Item nº 5 – Volume 1 / páginas 46-56; **SEI** – Pasta V / Documento nº 13-2265290).

24. Logo, é forçoso concluir que foi observado o princípio do devido processo legal, tendo sido seguido o rito previsto em lei, motivo pelo qual reputamos que foram respeitados os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, não existindo vício capaz de comprometer a apuração realizada.

B) COMPETÊNCIA DA CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

25. Inicialmente, destacamos que a instauração do presente Processo Administrativo de Responsabilização – PAR foi fundamentada nos seguintes dispositivos legais e regulamentares (**SAPIENS** – Item nº 1 / Volume 1 / página 1; e **SEI** – Pasta I / Documento nº 1 – 1518781):

Anexo I do Decreto nº 9.681, de 3 de janeiro de 2019

[...]

Art. 13. À Corregedoria-Geral da União compete:

[...]

IX - determinar a instauração ou instaurar procedimentos disciplinares ou de responsabilização administrativa de entes privados, de ofício ou em razão de representações e denúncias contra servidores, empregados públicos e entes privados;

[...]

Art. 29. Ao Chefe de Gabinete do Ministro, ao Consultor Jurídico, ao Secretário Federal de Controle Interno, ao Ouvidor-Geral, ao Corregedor-Geral, ao Secretário de Transparência e Prevenção da Corrupção, ao Secretário de Combate à Corrupção, aos Diretores e aos demais dirigentes cabe planejar, dirigir e coordenar a execução das atividades de suas unidades e exercer outras atribuições que lhes forem cometidas pelo Ministro de Estado.

Instrução Normativa nº 13, de 8 de agosto de 2019

[...]

Art. 30. Nos termos dos parágrafos 1º e 2º do art. 8º e do art. 9º da Lei nº 12.846, de 2013, e dos artigos 4º, 13 e 14 do Decreto nº 8.420, de 2015, ficam delegadas ao Corregedor-Geral da União as competências para:

I - instaurar e avocar PAR; [...]

Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013

[...]

Art. 8º A instauração e o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica cabem à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que agirá de ofício ou mediante provocação, observados o contraditório e a ampla defesa.

[...]

§ 2º No âmbito do Poder Executivo federal, a Controladoria-Geral da União - CGU terá competência concorrente para instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas ou para avocar os processos instaurados com fundamento nesta Lei, para exame de sua regularidade ou para corrigir-lhes o andamento. [...]

Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015

[...]

Art. 12. Os atos previstos como infrações administrativas à Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ou a outras normas de licitações e contratos da administração pública que também sejam tipificados como atos lesivos na Lei nº 12.846, de 2013, serão apurados e julgados conjuntamente, nos mesmos autos, aplicando-se o rito procedimental previsto neste Capítulo.

§ 1º Concluída a apuração de que trata o caput e havendo autoridades distintas competentes para julgamento, o processo será encaminhado primeiramente àquela de nível mais elevado, para que julgue no âmbito de sua competência, tendo precedência o julgamento pelo Ministro de Estado competente.

§ 2º Para fins do disposto no caput, o chefe da unidade responsável no órgão ou entidade pela gestão de licitações e contratos deve comunicar à autoridade prevista no art. 3º sobre eventuais fatos que configurem atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013.

Art. 13. A Controladoria-Geral da União possui, no âmbito do Poder Executivo federal, competência:

I - concorrente para instaurar e julgar PAR; e

II - exclusiva para avocar os processos instaurados para exame de sua regularidade ou para corrigir-lhes o andamento, inclusive promovendo a aplicação da penalidade administrativa cabível.

§ 1º A Controladoria-Geral da União poderá exercer, a qualquer tempo, a competência prevista no caput se presentes quaisquer das seguintes circunstâncias:

I - caracterização de omissão da autoridade originariamente competente;

II - inexistência de condições objetivas para sua realização no órgão ou entidade de origem;

III - complexidade, repercussão e relevância da matéria;

IV - valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade atingida; ou

V - apuração que envolva atos e fatos relacionados a mais de um órgão ou entidade da administração pública federal.

§ 2º Ficam os órgãos e entidades da administração pública obrigados a encaminhar à Controladoria-Geral da

União todos os documentos e informações que lhes forem solicitados, incluídos os autos originais dos processos que eventualmente estejam em curso. [...]

26. Acrescentamos que, **como Órgão Central do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, cabe à Controladoria-Geral da União – CGU/PR exercer a fiscalização da gestão no âmbito da Administração Pública Federal**, notadamente no que se refere à defesa do patrimônio público e ao combate à corrupção, consoante previa expressamente os seguintes dispositivos da Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003:

Art. 18. Ao Ministro de Estado da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União - CGU, no exercício da sua competência, incumbe, especialmente: (Redação dada pela Lei nº 13.341, de 2016) (Produção de efeito)

[...]

II - instaurar os procedimentos e processos administrativos a seu cargo, constituindo comissões, e requisitar a instauração daqueles que venham sendo injustificadamente retardados pela autoridade responsável; (Incluído pela Lei nº 13.341, de 2016) (Produção de efeito)

[...]

Art. 27. Os assuntos que constituem áreas de competência de cada Ministério são os seguintes:

[...]

X - Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União - CGU: (Redação dada pela Lei nº 13.341, de 2016) (Produção de efeito)

a) adoção das providências necessárias à defesa do patrimônio público, ao controle interno, à auditoria pública, à correição, à prevenção e combate à corrupção, às atividades de ouvidoria e ao incremento da transparência da gestão no âmbito da administração pública federal; (Redação dada pela Lei nº 13.341, de 2016) (Produção de efeito)

[...]

c) instauração de procedimentos e processos administrativos a seu cargo, constituindo comissões, e requisição de instauração daqueles injustificadamente retardados pela autoridade responsável; (Redação dada pela Lei nº 13.341, de 2016) (Produção de efeito) - **GRIFEI**

[...]

27. Lembramos que a Lei nº 10.683, de 2003, foi revogada, mas tais atribuições foram mantidas pela legislação subsequente, conforme se pode constatar pela leitura dos seguintes dispositivos:

Lei nº 13.844, de 18 de junho de 2019

Art. 19. Os Ministérios são os seguintes:

[...]

XVI - a Controladoria-Geral da União.

[...]

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

I - providências necessárias à defesa do patrimônio público, ao controle interno, à auditoria pública, à correição, à prevenção e ao combate à corrupção, às atividades de ouvidoria e ao incremento da transparência da gestão no âmbito da administração pública federal;

[...]

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

[...]

Art. 52. Ao Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União, no exercício da sua competência, incumbe, especialmente:

[...]

II - instaurar procedimentos e processos administrativos a seu cargo, requisitar a instauração daqueles que venham sendo injustificadamente retardados pela autoridade responsável e constituir comissões; [...]

Decreto nº 9.681, de 3 de janeiro de 2019

ANEXO I

ESTRUTURA REGIMENTAL DA CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

CAPÍTULO I

DA NATUREZA E COMPETÊNCIA

Art. 1º A Controladoria-Geral da União, órgão central do Sistema de Controle Interno, do Sistema de Correição e do Sistema de Ouvidoria do Poder Executivo federal, tem como área de competência os seguintes assuntos:

I - adoção das providências necessárias à defesa do patrimônio público, ao controle interno, à auditoria pública, à correição, à prevenção e ao combate à corrupção, às atividades de ouvidoria e ao incremento da transparência e da integridade da gestão no âmbito do Poder Executivo federal; (Redação dada pelo Decreto nº 9.694, de 2019)

[...]

III - instauração de procedimentos e processos administrativos a seu cargo, constituindo comissões, e requisição de instauração daqueles injustificadamente retardados pela autoridade responsável; [...]

28. Assim, é forçoso concluir que tanto o Corregedor-Geral da União da Controladoria-Geral da União como o Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União – CGU/PR têm competência para instaurar Processos Administrativos de

C) CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL

29. Como a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, não regula essa matéria (prescrição), aplica-se, de forma subsidiária, a Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999, que estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta. Eis a transcrição dos seguintes dispositivos:

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.

§ 1º Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso.

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

[...]

Art. 2º Interrompe-se a prescrição da ação punitiva: (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – pela notificação ou citação do indiciado ou acusado inclusive por meio de edital; (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

II – por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato; (GRIFEI)

III – pela decisão condenatória recorrível.

IV – por qualquer ato inequívoco que importe em manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória no âmbito interno da administração pública federal. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

[...]

Art. 5º O disposto nesta Lei não se aplica às infrações de natureza funcional e aos processos e procedimentos de natureza tributária.

30. A regra é que o prazo de prescrição da pretensão punitiva estatal (Administração Pública Federal direta e indireta) é de 5 (cinco) anos, salvo se o fato também constituir crime.

31. Levando em consideração que os fatos estão sendo (ou foram) objeto de apuração na esfera judicial criminal, entendemos que, no presente caso, é aplicável o transcrito § 2º do artigo 1º da Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999.

32. Conforme consta nos autos, as condutas que envolveram os fatos em apuração configuram os delitos previstos nos seguintes dispositivos legais:

Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 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; (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

[...]

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa. (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

[...]

Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993

[...]

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

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

[...]

Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Pena - detenção, de dois a quatro anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Parágrafo único. Incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais.

[...]

Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:

I - elevando arbitrariamente os preços;

[...]

Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. [...]

Peculato

Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:

Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa.

§ 1º - Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário.

[...]

Corrupção ativa

Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003)

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional. [...]

33. No caso em análise, é indiscutível que foi praticado o crime de cartel, previsto no artigo 4º, inciso I, da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990.

34. Com isso, nos termos do artigo 109 do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), aplica-se a seguinte regra:

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: (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).

[...]

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

[...]

35. Consequentemente, a prescrição se dará em **12 (doze) anos**, contados da data do último fato delituoso ou da instauração deste apuratório.

36. No caso em análise, foi apurado que o crime de cartel, previsto no artigo 4º, inciso I, da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, durou até, pelo menos, o ano de 2011.

37. Visando adotar a data mais favorável à defesa, usaremos em nossa análise o dia **1º de janeiro de 2011**.

38. Com base nos dados supramencionados, verifica-se que entre os dias **1º de janeiro de 2011** (data mais favorável à empresa indiciada) e **8 de junho de 2020** (data da publicação no Diário Oficial da União – DOU da Portaria nº 1.293, de 5 de junho de 2020), decorreram 9 (nove) anos, 5 (cinco) meses e 7 (sete) dias.

39. Com isso, nesse intervalo de tempo, não ficou caracterizada a extinção da punibilidade dos fatos pelo advento da prescrição.

40. Seguindo nossa análise, considerando que a contagem foi novamente iniciada na data da instauração do presente apuratório (8 de junho de 2020 – data da interrupção), têm-se que **a extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição ficará caracterizada a partir do dia 8 de junho de 2032**.

D) APURAÇÃO DOS FATOS – MÉRITO

41. Conforme relatado, com base nas provas constantes nos autos, no dia 14 de setembro de 2020, a empresa Construtora Barbosa Mello S/A, CNPJ 17.185.786/0001-61, foi **indiciada** pela prática dos atos ilícitos contidos nos incisos II e III do artigo 88 da lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (**SAPIENS** – Item nº 1 – Volume 1 / páginas 6-17; **SEI** – Pasta I / Documentos nº 6-1638078).

42. Em sua **defesa escrita** (em face do Termo de Indicação), de 14 de novembro de 2020, de forma resumida, **preliminarmente**, alegou a incompetência da Controladoria-Geral da União, a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, assim como ofensas aos princípios do contraditório e da ampla defesa. No **mérito**, em síntese, negou a prática de irregularidade e requereu sua absolvição (**SAPIENS** – Item nº 1 – Volume 1 / páginas 25-96; **SEI** – Pasta I / Documento nº 10-1720128).

43. No **Relatório Final**, de 10 de dezembro de 2021, com base nas provas constantes nos autos, a Comissão de Processo Administrativo de Responsabilização – CPAR refutou os argumentos da defesa e recomendou a aplicação da penalidade de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, nos termos do artigo 87, inciso IV, 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 (**SAPIENS** – Item nº 4 – Volume 1 / páginas 1-37; **SEI** – Pasta IV / Documento nº 20-2208401).

44. O exame dos argumentos da defesa foi feito de forma individualizada, em tópicos próprios, nos seguintes termos:

1º) ARGUMENTO DA DEFESA: Ausência de provas

- EXAME DA COMISSÃO PROCESSANTE: ...não há como negar os fortes indícios, evidências e provas carreados ao presente processo e, nesse diapasão, importante consignar que a documentação trazida aos autos e apontada na peça de indicição não pode ser caracterizada como mera suposição e ilação feitas sem qualquer indício de prova. Trata-se de testemunhos trazidos ao processo que, juntamente com outros elementos, apresentam verossimilhança suficiente para serem considerados pela CPAR, ou seja, verificam-se no caso concreto inúmeros elementos e indícios que corroboram as conclusões exaradas no Termo de Indiciamento... é perfeitamente possível a condenação somente com base em indícios, quando a infração é de tal natureza que deixa pouco ou nenhum vestígio probatório... Além disso, tem-se que o acordo de leniência é disciplinado no Capítulo V da Lei nº 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção Empresarial. Nessa linha, para fins de enriquecimento do debate, cumpre destacar que o art. 16 da LAC prevê que, para a celebração de um acordo de leniência, é imprescindível que resulte da colaboração pretendida: i) “a identificação dos demais envolvidos na infração” e ii) “a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração”... o exame dos fatos referentes aos atos ilícitos ocorridos na VALEC tem origem em diversos acordos de leniência firmados por empresas diretamente envolvidas e órgãos da Administração Pública. No caso específico destes autos, tem-se o Acordo de Leniência nº 02/2016 – celebrado entre o Cade e a CCCC, e o Acordo de Leniência firmado entre as pessoas jurídicas do Grupo Econômico Odebrecht (exceto a Braskem S/A), a CGU e a AGU... A simples constatação de que os acordos foram firmados pressupõe que os órgãos públicos envolvidos, quando da análise para a celebração do respectivo acordo, verificaram a perfeita adequação ao disposto na legislação de regência. Ou seja, no caso em tela, os requisitos estabelecidos, a saber: i) a identificação dos envolvidos no esquema da VALEC e ii) as informações e documentos que comprovaram – e/ou subsidiaram a produção de material probatório – a prática dos respectivos atos ilícitos, foram devidamente preenchidos pelas empresas celebrantes... Além disso, deve-se pontuar a deflagração das operações realizadas pela Polícia Federal, bem como as denúncias que decorreram de tais operações, oferecidas pelo MPF à Justiça Federal. Saliente-se que essas ações forneceram claros indícios e provas da atuação da empresa processada no esquema ilegal objeto da presente apuração... Em relação à colaboração premiada, prevista na Lei nº 12.850/2013, em especial no seu art. 4º, destaca-se que tal norma prevê a possibilidade de concessão da colaboração, pelo juízo competente, se presente qualquer uma das situações nos seus incisos... as colaborações premiadas referenciadas observaram totalmente o contido nos incisos I e II do art. 4º da Lei nº 12.850/2013, pois identificam precisamente todas as empresas participantes do esquema ilegal que ocorreu na VALEC e, ainda, demonstram a estrutura hierárquica e a divisão de tarefas e atribuições entre estas empresas no esquema... Questão fundamental relacionada às colaborações premiadas é que elas necessitam ser homologadas pela Justiça, após minuciosa análise do acordo negociado entre o Parquet e o colaborador... os indícios e provas apresentados nos referidos acordos e colaborações foram coletados e obtidos pelas operações “O Recebedor” e “Tabela Periódica”, realizadas pela Polícia Federal. Tais operações foram devidamente autorizadas pela Justiça, que decretou, inclusive, busca e apreensão na sede da empresa BARBOSA MELLO... Assim, é inquestionável o fato de que tais acordos e colaborações observaram integralmente as disposições legais aplicáveis a cada caso e encontram lastro em extenso e robusto conjunto de indícios e provas. Em razão disso, serviram de base para a responsabilização da empresa BARBOSA MELLO, por conta de sua participação no esquema ilícito das licitações ocorridas na VALEC... (**SAPIENS** – Item nº 4 – Volume 1 / páginas 6-8; **SEI** – Pasta IV / Documento nº 20-2208401).

45. Em nossa análise, chegamos à mesma conclusão da Comissão de Processo Administrativo de Responsabilização – CPAR.

46. As provas constantes nos autos não deixam dúvidas de que havia um conluio entre as participantes do consórcio, visando frustrar o caráter competitivo de licitações promovidas pela VALEC Engenharia, Construções e Ferrovias S/A.

47. Ao contrário do que afirmou a defesa, as informações e os documentos obtidos por meio das delações premiadas e dos referidos Acordos de Leniência são corroboradas pelos demais elementos coletados durante as investigações, não havendo dúvidas a respeito da forma de atuação das envolvidas.

48. Assim, é certo que não houve valoração de prova de forma individualizada, tendo havido um exame conjunto e sistemático de todos os elementos disponíveis nos autos, o que demonstra que o trabalho apuratório foi realizado de forma cuidadosa, sempre respeitando os princípios do contraditório e da ampla defesa.

49. Logo, entendemos que o argumento da indiciada não merece prosperar.

2º) ARGUMENTO DA DEFESA: Emprego indevido de prova emprestadas

- EXAME DA COMISSÃO PROCESSANTE: ...A jurisprudência é pacífica no sentido de admitir a prova compartilhada, contanto que se oportunize contraditório à pessoa acusada quando o processo de origem não tiver identidade das partes. Esse entendimento foi consagrado pelo artigo 372 do CPC atual... não há exigência de identidade de partes, mas, apenas, de contraditório, seja no processo de origem, seja no processo de destino. É o caso do presente PAR, no qual foi garantida oportunidade para que a empresa impugnasse todas as provas utilizadas na acusação. A observância do contraditório, no processo de origem, serve somente para que a prova compartilhada não precise passar novamente pelo contraditório no processo de destino e mantenha a sua natureza original - por exemplo, prova testemunhal é compartilhada para o novo processo preservando a natureza de prova testemunhal... o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já teve oportunidade de admitir o empréstimo de prova mesmo diante de diferença das partes no processo de origem e de destino, afirmando que o essencial é o respeito ao contraditório e, não, a identidade subjetiva das duas demandas... a CPAR sempre proporcionou a efetiva participação da defesa no presente processo, garantindo a ampla defesa e o contraditório em relação às provas juntadas aos autos, inclusive as compartilhadas de outros processos... a BARBOSA MELLO teve acesso a todas as provas e aos argumentos trazidos pela CPAR nos termos de indicição, podendo refutá-los, como efetivamente o fez, quando da apresentação de Defesa Escrita (SEI nº 1720128) e de manifestação a respeito de provas produzidas e/ou juntadas no curso do processo (SEI nº 1996566 e nº 2199413)... ao ser intimada a especificar prova documental suplementar mencionada na peça de defesa, a BARBOSA MELLO afirmou que não possuía, naquele momento, “prova documental complementar a apresentar” (SEI nº 1855965)... Quanto à questão das duas notas técnicas citadas pela defesa, cumpre esclarecer que, apesar de terem sido lavradas em momentos distintos, ambas são subscritas pela mesma auditora e que o fato de haver alterações no texto não influencia em nada no andamento deste PAR, até porque o Despacho COREP SEI nº 1411193 (SEI nº 1519651, [11], [10]) aprovou a Nota Técnica nº 1.036/2020 e não aprovou a Nota Técnica nº 1.628/2019... A despeito disso, importa consignar que a instauração do PAR é ato discricionário da autoridade instauradora. Assim, uma vez convencida de que há elementos suficientes a fundamentar a instauração, a autoridade instauradora

não fica vinculada às sugestões (diferente de determinações) apresentadas pela equipe que a auxilia... não subsistem motivos para alegação de violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório... (**SAPIENS** – Item nº 4 – Volume 1 / páginas 8-11; **SEI** – Pasta IV / Documento nº 20-2208401).

50. É indiscutível que a utilização de prova produzida em outro processo é admitida em lei, desde que sejam obtidas mediante autorização judicial e que sejam respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa (devido processo legal), como foi o caso das referidas “provas emprestadas”. Nesse sentido, eis a transcrição dos seguintes trechos de julgados do Superior Tribunal de Justiça – STJ e do Supremo Tribunal Federal – STF, respectivamente:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO MANDADO DE SEGURANÇA. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3/STJ. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. POSSIBILIDADE DE DEMORA NA CONCLUSÃO DO PAD. ADMISSÃO DE PROVA EMPRESTADA. SANÇÃO PELO RESÍDUO ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE NULIDADES. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

[...]

2. A utilização de provas emprestadas, desde que regularmente produzida no processo de origem, não acarreta nulidade do processo administrativo disciplinar por violação do direito ao contraditório e à ampla defesa. (GRIFEI)

[...]

(AgInt no MS 26.852/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 18/08/2021, DJe 20/08/2021)

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 660. PROVAS EMPRESTADAS. ADMSSIBILIDADE.

1. O Supremo Tribunal Federal (STF) assentou entendimento que não há repercussão geral na controvérsia sobre suposta violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e do devido processo legal, por ausência de questão constitucional (Tema 660 - ARE 748.371-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes).

2. A jurisprudência do STF é pacífica no sentido de que elementos informativos de uma investigação criminal, ou as provas colhidas no bojo de instrução penal, podem ser compartilhados para fins de instruir outro processo criminal ou procedimento administrativo disciplinar. Precedentes. (GRIFEI)

3. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, uma vez que não é cabível condenação em honorários advocatícios. 4. Agravo interno a que se nega provimento. (GRIFEI)

(ARE 1189218 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 24/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-117 DIVULG 31-05-2019 PUBLIC 03-06-2019)

51. Como foi dado à indiciada o livre acesso a todos os elementos probatórios coletados durante a apuração, a indiciada teve oportunidade de se manifestar de forma ampla e irrestrita, inexistindo prejuízo à sua defesa, razão pela qual não se pode falar em nulidade processual.

52. Por outro lado, como bem salientou a Comissão Processante, “não há exigência de identidade de partes, mas, apenas, de contraditório, seja no processo de origem, seja no processo de destino”.

53. Portanto, não procede o argumento da defesa.

3º) ARGUMENTO DA DEFESA: Ausência de enquadramento legal do ato lesivo

- **EXAME DA COMISSÃO PROCESSANTE:** ...a prevalecer o entendimento da defesa no sentido de que os artigos mencionados (87 e 88 da Lei nº 8.666/93) tratam de sanções e não de condutas sancionadas, o fato de um fornecedor deixar de executar total ou parcialmente um contrato celebrado com a Administração também não poderia ser sancionado, uma vez que, segundo a defesa, o art. 87 trata de sanção e não de conduta a ser sancionada... Com as escusas de praxe, não pode ser essa a interpretação que o legislador quis aplicar à norma... Ora, o art. 88 deve ser entendido como continuação do art. 87. Enquanto este encontra-se adstrito à inexecução total ou parcial dos contratos, aquele trata de outras condutas reprováveis – descritas em seus incisos –, mas de igual forma relacionadas a contratos regidos pela Lei nº 8.666/93... Nesse rumo, a conduta reprovável prevista no inciso III do art. 88, dita de outra forma, é: praticar atos ilícitos [em razão dos contratos regidos por esta Lei] que demonstrem inidoneidade [do fornecedor] para contratar com a Administração... (**SAPIENS** – Item nº 4 – Volume 1 / páginas 11-12; **SEI** – Pasta IV / Documento nº 20-2208401).

54. Estamos de acordo com as razões apresentadas pela Comissão de Processo Administrativo de Responsabilização – CPAR, principalmente porque, no Termo de Indiciação, consta “a descrição clara e objetiva do ato lesivo imputado à pessoa jurídica, com a descrição das circunstâncias relevantes”, “o apontamento das provas que sustentam o entendimento da comissão pela ocorrência do ato lesivo imputado”, assim como “o enquadramento legal do ato lesivo imputado à pessoa jurídica processada”, possibilitando a realização da defesa de forma ampla e irrestrita (**SAPIENS** – Item nº 1 – Volume 1 / páginas 6-17; **SEI** – Pasta I / Documentos nº 6-1638078).

55. Com isso, estão presentes os requisitos previstos no artigo 17 da Instrução Normativa nº 13, de 8 de agosto de 2019, *in verbis*:

Art. 17. A nota de indicição deverá conter, no mínimo:

I - a descrição clara e objetiva do ato lesivo imputado à pessoa jurídica, com a descrição das circunstâncias relevantes;

II - o apontamento das provas que sustentam o entendimento da comissão pela ocorrência do ato lesivo imputado;

e

III - o enquadramento legal do ato lesivo imputado à pessoa jurídica processada.

Parágrafo único. A comissão poderá produzir novas provas antes de lavrar a nota de indicição, caso julgue necessário.

56. Assim, consideramos improcedente o argumento.

4º) ARGUMENTO DA DEFESA: Documentos disponibilizados pela Comissão de Processo Administrativo Disciplinar – CPAR estão incompletos, o que causou prejuízos à defesa

- **EXAME DA COMISSÃO PROCESSANTE:** ...todas as imputações à Construtora Barbosa Mello estão fundadas exclusivamente nas provas e documentos juntados aos autos, o que implica dizer que a defesa tem “conhecimento sobre os elementos considerados para a imputação de responsabilidade”, exatamente na mesma medida que a CPAR. Além disso, tem-se que o processo de juízo de admissibilidade (SEI nº 1519651) foi incluído, em sua íntegra, no presente PAR... mesmo entendendo que o acesso à documentação mencionada pela defesa revelava-se desnecessário e, aparentemente, protelatório, a CPAR fez gestão junto à Diretoria de Responsabilização de Entes Privados (DIREP) no sentido de disponibilizar o acesso aos documentos pretendidos... Nesse sentido, e com o objetivo de facilitar o acesso por parte da defesa, a DIREP reuniu e organizou em autos apartados (Processo SEI 00190.107226/2021-83) a seguinte documentação referente a inquéritos policiais e ações penais:

a. Processo nº 111-33.2016.4.01.3500 – IPL nº 913/2015 (volumes 1 a 11; apenso 1, volume único; conteúdo de mídias);

b. Processo nº 12935-63.2012.4.01.3500 (volumes 1 a 19; apensos 1 e 2; conteúdo de mídias);

c. Processo nº 33351-86.2011.4.01.3500 (volumes 1 a 16; apensos 1 e 2; conteúdo de mídias);

d. Processo nº 42040.80.2015.4.01.3500 – IPL nº 913/2015 (volumes I a XI; apensos I a XLIX e LI a LXIX; conteúdo de mídias);

e. Processo nº 17620-74.2016.4.01.3500 (volumes 1 a 15; apensos IPL 240/2011 e IPL 225/2011; conteúdo de mídias);

f. Processo nº 28412-63.2011.4.01.3500 - IPL nº 239/2011 (volumes 1 a 10; apensos 1 e 2);

g. Processo nº 15180-37.2018.4.01.3500 - IPL nº 239/2011 (conteúdo de mídia);

h. Processo nº 20592-17.2016.4.01.3500 (volumes 1 e 2; conteúdo de mídias);

i. Processo nº 25876-69.2017.4.01.3500 - IPL nº 643/2011 (volumes 1 a 3; apenso I; conteúdo de mídias);

j. Processo nº 000687.31.2013.4.01.3500 (volumes 1 a 12; conteúdo de mídias);

k. Processo nº 36193-97.2015.4.01.3500 – IPL nº 656/2011 (volumes 1 a 14; apenso 1; conteúdo de mídias; denúncia);

l. Processo nº 17954-11.2016.4.01.3500 (volumes 1 a 6);

m. Processo nº 24085-31.2018.4.01.3500 (volumes 1 e 2; conteúdo de mídias);

n. Processo nº 27093-21.2015.4.01.3500 (volumes 1 a 6); e

o. Processo nº 38181-95.2011.4.01.3500 – IPL 560/2011 (volumes 1 a 36; apensos; conteúdo de mídias).

...só foi juntado o trecho que trata das obras da Valec e que diz respeito à BARBOSA MELLO, deixando de atuar os trechos que versam sobre outras empresas e que ainda são objeto de investigação... Nessa linha, cumpre observar que o § 6º do Art. 16 da Lei nº 12.846/2013 estabelece que a divulgação das informações dos acordos de leniência ocorrerá após sua celebração, desde que não haja prejuízos a futuras investigações, mantendo a coerência com a Constituição Federal e com a Lei de Acesso à Informação... Por sua vez, o parágrafo único, do art. 39, do Decreto nº 8.420/2015, que regulamentou a Lei Anticorrupção, estabeleceu que as informações comercialmente sensíveis da pessoa jurídica terão seu acesso restrito... (**SAPIENS** – Item nº 4 – Volume 1 / páginas 12-15; **SEI** – Pasta IV / Documento nº 20-2208401).

57. Diferentemente do que foi afirmado pela indiciada, a Comissão Processante seguiu as determinações legais e regulamentares, dando acesso a todo material imprescindível à sua defesa.

58. Assim, consideramos que o argumento foi corretamente rejeitado, não havendo necessidade de comentários adicionais.

5º) ARGUMENTO DA DEFESA: Incompetência da Controladoria-Geral da União para instaurar este Processo Administrativo de Responsabilização – PAR

- **EXAME DA COMISSÃO PROCESSANTE:** ...Inicialmente, cumpre esclarecer que a Lei nº 12.846/13 é utilizada nesta apuração apenas no que se refere ao procedimento – e não há qualquer óbice nisso –, uma vez que estabelece uma organização formal da investigação, inclusive com total respeito ao contraditório e à ampla defesa... não custa lembrar que a Lei nº 8.666/93 não estabelece um procedimento específico para apuração das irregularidades elencadas no referido diploma legal e, além disso, do ponto de vista das empresas processadas, o rito ora adotado é mais benéfico (mais garantista) em relação ao previsto na Lei nº 8.666/93 c/c Lei nº 9.784/93... o PAR obedece ao disposto na Lei nº 12.846/2013, que é regulamentada, de forma mais abrangente, pelo Decreto nº 8.420/2015 e, no âmbito dos órgãos e entidades do Poder Executivo Federal, pela IN CGU nº 13/2019, podendo, subsidiariamente, recorrer-se ao disposto na Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal... a VALEC é uma empresa (pública) estatal dependente; controlada pela União, vinculada ao Ministério da Infraestrutura – inserindo-se, assim, no conceito de administração pública indireta; que possui capital social totalmente detido pela União; e cujo patrimônio próprio é integralmente público. Em poucas palavras, trata-se de patrimônio público... Os arts. 70 e 74 da Constituição Federal dispõem acerca das competências do sistema de controle interno de cada Poder e o inciso I do art. 8º do Decreto nº 3.591/2000 já estabelecia que a CGU é órgão Central do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal... o Decreto nº 5.480/2005 indica que a CGU também compõe o Sistema de Correição do Poder Executivo Federal na condição de Órgão Central do Sistema... A competência da CGU para instauração de PAR é concorrente à competência da autoridade máxima de cada órgão ou entidade do Poder Executivo federal em face do qual o suposto ato lesivo foi praticado, conforme artigo 8º, § 2º, da Lei nº 12.846/2013; no artigo 13, I, do Decreto nº 8.420/15; e artigo 5º, I, da IN-CGU nº 13/2019... o exercício da competência por parte da CGU depende, de fato, da presença de uma ou mais das circunstâncias enumeradas. No caso concreto, vislumbra-se a complexidade das irregularidades. É dizer, após o envio dos acordos de leniência e

das colaborações acima referidas, restou patente que todos os casos ali tratados, incluindo o presente, possuem complexidade, repercussão e relevância suficientes para apuração direta da CGU, além dos altos valores envolvidos nas irregularidades sob apuração... (**SAPIENS** – Item nº 4 – Volume 1 / páginas 15-20; **SEI** – Pasta IV / Documento nº 20-2208401).

59. Além de concordarmos com os esclarecimentos prestados pela Comissão de Processo Administrativo de Responsabilização – CPAR, lembramos que fizemos o exame desse assunto (competência) em tópico próprio, oportunidade na qual demonstramos que a Controladoria-Geral da União tem competência para a presente apuração.

60. Devido a isso, não faremos comentários adicionais.

6º) ARGUMENTO DA DEFESA: Extinção da punibilidade dos fatos pelo advento da prescrição

- **EXAME DA COMISSÃO PROCESSANTE:** *...As condutas analisadas consubstanciam-se em fraudes à licitação e pagamento de propina por um grupo de empresas que se reuniu para eliminar concorrência e obter vantagens indevidas em uma série de licitações e contratos firmados pela VALEC, no período de 2003 a 2011, pelo menos... os fatos abordados são objeto de persecução criminal, de forma que os representantes das empresas já denunciadas, em razão de sua participação nos ilícitos, tiveram a sua conduta enquadrada nos artigos:*

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

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

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

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

*...Segundo a denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal (MPF), o cartel foi praticado de forma continuada e experimentou três fases distintas ao longo do tempo: a fase inicial (até 2002), a fase de consolidação (de 2003 até 2007) e a fase de ampliação (2008 a 2011), quando ocorreram as últimas licitações, e, ainda, não se teria verificado a cessação de sua permanência, porquanto boa parte dos contratos e respectivos termos aditivos ainda está em vigor e sendo executada (trato sucessivo). Consignou ainda que o caráter permanente do crime de cartel foi reconhecido pelo TJ/SP no caso do cartel dos trens da linha 2 do metrô de São Paulo (MS nº 2066168-62.2014.8.26.0000)... considerando que o presente caso envolve situações ocorridas na fase de consolidação e ampliação, ou seja, entre 2003 a 2011, pelo menos, eventual prescrição de pretensão punitiva estatal, de acordo com o art. 109, II do Código Penal, somente se daria 16 anos após a cessação da permanência delitiva, de forma que, a princípio, mantém-se a possibilidade de apuração e sancionamento dos fatos narrados acima... Assim, para o cômputo do prazo prescricional, devem ser consideradas as condutas praticadas ao longo das duas fases identificadas acima... Afastadas, assim, as alegações da empresa, pois não se esgotou o prazo para que a Administração possa apurar os fatos e, eventualmente, aplicar sanção à empresa... (**SAPIENS** – Item nº 4 – Volume 1 / páginas 20-22; **SEI** – Pasta IV / Documento nº 20-2208401).*

61. Fizemos o exame dessa matéria (prescrição) em tópico próprio, oportunidade na qual concluímos que **a extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição ficará caracterizada a partir do dia 8 de junho de 2032.**

62. Dessa forma, em consonância com as conclusões da Comissão Processante, entendemos que o argumento da indiciada não merece prosperar.

7º) ARGUMENTO DA DEFESA: Incongruências e contradições entre as declarações dos colaboradores

- **EXAME DA COMISSÃO PROCESSANTE:** *...uma leitura cuidadosa e sistemática dos termos de colaboração juntados aos autos é suficiente para afastar a argumentação trazida pela defesa neste tópico... a sede da BARBOSA MELLO em Brasília é citada como sendo um dos locais onde as empresas do cartel se reuniam para tratar das licitações... o Sr. Alfredo Moreira Filho, em depoimento prestado perante a CPAR, não negou a existência de reuniões na sede da BARBOSA MELLO e de outras empresas, mas afirmou que tais reuniões não eram do cartel, e, sim, para tratar de assuntos de infraestrutura de transporte, inclusive formas de buscar viabilização de recursos para esse tipo de obra... conforme narrado na denúncia relativa à operação “O Recebedor” (SEI nº 1519651, [7], p. 17/18), com as licitações realizadas em 2010 e 2011, inaugurou-se a fase de ampliação do cartel, na qual houve uma mudança de sistemática, com a atuação direta do então presidente da VALEC, do José Francisco das Neves (Juquinha), que assumiu papel de ainda maior destaque na empreitada criminoso, cabendo-lhe, inclusive, arbitrar o arranjo dos consórcios, designar o lote com que cada consórcio ou empreiteira seria contemplado, bem como garantir que nenhuma empreiteira “furasse” o acordo de cartelização... Assim, mais “do que homologar os resultados das licitações, aprovar e assinar os contratos superfaturados e proveniente de fraudes à licitação, JUQUINHA assumiu o papel de garante do cartel”... Em decorrência da maior participação do Juquinha no esquema criminoso, as empresas participantes do cartel passaram a ficar limitadas pelas decisões da diretoria da VALEC. A despeito disso, as empresas do cartel mantinham influência nos certames e, no caso específico das licitações nº 004/2010 e 005/2010, houve um acerto de que o acordo celebrado entre as empresas do cartel só seria mantido se os dois certames ocorressem de forma simultânea, o que foi materializado... a CPAR entende que não há as incongruências e contradições apontadas pela defesa, razão pela qual os argumentos não são aceitos... (**SAPIENS** – Item nº 4 – Volume 1 / páginas 22-24; **SEI** – Pasta IV / Documento nº 20-2208401).*

63. É certo que havia um cartel entre diversas empresas, sendo que cada uma assumiu um papel específico em cada procedimento licitatório. Daí, consideramos normal a emissão de declarações distintas, por tratarem de ângulos diferentes dos mesmos fatos. Mas isso não quer dizer que houve contradições ou incongruências.

64. Em nosso exame, ficamos convencidos de que todas as envolvidas tiveram certa participação no esquema, que se mostrou bastante complexo e envolveu diversos procedimentos licitatórios. Por isso, cada colaborador prestou informações levando em consideração os fatos relacionados à conduta da empresa à qual estava vinculado.

65. Ressaltamos que nossas convicções decorreram de um exame conjunto e sistemático dos elementos de prova disponíveis nos autos, motivo pelo qual entendemos que as conclusões da Comissão de Processo Administrativo de Responsabilização – CPAR são indiscutíveis, por estarem amparadas no farto conjunto probatório coletado durante a fase instrutória.

8º) ARGUMENTO DA DEFESA: Ausência de responsabilidade da empresa Construtora Barbosa Mello

- **EXAME DA COMISSÃO PROCESSANTE:** *...Inicialmente cumpre destacar que não houve, por parte desta CPAR, reconhecimento de que não teria havido “qualquer pagamento por parte da BARBOSA MELLO às empresas envolvidas no esquema em análise”. O que está registrado no Termo de Indiciação é que não foi “possível verificar informações sobre pagamento da BARBOSA MELLO a alguma das três pessoas jurídicas que funcionavam como intermediárias no pagamento de vantagens indevidas”, a saber: HELI DOURADO, EVOLUÇÃO e ELCCON... Nem tampouco se mencionou no Termo de Indiciação a questão de responsabilidade solidária em decorrência de atos ilícitos praticados por representantes da Andrade Gutierrez, enquanto empresa líder do consórcio vencedor do Lote 04 (e habilitado em outros 3 lotes) da licitação nº 005/2010... Ainda que a CPAR não tenha se manifestado a respeito do assunto, curioso observar, no entanto, que é o próprio Termo de Constituição do Consórcio, trazido pela defesa, que dispõe no sentido de as consorciadas serem “individual e solidariamente responsáveis [...] pelos atos praticados por qualquer uma delas” (SEI nº 1720128, p. 428 a 434)... Nada obstante, tem-se que a indicição não se baseia exclusivamente no pagamento de vantagens indevidas, como quer fazer crer a defesa. Além da questão do pagamento de vantagens indevidas, a BARBOSA MELLO foi indiciada “por frustrar o caráter competitivo da licitação, mediante a combinação de preços para o lote vencedor e apresentação de propostas de cobertura para os demais lotes”, o que teria ocorrido em mais de um certame licitatório... (SAPIENS – Item nº 4 – Volume 1 / páginas 24-25; SEI – Pasta IV / Documento nº 20-2208401).*

66. Como a indiciada fazia parte do esquema fraudulento, não há como fugir da responsabilidade e das consequências pelos atos praticados e devidamente demonstrados.

67. Como bem destacado no Relatório Final, o indiciamento não se baseou “exclusivamente no pagamento de vantagens indevidas”, mas, sim, por ter frustrado “o caráter competitivo da licitação, mediante a combinação de preços para o lote vencedor e apresentação de propostas de cobertura para os demais lotes”.

68. Vale lembrar que há fortes indícios de que ela tenha participado do pagamento de vantagens indevidas, mas não há provas suficientes a esse respeito.

69. Como dissemos anteriormente, cada empresa envolvida praticou atos distintos, buscando a obtenção dos resultados objetivados pelo grupo nos correspondentes procedimentos licitatórios.

70. Portanto, somente foram imputadas à indiciada irregularidades devidamente demonstradas no farto material probatório coletado na fase de instrução probatória.

71. Em razão disso, em consonância com a Comissão de Processo Administrativo de Responsabilização – CPAR, entendemos que o argumento é improcedente.

9º) ARGUMENTO DA DEFESA: Regular participação nos certames 008/2004 e 001/2007

- **EXAME DA COMISSÃO PROCESSANTE:** *...A respeito da Concorrência nº 008/2004, concede-se o benefício da dúvida à defesa quanto ao exato momento do ingresso da BARBOSA MELLO no esquema orquestrado pelo cartel de empreiteiras, mas não há dúvidas quanto ao alinhamento. Para ficar em termo utilizado nos depoimentos dos colaboradores, a BARBOSA MELLO foi “cooptada”...*

...Ante o exposto, é possível admitir que a BARBOSA MELLO, antes da divulgação dos resultados de habilitação, não fizesse parte do cartel e fosse considerada por este como sendo uma “nova empresa entrante”. Como a BARBOSA MELLO recorreu administrativa e judicialmente de sua inabilitação, conseguindo, inclusive, decisão favorável para participar da sessão de abertura das propostas, o cartel se organizou e convenceu a empresa a desistir do pleito “em razão da promessa de participação futura”. Nesse sentido, interessante observar a cronologia dos fatos:

a. 06/12/2015 – 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)

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)

c. 27/12/2005 – publicação do julgamento dos recursos impetrados e manutenção das inabilitações; (SEI nº 1720128, p. 106)

d. 11/01/2006 – interposição de agravo de instrumento junto ao TRF-1 (SEI nº 1720128, p. 130)

e. 12/01/2006 – adiada para o dia 02/02/2006 a sessão para abertura dos envelopes das propostas; (SEI nº 1720128, p. 109)

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)

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)

h. 09/02/2006 – BARBOSA MELLO apresenta petições nas respectivas ações judiciais comunicando a desistência dos pleitos (SEI nº 1720128, p. 135)

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)

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)

...Chama a atenção o fato de a BARBOSA MELLO desistir das ações judiciais exatamente no momento em que havia conseguido decisão judicial liminar favorável a sua habilitação para participar da sessão de abertura das propostas.

...Interessante também observar que, a cada decisão desfavorável, a VALEC adiava a sessão, a qual só foi realizada após a desistência formal por parte da BARBOSA MELLO... Ora, como é possível constatar, tudo conforme delineado no mencionado depoimento do Rodrigo Lopes e que apontam no sentido de que a BARBOSA MELLO, se não participou desde o início das negociações para fraudar a concorrência nº 008/2004, foi claramente “cooptada” pelas empresas que compunham o cartel desde o início... Quanto aos argumentos de que a renúncia a continuar participando do certame se deu “em razão de outras circunstâncias fáticas, já que a empresa acabou celebrando outros contratos, por exemplo, com a VALE, Prefeitura de Betim e Departamento de Estradas e Rodagens de Minas Gerais [...], que acabaram demandando muito de sua estrutura, inviabilizando a assunção simultânea das obras também da FNS”, estes, com o devido respeito, não se sustentam... Para contestar os argumentos é preciso ter em mente que, conforme destacado acima, a desistência das ações judiciais impetradas em favor da VALEC ocorreu 08/02/2006. Isto posto, tem-se que:

a. o contrato celebrado com a então Companhia Vale do Rio Doce (CVRD) foi assinado em 17/01/2006, portanto em data anterior a impetração do aludido Mandado de Segurança, através do qual solicitava o direito de participar da sessão de abertura das propostas; (SEI nº 1720128, p. 137-157)

b. a celebração do contrato firmado com o Departamento de Estradas e Rodagem do Estado de Minas Gerais (DER/MG) ocorreu em 20/10/2005, ou seja, antes mesmo da interposição do Recurso Administrativo Hierárquico que questionou a inabilitação da BARBOSA MELLO, datado de 14/12/05; e (SEI 1720128, p. 158-170)

c. a contratação da BARBOSA MELLO pela Prefeitura Municipal de Betim/MG se deu apenas em 03/03/2006. (SEI nº 1720128, p. 171- 202)

...Ora, se, conforme alegado, as obras contratadas iriam propiciar conflitos com as obras da FNS, não haveria, em tese, motivos para insistir com os recursos administrativos e judiciais. De outro lado, carece de maiores explicações o fato de que a BARBOSA MELLO teria desistido de continuar participando do certame antes mesmo de o contrato com a Prefeitura de Betim ser assinado... Deve-se pontuar também que nenhuma das três obras citadas (terraaplanagem, construção de estrada e saneamento) se assemelha ao objeto licitado pela VALEC... Além disso, a defesa juntou aos autos (SEI nº 1720128, p. 303 a 311) contrato celebrado entre o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transporte (DNIT) e o consórcio formado pelas empresas Queiroz Galvão (líder), Norberto Odebrecht, Andrade Gutierrez e BARBOSA MELLO, em 19/10/2006... Ainda que não haja outros indícios, considerando que todas as empresas consorciadas faziam parte do cartel que atuava nas licitações da VALEC, bem como a data da celebração do contrato, difícil não se lembrar da passagem acima transcrita: “QUE a CNO [Odebrecht] procurou a BARBOSA MELO que desistiu em razão da promessa de participação futura”... Nessa linha, imperioso relatar que o Sr. Alfredo Moreira Filho – representante da BARBOSA MELLO nas licitações da VALEC e um dos subscritores do aludido contrato –, em depoimento prestado perante a CPAR, afirmou inexistir qualquer relação entre as obras do DNIT e da VALEC... No tocante à Concorrência nº 001/2007, o simples fato de a BARBOSA MELLO ter questionado os termos do edital não deve ser entendido como um “álibi” no sentido de que não estava alinhada ao cartel. É preciso que se diga que tudo era combinado para dar um caráter de normalidade ao certame. Havia, inclusive, preocupação em demonstrar aparente concorrência entre as empresas participantes da conduta, até mesmo em licitações diferentes: (SEI nº 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).

... Nessa mesma linha, cite-se outro exemplo de situação que demonstra a preocupação das empresas com a aparência de legalidade dos atos: na disputa do lote 7 da Concorrência nº 008/2004, as empresas Galvão Engenharia e Mendes Junior, reconhecidamente sem acervo, participaram como alinhadas ao cartel e se dispuseram a apresentar propostas sabendo de sua futura inabilitação; de fato, foram inabilitadas e recorreram da decisão que as inabilitaram, mas a decisão foi mantida pela Comissão de Licitação (SEI nº 1519651, [01], p. 85-86). Não custa lembrar ainda que, tal como a BARBOSA MELLO, a Galvão Engenharia também recorreu administrativamente da decisão da Comissão que a inabilitou no lote 6... Conforme se pode

observar, a interposição de recursos administrativos e/ou judiciais não pode e não deve ser interpretada automaticamente como sendo um elemento a atestar o não alinhamento com o cartel... Além disso, tal qual a BARBOSA MELLO, as empresas Galvão Engenharia e Mendes Junior também não venceram nenhum dos lotes licitados. Isso, no entanto, não significa dizer que não tenham tido participação nas fraudes perpetradas em desfavor da Administração Pública... Quanto à alegação de que a informação prestada pelo colaborador Rodrigo Ferreira Lopes no sentido de que a BARBOSA MELLO “foi cooptada pela CNO” seria um “testemunho de ouvi dizer”, novamente pede-se licença para discordar, uma vez que a situação fática não se amolda, por exemplo, aos ensinamentos do autor Helio Tornaghi, invocados pela defesa, no sentido de que a testemunha “que depusesse para dizer o que lhe constou, o que ouviu, **sem apontar seus informantes**, não deveria ser levada em conta”. (destacou-se)... Além disso, seguindo a lição de Vicenzo Manzini, igualmente trazida pela defesa, “os depoimentos por ouvir dizer não têm caráter de prova testemunhal, **mas podem** considerar-se somente como **elementos não seguros de informação, com base nas quais** [sic] se pode eventualmente **chegar à prova verdadeiramente testemunhal**”. (grifou-se)... Ora, no próprio trecho transcrito pela defesa consta que a informação foi repassada pelo sr. Pedro Leão (Pedro Augusto Carneiro Leão Neto), então representante da empresa Odebrecht nas reuniões do cartel, o qual também se tornou colaborador no âmbito do Acordo de Leniência firmado com a CGU

...Assim, pontuando que os elementos que compõem o conjunto probatório não podem, e não devem, ser analisados de forma isolada e assistemática, tem-se que o conjunto probatório constante dos autos é apto a rechaçar a alegação de que a informação de que a BARBOSA MELLO “foi cooptada pela CNO e negociou a posição” seria um mero “testemunho de ouvi dizer”... Com base no disposto, são refutados os argumentos de que a participação nos certames 008/2004 e 001/2007 se deu de forma regular... (**SAPIENS** – Item nº 4 – Volume 1 / páginas 25-31; **SEI** – Pasta IV / Documento nº 20-2208401).

72. Estamos de acordo com os esclarecimentos prestados pela Comissão Processante, no sentido de que não procedem os argumentos apresentados pela indiciada em relação à alegada participação regular “nos certames 008/2004 e 001/2007”.

73. Sobre a Concorrência nº 008/2004, as provas, examinadas de forma conjunta e sistemática, indicam 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.

74. Em relação à Concorrência nº 001/2007, o simples fato de ter questionado os termos do edital não deve ser entendido como sendo uma justificativa plausível no sentido de que não estava alinhada ao cartel.

75. Não restaram dúvidas de que tudo era combinado para dar um caráter de legalidade ao certame, tendo sido constatado que havia uma preocupação em demonstrar uma aparente concorrência entre as empresas participantes da conduta, até mesmo em licitações diferentes.

76. É importante destacar que, tal qual a indiciada, outras empresas também não venceram nenhum dos lotes licitados (Galvão Engenharia e Mendes Junior). Porém, isso não significa que não tenham participado das fraudes perpetradas em desfavor da Administração Pública.

77. Portanto, os argumentos da indiciada não merecem prosperar.

10º) ARGUMENTO DA DEFESA: No âmbito da licitação 005/2010 e do contrato posteriormente firmado com a VALEC cabe evidenciar que a conduta da BARBOSA MELLO foi notadamente regular e não guardou qualquer relação com os atos ilícitos supostamente praticados

- **EXAME DA COMISSÃO PROCESSANTE**: ...os elementos que compõem o conjunto probatório não podem, e não devem, ser analisados de forma isolada e assistemática... as licitações realizadas em 2010 e 2011 inauguraram a fase de ampliação do cartel, na qual houve uma mudança de sistemática, com a atuação direta do então presidente da VALEC, José Francisco das Neves (Juquinha), que assumiu papel de ainda maior destaque na empreitada criminosa, cabendo-lhe, inclusive, arbitrar o arranjo dos consórcios, designar o lote com que cada consórcio ou empreiteira seria contemplado, bem como garantir que nenhuma empreiteira “furasse” o acordo de cartelização... Assim, mais “do que homologar os resultados das licitações, aprovar e assinar os contratos superfaturados e proveniente de fraudes à licitação, JUQUINHA assumiu o papel de garante do cartel”... Em decorrência da maior participação do Juquinha no esquema criminoso, as empresas participantes do cartel passaram a ficar limitadas pelas decisões da diretoria da VALEC. A despeito disso, as empresas do cartel mantinham influência nos certames e, no caso específico das licitações nº 004/2010 e 005/2010, houve um acerto de que o acordo celebrado entre as empresas do cartel só seria mantido se os dois certames ocorressem de forma simultânea, o que foi materializado... a constatação de que os acordos de colaboração aqui mencionados foram regularmente firmados, o que pressupõe que a análise levada a termo pelos órgãos públicos envolvidos – na fase anterior à celebração do respectivo acordo – possibilitou comprovar a adequação ao disposto na legislação que disciplina a matéria. Ou seja, no caso em tela, os requisitos estabelecidos, a saber: i) a identificação dos envolvidos no esquema da VALEC e ii) as informações e documentos que comprovaram – e/ou subsidiaram a produção de material probatório – a prática dos respectivos atos ilícitos, foram devidamente atendidos pelas empresas celebrantes... Assim, dado todo o contexto, e partindo da premissa apresentada de que a BARBOSA MELLO e a Serveng foram apenas convidadas pela

Andrade Gutierrez para formação do consórcio, não haveria motivo pelo qual os dirigentes colaboradores declarariam que a formação do consórcio (ou dos consórcios) foi uma imposição da VALEC – e dos políticos que “comandavam” a estatal. De igual forma, não se vislumbra a razão que teria levado os dirigentes da Andrade Gutierrez, líder do consórcio, a admitirem algo que, segundo a defesa, não teria ocorrido, quando seria bem mais fácil (e benéfico) dizerem que simplesmente convidaram as duas empresas para fins de formação do consórcio... Nesse rumo, chama a atenção o fato de as empresas Andrade Gutierrez, BARBOSA MELLO e Serveng firmarem um “Termo de Compromisso de Constituição de Consórcio”, em 07/07/2010 (SEI nº 1720128, p. 428), para participar de certame cujo aviso de licitação só foi publicado em 16/07/2010. Em depoimento prestado perante esta CPAR, o Sr. Alfredo Moreira afirmou que “a formação de consórcios, normalmente, é realizada após o lançamento do edital”, “após o edital estar na ‘rua’”, e que o aludido termo de compromisso, assinado, só é exigido na fase de habilitação dos licitantes... 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... a BARBOSA MELLO e a Serveng, elencadas pelo depoente entre aquelas empresas de menor porte, formaram um consórcio com a Andrade Gutierrez para participar dos referidos certames licitatórios... (SAPIENS – Item nº 4 – Volume 1 / páginas 31-35; SEI – Pasta IV / Documento nº 20-2208401).

78. Examinando, de forma conjunta e sistemática, os depoimentos mencionados no Relatório Final, mais uma vez, 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.

79. 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.

80. Além disso, as informações e os documentos apresentados contribuíram para a demonstração da prática das irregularidades em questão.

81. Dessa forma, com base nas provas disponíveis nos autos e em consonância com as conclusões da Comissão Processante, entendemos que o argumento da indiciada não se sustenta.

82. Superados todos os pontos constantes na defesa escrita apresentada pela Construtora Barbosa Mello S/A, CNPJ 17.185.786/0001-61, passamos ao **exame realizado no âmbito da Corregedoria-Geral da União da Controladoria-Geral da União.**

83. Devidamente intimada a respeito das conclusões da Comissão de Processo Administrativo de Responsabilização – CPAR, no dia 22 de dezembro de 2021, a indiciada apresentou “MANIFESTAÇÃO SOBRE O RELATÓRIO FINAL”, na qual insistiu nos argumentos apresentados anteriormente (SAPIENS – Item nº 5 – Volume 1 / páginas 5, 11 e 13-40; SEI – Pasta V / Documento nº 4-2213483, Documento nº 8-2216488 e Documento nº 10-2224374).

84. Por meio da Nota Técnica nº 223/2022/COREP-ACESSO RESTRITO/COREP/CRG, de 17 de março de 2022, a Coordenação-Geral de Instrução e Julgamento de Entes Privados – COREP atestou a regularidade processual e concordou com as conclusões da Comissão de Processo Administrativo de Responsabilização – CPAR, destacando que *...as colaborações premiadas em que se baseiam o trabalho da CPAR observaram o contido nos incisos I e II do art. 4º da Lei nº 12.850/2013, pois identificam precisamente todas as empresas participantes do esquema ilegal que ocorreu na VALEC, demonstrando a estrutura de hierarquia, a divisão de tarefas e a participação destas empresas no cartel. Destaque-se que operações policiais que trouxeram provas ao presente processo foram todas autorizadas pela justiça, observando na íntegra as disposições legais aplicáveis à matéria. Portanto, não merece ser acolhida a manifestação da defesa em relação a esse tópico... em que pese não ser possível precisar o dia e a hora da entrada da empresa no cartel, resta comprovada sua participação e alinhamento a este ao longo do tempo de formação e consolidação do referido cartel... a alegação da empresa de que não há “...indícios mínimos da participação da CBM nos fatos e da existência de elementos que evidenciam a regularidade da sua participação nas licitações” não merece ser acolhida, uma vez que há todo um conjunto probatório formado de fortes indícios que permitem afirmar sobre a participação da CBM no cartel, o que foi devidamente analisado e colocado pela CPAR no seu Relatório Final e ao longo de todo o processo... se fosse aplicável este entendimento da defesa no sentido de que os artigos mencionados (87 e 88 da Lei nº 8.666/93) tratam apenas de sanções e não de condutas sancionadas, na hipótese de um fornecedor deixar de executar total ou parcialmente um contrato celebrado com a Administração, o suposto fornecedor também não poderia ser sancionado, uma vez que, segundo a defesa, o art. 87 trata de sanção e não de conduta a ser sancionada... No mesmo sentido, os atos ilícitos mencionados no art. 88 inciso III também não poderiam ser sancionados, o que certamente não condiz com o intuito do legislador... a jurisprudência é pacífica no sentido de admitir a prova compartilhada, desde que se oportunize contraditório à pessoa acusada quando o processo de origem não tiver identidade das partes... o essencial é o respeito ao contraditório e, não, a identidade subjetiva das duas demandas... a acusada teve acesso a todas as provas e aos argumentos trazidos pela CPAR nos termos de indicição e do relatório Final, podendo refutá-los, como de fato o fez, quando da apresentação de Defesa Escrita (SEI 1720128) e de manifestação a respeito de provas produzidas e/ou juntadas no curso do processo (SEI 1996566 e 2199413) e também agora, nas suas alegações finais... Estando comprovado o pleno exercício do contraditório, cabe a prova emprestada no presente processo... Em respeito ao contraditório e ao sigilo sobre processos relativos a outras empresas, fora mostrado à Barbosa Mello o trecho da documentação solicitada que trata das obras que lhe compete, deixando de mostrar apenas os trechos que versam sobre outras empresas e que ainda são objeto de investigação... Todos os documentos utilizados para fundamentar a decisão da CPAR foram juntados ao processo na forma em que foram recebidos dos órgãos que os compartilharam. Assim, não há fundamento para as alegações sobre conclusões obtidas a partir de documentos não incluídos nos autos ou não disponibilizados, uma vez que a CPAR disponibilizou todos os documentos pertinentes ao caso em tela, necessários e suficientes para a formação de sua convicção sobre a Barbosa Mello... Considerando que todos os argumentos alegados pela defesa em sua postulação final já foram apreciados e não aceitos pelas razões fáticas e de direito detalhadas em pontos específicos da presente Nota Técnica, conclui-se que não cabe à defesa razões para acolhimento de seus pedidos finais... (SAPIENS – Item nº 5 – Volume 1 / páginas 46-56; SEI – Pasta V / Documento nº 13-2265290).*

85. Mantendo o que dissemos anteriormente, estamos de acordo com tais apontamentos, pois o farto material probatório

constante nos autos não deixa dúvidas de que a indiciada praticou ato lesivo contra a Administração Pública ao frustrar o caráter competitivo de licitações realizadas no âmbito da VALEC Engenharia, Construções e Ferrovias S/A, “mediante a combinação de preços para o lote vencedor e apresentação de propostas de cobertura para os demais lotes”.

86. Assim, não há dúvidas de que a empresa CONSTRUTORA BARBOSA MELLO S.A., CNPJ 17.185.786/0001-61, praticou irregularidades de natureza grave, correspondentes os atos lesivos contidos nos incisos II e III do artigo 88 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

87. Como consequência, tendo em vista a gravidade e a natureza das infrações, com fundamento no artigo 87, inciso IV, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, entendemos ser cabível a aplicação da pena de **declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública**. Eis a transcrição desses dispositivos legais:

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

[...]

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior;

[...]

Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:

[...]

II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

III - CONCLUSÃO

88. Diante do exposto, com base nos princípios da legalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, considerando que a empresa CONSTRUTORA BARBOSA MELLO S.A., CNPJ 17.185.786/0001-61, praticou irregularidades de natureza grave (frustrou o caráter competitivo de licitações realizadas no âmbito da VALEC Engenharia, Construções e Ferrovias S/A, “mediante a combinação de preços para o lote vencedor” e apresentou “propostas de cobertura para os demais lotes”), sugerimos a aplicação da penalidade de **declaração de inidoneidade** para licitar ou contratar com a Administração Pública, com fundamento no artigo 87, inciso IV, 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, até que conclua processo de reabilitação, no qual deverá 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.

89. Seguindo proposta constante no Relatório Final da Comissão de Processo Administrativo de Responsabilização – CPAR, recomendamos o envio de expediente dando conhecimento ao Ministério Público e à Advocacia-Geral da União para análise quanto à pertinência da responsabilização judicial da pessoa jurídica.

90. Tendo em vista a existência de Tomadas de Contas Especiais em curso envolvendo a VALEC Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. e dezenas de outras empresas, sugerimos o envio de cópia dos autos ao Tribunal de Contas da União – TCU para ciência e adoção das medidas reputadas necessárias.

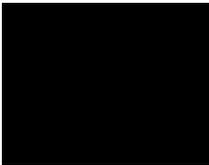
91. Finalmente, para fins dos encaminhamentos previstos no Capítulo VI e tendo em vista a previsão contida no artigo 6º, § 3º, da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, a Comissão de Processo Administrativo de Responsabilização – CPAR destacou que, “considerados os aspectos envolvidos na atuação do cartel em vários procedimentos licitatórios, não foi possível identificar elementos para quantificação valores de forma isolada para este caso”.

92. É o parecer. À apreciação superior.

Brasília, 12 de agosto de 2022.

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

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 [REDACTED]



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 [REDACTED] e chave de acesso [REDACTED] 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: 12-08-2022 09:03. Número de Série: 77218269410488336199396275606. 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. 00454/2022/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, pelos seus fundamentos fáticos e jurídicos, o **PARECER n. 00273/2022/CONJUR-CGU/CGU/AGU**, da lavra do Advogado da União JUCIMAR COIMBRA DE OLIVEIRA, que analisou Processo Administrativo de Responsabilização - PAR instaurado com o objetivo de apurar irregularidades imputadas à empresa Construtora Barbosa Mello S/A, CNPJ 17.185.786/0001-61.
2. Restou comprovado que a empresa CONSTRUTORA BARBOSA MELLO S.A., CNPJ 17.185.786/0001-61, praticou irregularidades de natureza grave (frustrou o caráter competitivo de licitações realizadas no âmbito da VALEC Engenharia, Construções e Ferrovias S/A, “mediante a combinação de preços para o lote vencedor” e apresentou “propostas de cobertura para os demais lotes”)
3. Assim, estou de acordo com o Parecer ora aprovado e com o Relatório Final da Comissão de Processo Administrativo de Responsabilização – CPAR, e sugiro ao Sr. Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União a aplicação da penalidade de **declaração de inidoneidade** para licitar ou contratar com a Administração Pública, com fundamento no artigo 87, inciso IV, 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, até que conclua processo de reabilitação, no qual deverá 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.
4. Seguindo proposta constante no Relatório Final da Comissão de Processo Administrativo de Responsabilização – CPAR, recomendamos o envio de expediente dando conhecimento ao Ministério Público e à Advocacia-Geral da União para análise quanto à pertinência da responsabilização judicial da pessoa jurídica.
5. Tendo em vista a existência de Tomadas de Contas Especiais em curso envolvendo a VALEC Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. e dezenas de outras empresas, sugerimos o envio de cópia dos autos ao Tribunal de Contas da União – TCU para ciência e adoção das medidas reputadas necessárias.
6. À consideração Superior.

Brasília, 12 de agosto de 2022.

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 [REDACTED]



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 [REDACTED] e chave de acesso [REDACTED] 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: 12-08-2022 12:44. Número de Série: 77218269410488336199396275606. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.



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

DESPACHO n. 00456/2022/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 n. 454/2022/CONJUR-CGU/CGU/AGU**, o **PARECER n. 273/2022/CONJUR-CGU/CGU/AGU**.

2. Ao Protocolo, para trâmite via SEI ao Gabinete do Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União, acompanhado de minuta de decisão, e, após, ciência à CRG e publicação.

Brasília, 12 de agosto de 2022.

FELIPE DANTAS DE ARAÚJO
Consultor Jurídico

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 [REDACTED]



Documento assinado eletronicamente por FELIPE DANTAS DE ARAÚJO, 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 [REDACTED] e chave de acesso [REDACTED] no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): FELIPE DANTAS DE ARAÚJO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 12-08-2022 14:19. Número de Série: 77218269410488336199396275606. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.
