



CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

RELATÓRIO FINAL

Processo nº 00190.104186/2020-37

AO CORREGEDOR-GERAL DA UNIÃO

A Comissão de Processo Administrativo de Responsabilização (CPAR) designada pela Portaria Inaugural nº 1.293, de 05/06/2020, publicada no DOU nº 108, de 08/06/2020 (SEI nº 1518781), da lavra do Corregedor-Geral da União da Controladoria-Geral da União (CGU), vem apresentar **RELATÓRIO FINAL**, no qual recomenda a aplicação à sociedade empresária **Construtora Barbosa Mello S.A. (BARBOSA MELLO)**, inscrita no CNPJ/ME sob o nº 17.185.786/0001-61, da sanção de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública nos termos do art. 87, inciso IV, da Lei nº 8.666/93, por haver demonstrado não possuir idoneidade para contratar com a Administração por frustrar o caráter competitivo de licitações, mediante a combinação de preços para o lote vencedor e apresentação de propostas de cobertura para outros lotes licitados, incidindo, dessa forma, nos atos lesivos tipificados nos incisos II e III do artigo 88 da Lei 8.666/93, com base nas razões de fato e de direito a seguir explicitadas.

1 – BREVE HISTÓRICO

1. Em breve síntese, versa o presente processo acerca de ocorrência de ilícitos cometidos no âmbito de certames licitatórios abertos pela Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. (VALEC), os quais tinham como objetivo promover 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.
2. Para consecução dos ilícitos, 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. Nesse sentido, a confluência de indícios robustos presentes nos autos detalha a forma como as fraudes foram perpetradas.
3. Parte dos recursos decorrentes dos contratos com a VALEC foi submetida a operações de ocultação e dissimulação com vistas a ser utilizada para o pagamento de propina a dirigentes da VALEC – seja para prevenir interferências no funcionamento da associação de empresas, seja para obter de seus integrantes o apoio necessário ao desenvolvimento de suas atividades criminosas (por exemplo, direcionar editais, licitar obras com sobrepreço no orçamento, celebrar aditivos contratuais etc.) – os quais ainda anuíram com o pagamento dos serviços superfaturados.
4. A documentação e as informações obtidas a partir da celebração de acordos de cooperação premiada e de depoimentos prestados no âmbito de acordos de leniência correlatos fundamentaram as denúncias decorrentes das operações policiais “O Recebedor” e “Tabela Periódica”, em que foram investigados crimes de cartel, peculato, lavagem de dinheiro e corrupção nas licitações, contratações e execução das obras das FNS e da FIOL, caracterizados pela simulação de competição, divisão de lotes, combinação de preços, eliminação da concorrência, superfaturamento e maximização de lucros, em licitações no mercado da construção ferroviária promovidas e ajustadas com a empresa pública VALEC, então presidida por José Francisco das Neves.
5. De acordo com a documentação dos autos, a BARBOSA MELLO, que nas reuniões para a negociação do acordo era representada pelo então Diretor Alfredo Moreira Filho, é citada como umas das empresas alinhadas ao cartel e que teria frustrado o caráter competitivo da licitação na fase de consolidação do

cartel (tendo, inclusive, sediado reuniões em seu endereço de Brasília), entre 2003 e 2007, bem como na fase de ampliação do cartel, em 2010, por meio de sua participação no Consórcio Andrade Gutierrez/BARBOSA MELLO/Serveng. Na Concorrência nº 08/2004 a empresa foi inabilitada no lote 06; na Concorrência nº 01/2007 foi inabilitada no lote 16 e na Concorrência nº 05/2010 foi vencedora do lote 04 e habilitada nos lotes 01, 02 e 05 por meio do aludido consórcio.

Concorrência nº 008/2004 lotes 01 a 07	Aviso de licitação publicado em 23/12/2004 e o resultado do julgamento das propostas ocorreu em 20/02 e 19/04/2006.
Barbosa Mello	Inabilitada no lote 06

Concorrência nº 001/2007 lotes 12 a 16	Aviso de licitação publicado em 19/03/2007 e o resultado do julgamento das propostas ocorreu em 10/12/2007.
Barbosa Mello	Inabilitada no lote 16

Concorrência nº 005/2010 lotes 01 a 07	Aviso de licitação publicado em 16/07/2010 e publicação do resultado em 01/10/2010.
Consórcio Andrade Gutierrez, Barbosa Mello e Serveng	Vencedor do lote 04 e habilitado nos lotes 01, 02 e 05

6. Noutra frente, as empresas envolvidas na fraude admitiram o estabelecimento de contratos de prestação de serviços fictícios com as pessoas jurídicas Heli Lopes Dourado Advogados Associados S.S. (HELI LOPES), Evolução Tecnologia e Planejamento (EVOLUÇÃO) e Elccom Engenharia Eireli (ELCCOM), apontando que os pagamentos feitos às referidas empresas pelas construtoras (ou executoras de obras das ferrovias citadas) tinham como único objetivo viabilizar o repasse de propina a agentes públicos.
7. Em que pese na documentação acostada aos autos não ter sido possível verificar informações sobre pagamento da BARBOSA MELLO a alguma das três pessoas jurídicas citadas, importa destacar que os mesmos documentos indicam que a BARBOSA MELLO participa das negociações desde a fase de consolidação do cartel – época em que o escritório da empresa em Brasília serviu de local para as reuniões do grupo –, inclusive tendo negociado sua posição com a Construtora Norberto Odebrecht S.A. (“CNO”) na concorrência de 2004, provavelmente em troca de vantagem posterior, o que de fato ocorreu, mediante sua indicação para se consorciar com as construtoras Andrade Gutierrez e Serveng, vencendo, assim, o Lote 04 da Concorrência nº 05/2010.
8. Ademais, a empresa líder do consórcio, Andrade Gutierrez, confessou a participação no cartel e o pagamento de propina, conforme resta demonstrado nos vultuosos pagamentos realizados às empresas HELI LOPES, EVOLUÇÃO e ELCCOM, nos anos de 2010, 2011 e 2012, período em que o consórcio Andrade Gutierrez/BARBOSA MELLO/Serveng sagrou-se vencedor do Lote 04 da Concorrência nº 005/2010.

2 - RELATO

- Inicialmente, em 08/06/2020 o PAR foi instaurado. (SEI nº 1518781)
- Em 09/06/2020, a CPAR se instalou e iniciou os trabalhos. (SEI nº 1520203)
- Em 14/09/2020, a CPAR indiciou a empresa BARBOSA MELLO. (SEI nº 1638078)
- Em 07/10/2020, a BARBOSA MELLO solicitou dilação de prazo para apresentação da Defesa Escrita. (SEI nº 1670924)
- Em 08/10/2020, a CPAR deferiu o pedido de dilação de prazo. (SEI nº 1671107)

- Em 13/11/2020, a BARBOSA MELLO apresentou a defesa escrita. (SEI nº 1720128)
- Em 07/12/2020, o prazo assinado para conclusão dos trabalhos da CPAR foi prorrogado por 180 dias. (SEI nº 1748677)
- Em 10/02/2021, a CPAR intimou a testemunha indicada pela defesa. (SEI nº 1828584, 1828612 e 1828638)
- Em 22/02/2021, a defesa apresentou cópia de AGE da BARBOSA MELLO e nova procuração. (SEI nº 1839219 e 1839234)
- Em 22/02/2021, a CPAR deliberou, entre outros, adiar o depoimento da testemunha indicada pela defesa. (SEI nº 1839242, 1839264 e 1839292)
- Em 22/02/2021, a CPAR intimou a defesa a especificar a prova documental suplementar que pretende produzir e informar dados relativos à testemunha arrolada. (SEI nº 1839319)
- Em 26/02/2021, houve substituição de um dos membros da CPAR. (SEI nº 1846691)
- Em 04/03/2021, a defesa apresentou os dados relativos à testemunha arrolada e informou que não possuía, naquela data, prova documental a apresentar. (SEI nº 1855965)
- Em 20/05/2021, o sr. Alfredo Moreira Filho foi ouvido na condição de informante (SEI nº 1956990 a 1963684)
- Em 31/05/2021, a defesa foi intimada a se manifestar sobre a prova oral juntada aos autos. (SEI nº 1969089)
- Em 07/06/2021, a CPAR foi reconduzida, sendo estabelecido o prazo de 180 dias para conclusão dos trabalhos de apuração (SEI nº 1976413), bem como a defesa solicitou a devolução de prazo para apresentar manifestação. (SEI nº 1977826)
- Em 10/06/2021, a CPAR devolveu o prazo de 10 dias para a defesa apresentar manifestação. (SEI nº 1983145)
- Em 21/06/2021, a BARBOSA MELLO apresentou manifestação a respeito da prova oral juntada. (SEI nº 1996566)
- Em 21/10/2021, a defesa foi intimada a se manifestar sobre a documentação autuada no Processo SEI nº 00190.107226/2021-83. (SEI nº 2149749)
- Em 22/10/2021, a defesa requereu a concessão de prazo adicional de 30 (trinta) dias para a manifestação acerca dos elementos juntados no processo nº 00190.107226/2021-83. (SEI nº 2153356)
- Em 25/10/2021, a CPAR deferiu a dilação de prazo para apresentação da manifestação. (SEI nº 2153473)
- Em 02/12/2021, a BARBOSA MELLO apresentou manifestação a respeito da documentação juntada no Processo nº 00190.107226/2021-83. (SEI nº 2199413)
- Em 06/12/2021, o prazo assinado para conclusão dos trabalhos da CPAR foi prorrogado por 180 dias. (SEI nº 2202980)

3 – INSTRUÇÃO

9. A CPAR recebeu os autos instruídos com farta documentação comprobatória, bem como produziu provas de ofício e a requerimento da sociedade empresária BARBOSA MELLO, a saber:
 - a. Processo SEI nº 00190.103644/2020-11 (SEI nº 1519651)
 - b. Termos de colaboração celebrados por prepostos da Construtora Norberto Odebrecht (SEI nº 1519651, [02], arquivo “Termos Odebrecht”)
 - c. Trechos do Acordo de Leniência nº 02/2016 – Cade e CCCC, que fazem menção à BARBOSA MELLO (SEI nº 1519651, [03])
 - d. Trechos de termos de colaboração prestadas por executivos da Andrade Gutierrez e Camargo Corrêa junto ao MPF (SEI nº 1519651, [02], pasta “Trecho Colaborações CCCC, Ag e CNO”)
 - e. Laudo de Perícia Criminal Federal nº 268/2018/DITEC/PF (SEI nº 1519651, [04])
 - f. Laudo de Perícia Criminal Federal nº 637/2018-INC/DITEC/PF (SEI nº 1519651, [03])
 - g. Informação nº 987/2018 DELECOR/SR/PF/GO (SEI 1519651, [05])

- h. Trechos do Anexo II do Acordo de Leniência firmado entre as pessoas jurídicas do Grupo Econômico Odebrecht (exceto a Braskem S/A), a CGU e a Advocacia-Geral da União (AGU): (SEI nº 1519651, [06])
- i. Documentos juntados pela defesa (SEI nº 1720128, p. 73/435)
- j. Gravação em áudio e vídeo da oitiva do sr. Alfredo Moreira Filho (SEI nº 1963680 a 1963684)
- k. Documentos referentes a inquéritos policiais e ações penais versando sobre fatos supostamente irregulares, tendo por ente lesado a VALEC (juntados ao Processo SEI nº 00190. 107226/2021-83, conforme informado em SEI nº 2149749):
 - i. Processo nº 111-33.2016.4.01.3500 – IPL nº 913/2015;
 - ii. Processo nº 12935-63.2012.4.01.3500;
 - iii. Processo nº 33351-86.2011.4.01.3500;
 - iv. Processo nº 42040.80.2015.4.01.3500 – IPL nº 913/2015;
 - v. Processo nº 17620-74.2016.4.3500;
 - vi. Processo nº 28412-63.2011.4.01.3500 - IPL nº 239/2011;
 - vii. Processo nº 15180-37.2018.4.01.3500 - IPL nº 239/2011;
 - viii. Processo nº 20592-17.2016.4.01.3500;
 - ix. Processo nº 25876-69.2017.4.01.3500 - IPL nº 643/2011;
 - x. Processo nº 000687.31.2013.4.01.3500;
 - xi. Processo nº 36193-97.2015.4.01.3500 – IPL nº 656/2011;
 - xii. Processo nº 17954-11.2016.4.01.3500;
 - xiii. Processo nº 24085-31.2018.4.01.3500;
 - xiv. Processo nº 27093-21.2015.4.01.3500; e
 - xv. Processo nº 38181-95.2011.4.01.3500 – IPL 560/2011.
- l. Depoimentos colhidos no âmbito dos Processos nº 17620-74.20164013500 e nº 20592-17.2016.4.01.3500 (SEI 2205794 a 2206253)

4 – INDICIAÇÃO, DEFESA E ANÁLISE

4.1 – Indiciação

- 10. Ainda em momento anterior à indicição, constatou-se que as confissões coincidentes e convergentes de prepostos das empresas Construtora Norberto Odebrecht S.A., Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A. e Andrade Gutierrez Investimentos em Engenharia S.A. sobre a existência de vício nos procedimentos licitatórios e de pagamento de vantagens indevidas a José Francisco das Neves por meio de contratos de prestação de serviços fictícios com as pessoas jurídicas HELI LOPES, EVOLUÇÃO e ELCCON, bem como as demais provas presentes nos autos, eram coerentes e apontavam no sentido de suposto cometimento de ilícitos pela empresa BARBOSA MELLO.
- 11. Em face disso, a CPAR indiciou a sociedade empresarial BARBOSA MELLO 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, bem como por ter efetuado pagamento de vantagens indevidas a agentes públicos para a empresa ser beneficiada em certame licitatório, valendo-se para tanto de pessoas jurídicas intermediárias.
- 12. A indicição teve por fundamento o fato de que as condutas ora atribuídas à empresa se enquadram nos atos lesivos tipificados nos incisos II e III do art. 88 da Lei nº 8.666/93, com base nas razões de fato e de direito a seguir explicitados.

4.2 – Defesa e Análise

- 13. A BARBOSA MELLO veio aos autos apresentar argumentos de defesa em três momentos distintos: na primeira vez apresentou a Defesa Escrita propriamente dita (SEI nº 1720128); na segunda ofereceu manifestação escrita a respeito da oitiva do Sr. Alfredo Moreira Filho (SEI nº 1996566) e na terceira

apresentou manifestação escrita acerca da documentação autuada no Processo SEI nº 00190.107226/2021-83 (inquéritos policiais e ações penais que versam sobre fatos ocorridos no âmbito da VALEC).

14. Para fins de exposição e respectiva análise, sempre que possível, o conteúdo das três peças citadas será unificado e resumido em apenas um tópico.
15. No tocante às respostas oferecidas pelo Sr. Alfredo Moreira, a defesa alega que estas confirmam o “que a CBM informara em sua Defesa, quanto à lisura da sua participação nos certames em apreço e quanto ao seu total desconhecimento quanto a eventual acordo anticompetitivo entre outras empresas que tenham participado do certame”.
16. Após apresentar seus argumentos, a defesa solicita, em resumo:
 - a. o arquivamento do PAR, em função da falta de condições para o seu prosseguimento, conforme matérias arguidas em preliminar;
 - b. sucessivamente, a declaração da prescrição da pretensão punitiva da Administração Pública;
 - c. no mérito, a improcedência do PAR, afastando-se quaisquer tipos de penalidades à empresa, especialmente a declaração de inidoneidade.

4.2.1. Análise do argumento 1 (ausência de indicação de provas mínimas)

Argumento

17. A defesa alega que o Termo de Indiciação não aponta quaisquer elementos de prova que comprovem a suposta participação da BARBOSA MELLO no alegado esquema no âmbito dos contratos da VALEC (Concorrências nº 008/2004, 001/2007 e 005/2010) e que a alegação de que a BARBOSA MELLO teria frustrado o caráter competitivo das licitações da VALEC se pauta em elementos meramente indiciários.
18. No que tange especificamente à BARBOSA MELLO, todos os apontamentos feitos pela CGU têm como fundamento única e exclusivamente acordos de leniência e delações premiadas, sem que tenham sido apresentados ou mesmo suscitados quaisquer outros elementos que corroborem os poucos e genéricos trechos em que a BARBOSA MELLO é citada como uma das empresas participantes do cartel no âmbito das licitações da VALEC.
19. Ou seja, todo o “arcabouço probatório” em que está ancorado o presente processo se resume a ilações, menções pontuais em extensas listas de supostas empresas integrantes do mencionado cartel e dizeres genéricos, o que não é suficiente sequer para dar início a um PAR.
20. A existência de acordos de colaboração com terceiros desprovidos de quaisquer outras provas externas para corroborá-los é insuficiente para que se instaure o PAR, motivo pelo qual deve o presente processo ser arquivado de plano.

Análise

21. Com o devido respeito, 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.
22. Conforme jurisprudência farta e pacífica do STF e do TCU, é perfeitamente possível a condenação somente com base em indícios, quando a infração é de tal natureza que deixa pouco ou nenhum vestígio probatório. A título ilustrativo, transcreve-se trecho de acórdão de referência:

6. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 68.006-MG, manifestou o entendimento de que “indícios vários e coincidentes são prova”. Tal entendimento vem sendo utilizado pelo Tribunal em diversas situações, como nos Acórdãos-Plenário nºs 113/95, 220/99 e 331/02. Há que verificar, portanto, no caso concreto, quais são os indícios e se eles são suficientes para constituir prova do que se alega. [...]

29. Assim, não se exige que haja prova técnica do conluio, até porque, como exposto na jurisprudência acima, “prova inequívoca de conluio entre licitantes é algo extremamente difícil de ser obtido”, visto que os licitantes fraudulentos sempre tentarão simular uma competição verdadeira. Não se pode, portanto, menosprezar a prova indiciária, quando existe no processo somatório de indícios que apontam na mesma

23. No mesmo sentido, cita-se trecho de precedente do STF sobre o tema:

3. A força instrutória dos indícios é bastante para a elucidação de fatos, podendo, inclusive, por si própria, o que não é apenas o caso dos autos, conduzir à prolação de decreto de índole condenatória quando não contrariados por contraindícios ou por prova direta. (HC 97.781-PR (1ª turma, relator ministro Marco Aurélio, publicação no DJ em 17/03/2014, original sem grifos).

24. 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”:

Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e

II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

25. Conforme documentado, 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.

26. 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.

27. 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.

28. 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, que são:

Art. 4º. O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

29. De imediato, é possível verificar que 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.

30. 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.

31. Importante registrar ainda que 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.

32. 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.
33. Ante o exposto, a CPAR não considera válidos os argumentos apresentados pela defesa no presente tópico.

4.2.2. Análise do argumento 2 (emprego de prova emprestada)

Argumento

34. As delações premiadas e acordos de leniências, além de não servirem por si só como elementos de prova para a instauração deste PAR, contém outro grave vício: por terem sido produzidos em outro processo, do qual a BARBOSA MELLO nunca participou, não atendem aos requisitos para que sejam considerados como “prova emprestada”.
35. Deve-se ressaltar que o empréstimo da prova deve observar a ampla defesa, tanto no processo de origem – do qual se importa a prova – quanto naquele para onde a prova é trasladada e tomada para fins de convencimento.
36. A CGU utiliza-se apenas de depoimentos colhidos no ambiente de colaboração de agentes que se reconheceram praticantes de ilícitos contra a Administração Pública. A colheita desse tipo de depoimento é precedida de questionamentos, audiências e outros expedientes cuja gênese têm a participação dos envolvidos ao longo da produção da prova.
37. Neste caso, o contraditório e a ampla defesa a serem exercidos pela BARBOSA MELLO estão fundamentalmente prejudicados, pois não é possível sanar o vício decorrente de ceifar a sua participação na colheita da prova.
38. A própria CGU está ciente da fragilidade dos elementos que subsidiaram a instauração do presente processo, tendo, por exemplo, sido sugerido na ocasião da Nota Técnica n. 1.628/2019 que deveriam ser solicitados esclarecimentos adicionais aos colaboradores, a fim de verificar a real conduta da empresa com base em outros elementos. (SEI nº 0720128, p. 15)

3.78. Diante do exposto, entendemos que a convergência dos citados depoimentos são fortes indicativos de que a Barbosa Mello agiu em conluio, fraudando a licitação, razão pela qual recomenda-se a instauração de PAR em face da referida empresa.

3.79. Contudo, antes da instauração, sugere-se sejam solicitados maiores esclarecimentos junto à Odebrecht sobre a participação da Barbosa Mello, conforme item 3.66, e ainda, a empresa Andrade Gutierrez, sobre o trecho do depoimento de seu funcionário Rodrigo Lopes, de QUE a CNO procurou a BARBOSA MELLO que desistiu em razão da promessa de participação futura

3.80. Oportuno, ainda, diligenciar junto ao Ministério Público, a fim de verificar a existência de novos elementos obtidos no curso do IPL 913/2015.

3.81. Ademais, considerando que a Andrade Gutierrez também celebrou acordo com a CGU, e que era a empresa líder do consórcio formado com a Barbosa Mello, vencedor do Lote 04 da Concorrência nº 05/2010, sugere-se a solicitação àquela empresa das seguintes informações:

- a) Quem informou ou como a Andrade Gutierrez ficou sabendo que deveria se consorciar com a Barbosa Mello para vencer a licitação?
- b) Os representantes da Barbosa Mello participaram dos acertos para a formação do consórcio e para a definição da vitória no certame?
- c) Quem eram os representantes de cada empresa no consórcio?
- d) As empresas que compunham o consórcio tinham conhecimento do cartel?
- e) Houve pagamento de vantagem indevida a agente público pelas empresas integrantes do consórcio que executou as obras do lote 4 da concorrência nº 4/2010?
- f) Como eram realizados o pagamento das vantagens indevidas supostamente pagas?
- g) Quem era o operador do pagamento dessas supostas vantagens?
- h) Quem era o recebedor do pagamento dessas supostas vantagens?
- i) Existem provas e documentos que corroborem quaisquer uma das respostas fornecidas aos questionamentos feitos acima?

39. Entretanto, ao editar a Nota Técnica n. 1.036/2020, foi suprimida a ponderação quanto à necessidade de se buscar novos elementos antes da instauração e, embora reconhecida a natureza meramente indiciária das delações e leniências, entendeu-se erroneamente que estas seriam suficientemente relevantes.

Análise

40. A defesa refuta a possibilidade de utilização de “prova emprestada”, no presente PAR, porque a BARBOSA MELLO não participou da produção da prova no processo originário, o que entende ser imprescindível para o exercício do contraditório e da ampla defesa.
41. Respeitosamente, o argumento não merece prosperar. 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, que registrou:

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

42. Desse modo, 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.
43. Ademais, 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:

9. Em vista das reconhecidas vantagens da prova emprestada no processo civil, é recomendável que essa seja utilizada sempre que possível, desde que se mantenha hígida a garantia do contraditório. No entanto, a prova emprestada não pode se restringir a processos em que figurem partes idênticas, sob pena de se reduzir excessivamente sua aplicabilidade, sem justificativa razoável para tanto. 10. Independentemente de haver identidade de partes, o contraditório é o requisito primordial para o aproveitamento da prova emprestada, de maneira que, assegurado às partes o contraditório sobre a prova, isto é, o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente, afigura-se válido o empréstimo. (ERESP nº 617.428/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 04/06/2014, grifo nosso).

44. No mesmo sentido, o Enunciado 30 da I Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF):

É admissível a prova emprestada, ainda que não haja identidade de partes, nos termos do art. 372 do CPC.

45. Outros doutrinadores, como Renato Brasileiro, preferem simplesmente restringir o uso do termo “prova emprestada” aos casos em que há identidade de partes; quando ela não existir, não haverá vedação ao uso, mas, sim, mera mudança terminológica:

Só se pode considerar como prova emprestada, portanto, aquela que foi produzida, no primeiro processo, perante aquele que terá que se sujeitar a seus efeitos no segundo, com a possibilidade de ter contado, naquele, com todos os meios possíveis de contrariá-la. [...] Logo, se a prova foi produzida em processo no qual o acusado não teve participação, não há falar em prova emprestada, e sim em mera prova documental. (LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 607).

46. Ou seja, quando a prova compartilhada não sofrer contraditório no processo de origem poderá, no máximo, ser considerada prova documental, mas, nunca, nula.
47. Além disso, nos termos do contido no item “2 – RELATO” deste relatório final, constata-se que no presente processo 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.
48. Cabe ainda frisar, que 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). A propósito, em sua defesa a BARBOSA MELLO assim se manifestou a respeito do seu direito de produzir provas:

194. Nesse sentido, a CBM registra seu interesse na produção de todas as provas ora especificadas e ressalva a possibilidade de requerer novas provas conforme se faça necessário a partir da evolução da instrução processual, em especial na hipótese de serem trazidos aos autos novos documentos ou imputações. (SEI nº 1720128)

49. Posteriormente, 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).

50. 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.
51. Apesar 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.
52. Por todas essas considerações, não subsistem motivos para alegação de violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, razão pela qual a comissão rejeita o argumento.

4.2.3. Análise do argumento 3 (ausência de enquadramento legal do ato lesivo)

Argumento

53. O inciso III do artigo 17 da IN CGU 13/2019 exige que o Termo de Indiciação contenha o enquadramento legal do ato lesivo imputado à pessoa jurídica processada. Entretanto, o Termo de Indiciação aqui discutido deixa de conferir enquadramento legal à suposta prática ilícita imputada e faz referência apenas ao envolvimento da BARBOSA MELLO na prática de condutas anticompetitivas no mercado de obras públicas de serviços de engenharia e construção com a finalidade de frustrar o caráter competitivo das concorrências conduzidas pela VALEC entre 2004 e 2010.
54. Nenhum dos dois artigos mencionados pelo Termo de Indiciação correspondem ao enquadramento legal do ato lesivo. Afinal, são artigos que tratam de sanções, e não das condutas sancionadas.
55. Também por esse motivo, diante de mais uma falha em observar a IN CGU 13/2019, requer que seja reconhecida a nulidade do Termo de Indiciação, por não cumprir com todos os requisitos normativos exigidos.

Análise

56. É preciso observar que o objetivo insculpido no citado inciso III do art. 88 é exatamente permitir a aplicação das sanções de “suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração” e de “declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública” não só ao contratado responsável “pela inexecução total ou parcial do contrato”, mas também ao participante que, no curso do procedimento licitatório ou da execução do contrato, pratique atos ilícitos, tais como fraudes, revelando seu caráter inidôneo.
57. Para esses casos, a Administração se vale dos remédios dispostos justamente nos incisos III e IV do art. 87 da Lei nº 8.666/1993.
58. O caput do art. 88 e o inciso III dispõem que:

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

[...]

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

59. Por sua vez, os incisos III e IV do referenciado art. 87 (“artigo anterior”) são lavrados nos seguintes termos:

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

[...]

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

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.

60. Observe-se que, 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.
61. Com as escusas de praxe, não pode ser essa a interpretação que o legislador quis aplicar à norma.
62. 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.
63. 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.
64. Assim, rejeita-se o argumento de que não houve enquadramento legal do ato lesivo.

4.2.4. Análise do argumento 4 (incompletude dos documentos disponibilizados)

Argumento

65. Os documentos que subsidiaram os apontamentos da CGU nem mesmo constam integralmente no processo, inviabilizando a análise adequada desses elementos e, conseqüentemente, impedindo a adequada compreensão do contexto em que estão inseridas, bem como o seu confronto com as demais informações constantes de seu inteiro teor.
66. Não houve a devida instrução dos autos com todos os elementos probatórios constantes do Procedimento Preliminar que deram origem ao presente processo – o que seria essencial para garantia do contraditório e da ampla defesa da empresa autuada. A CGU se valeu única e exclusivamente das passagens que, supostamente, poderiam corroborar, mesmo que sem nenhum respaldo probatório, os apontamentos feitos em face da BARBOSA MELLO.
67. Dessa forma, tem-se inegável prejuízo à defesa da BARBOSA MELLO e a insubsistência do presente PAR, que não conta com a instrução suficiente para sua instauração e tampouco para seu prosseguimento, sendo impositivo seu arquivamento ou, subsidiariamente, sua complementação com a íntegra dos documentos supracitados, para que a BARBOSA MELLO possa de fato analisar e compreender todo o contexto dos fatos que lhe são imputados e assim exercer seu direito de defesa.
68. Em complemento, a defesa apresentou, em 02/12/2021, manifestação nos seguintes termos (SEI nº 2199413 – destaque do original):

Como se observa, embora vasta documentação tenha sido juntada, **ainda não foi disponibilizado à CBM o acesso à íntegra do “Acordo de Leniência firmado entre a Odebrecht e a CGU – Anexo II”**, que também foi utilizado como “evidência” pela CGU da sua suposta participação da CBM nos fatos, e cujo acesso também foi requerido em sede de Defesa, já que apenas foi concedido acesso a um intervalo de 10 páginas, dentre as 834 páginas do documento. Assim, em relação a esse documento se mantém o que foi trazido na defesa quanto à incompletude da documentação trazida aos autos e aos prejuízos daí decorrentes ao adequado exercício da ampla defesa e do contraditório.

Análise

69. O argumento foi objeto de deliberação por parte da CPAR, oportunidade na qual informou-se à defesa (SEI nº 1945796) que, no âmbito deste PAR, 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.
70. Nada obstante, 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.
71. 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 42040.80.2015.4.013500 – IPL nº 913/2015 (volumes I a XI; apensos I a XLIX e LI a LXIX; conteúdo de mídias);
- e. Processo nº 17620-74.20164.3500 (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).

72. Após a análise de toda a documentação juntada, a defesa, de certa forma, admite que não há ali novos elementos aptos a contribuir com a elucidação dos fatos:

Em relação à documentação complementar efetivamente disponibilizada, após sua detida análise, a CBM pôde constatar que não há ali elementos que se refiram à sua suposta participação da empresa nos alegados ilícitos que lhe foram imputados. Assim, os únicos supostos “indícios” da participação da CBM nos fatos seguem sendo aqueles que a empresa já logrou desconstituir em sua defesa.

73. Importa registrar, no entanto, que a BARBOSA MELLO, em sua defesa, fez referência a dois pequenos trechos dos depoimentos de Rodrigo Ferreira Lopes e de Emílio Auler, os quais são tratados, respectivamente, nos itens 4.2.9 e 4.2.10 deste Relatório Final.
74. No que respeita ao “acesso à íntegra do ‘Acordo de Leniência firmado entre a Odebrecht e a CGU – Anexo II’”, releva trazer à baila recente decisão do Ministro Alexandre de Moraes, no bojo da Reclamação 45.366/RJ:

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

“Tratando-se de colaboração premiada contendo diversos depoimentos, envolvendo diferentes pessoas e, possivelmente, diferentes organizações criminosas, tendo sido prestados em ocasiões diferentes, em termos de declaração separados, dando origem a diferentes procedimentos investigatórios, em diferentes estágios de diligências, não assiste a um determinado denunciado o acesso universal a todos os depoimentos prestados. O que a lei lhe assegura é o acesso aos elementos da colaboração premiada que lhe digam respeito.” (INQ 3.983, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe 12.5.2016).

[...]

Se a autoridade judiciária responsável pelos acordos de delação no âmbito do Inquérito 1338/DF e, portando, com acesso à integralidade de todas as delações, aos termos de audiência e oitivas, indica que os anexos não remetidos não dizem respeito ou interessam à acusação contra o Reclamante, não há como se afastar a conclusão pela ausência de prejuízo à defesa por conta de seu desconhecimento. Ao contrário, a negativa de acesso a tais documentos que dizem respeito a terceiras pessoas e fatos, que não o Reclamante e à imputação a ele feita, traduz tutela legítima do sigilo dos delatores em relação a fatos e

75. Assim, informa-se que só foi juntado o trecho que trata das obras da Valec e que diz respeito à BARBOSA MELLO, deixando de autuar os trechos que versam sobre outras empresas e que ainda são objeto de investigação.
76. 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.

§ 6º A proposta de acordo de leniência somente se tornará pública após a efetivação do respectivo acordo, **salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.** (destacou-se)

77. 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:

Parágrafo único: A Controladoria-Geral da União manterá restrito o acesso aos documentos e informações comercialmente sensíveis da pessoa jurídica signatária do acordo de leniência.

78. Ante o exposto, rejeita-se o argumento.

4.2.5. Análise do argumento 5 (incompetência da CGU para processar o PAR)

Argumento

79. O Decreto 8.420/2015, de maneira ilegal, estendeu o rito procedimental da Lei 12.846/2013 às infrações administrativas da Lei de Licitações. Vale ressaltar que a própria Lei Anticorrupção, objetivando evitar insegurança jurídica e confusão processual, afirmou que a aplicação das sanções previstas nesta lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de atos ilícitos alcançados pela Lei de Licitações.
80. Contudo, o aludido decreto estendeu o rito procedimental da Lei Anticorrupção apenas quando os fatos também sejam tipificados como atos lesivos na Lei Anticorrupção (art. 12). No caso concreto, por se estar discutindo a ilicitude de atos praticados antes da entrada em vigor da Lei Anticorrupção, os atos lesivos supostamente praticados não podem ser enquadrados nessa lei.
81. Ocorre que o Decreto 8.420/2015 atribuiu ao Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União a competência para expedir orientações e procedimentos complementares para a execução deste Decreto. Contudo, a Controladoria-Geral da União foi mais além ao expedir a IN nº 13/2019, uma vez que ampliou a competência para reger procedimentos administrativos sancionadores previstos em outras leis e mesmo quando não há incidência da Lei Anticorrupção sobre o fato. Tudo isso sem se preocupar se os prazos, autoridades competentes e ritos processuais estipulados nessas leis coincidiam ou não com aqueles previstos na Lei Anticorrupção.
82. O grande prejuízo está na competência para aplicar a sanção de declaração de inidoneidade. A IN nº 13/2019 permite que a competência para julgamento seja delegada da CGU para a Corregedoria-Geral da União (art. 30), enquanto na Lei de Licitações a competência para aplicar a sanção de declaração de inidoneidade é exclusiva da autoridade máxima competente para licitar, no caso do Poder Executivo Federal, o Ministro de Estado contratante.
83. A instauração de PAR para apurar irregularidades abarcadas unicamente pela Lei Anticorrupção e para aplicação de sanção de declaração de inidoneidade prevista na Lei de Licitações como competência exclusiva de outro órgão fere as regras processuais previstas nessa lei e o devido processo legal previsto no art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal.
84. Por essa razão, conclui-se que o presente PAR é nulo de pleno direito por vício de competência, devendo ser arquivado imediatamente.

Análise

85. 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.

86. A propósito, 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.
87. Nesse sentido, cita-se dois exemplos (há outros): i) o prazo para apresentar defesa na IN CGU nº 13/2019 é de 30 dias corridos a contar da cientificação oficial (art. 16 c/c art. 18 Parágrafo Único) enquanto o prazo da Lei de Licitações é de 5 dias úteis contados da data em que a vista é franqueada ao interessado (art. 87, §2º c/c art. 109, §5º) e ii) a previsão de alegações finais, consoante art. 22 da IN CGU nº 13/2019.
88. Destaca-se, por fim, que há expressa determinação no sentido da utilização do procedimento pelo art.12 do Decreto nº 8.420/2015. “Os atos previstos como infrações administrativas à Lei nº 8.666 [...] que também sejam tipificados como atos lesivos na Lei nº 12.846 [...], serão apurados e julgados conjuntamente [...], aplicando-se o rito procedimental previsto neste Capítulo.”
89. Dessa forma, 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.
90. Adicionalmente, não merece prosperar o argumento de que a competência para aplicar a sanção de inidoneidade seria exclusiva do “Ministro de Estado contratante” (Ministro da Infraestrutura, no caso).
91. Inicialmente, cumpre verificar como a VALEC se enquadra no âmbito da Administração Pública Federal à luz do que dispõem o seu Regimento Interno, a Lei das Estatais, a Lei de Responsabilidade Fiscal e a Constituição Federal: (originais sem grifos)

Regimento Interno da Valec

Art. 2º A Valec - Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. é uma empresa pública, organizada sob a forma de sociedade anônima de capital fechado, controlada pela União e vinculada ao Ministério da Infraestrutura.

Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais)

Art. 3º Empresa pública é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei e com patrimônio próprio, cujo capital social é integralmente detido pela União pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios.

Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal)

Art. 2º Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como:

[...]

III - empresa estatal dependente: empresa controlada que receba do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, excluídos, no último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária;

Constituição Federal de 1988

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência

92. A leitura sistemática dos dispositivos transcritos permite resumir que 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.
93. 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: (originais sem grifos)

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.”

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

[...]

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

Decreto nº 3.591/2000

Art. 8º Integram o Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal:

I - a Controladoria-Geral da União, como Órgão Central, incumbido da orientação normativa e da supervisão técnica dos órgãos que compõem o Sistema; (redação dada pelo Decreto nº 4.304/2002)

94. Não bastasse isso, tem-se que 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: (original sem grifos)

Art. 1º São organizadas sob a forma de sistema as atividades de correição do Poder Executivo Federal, a fim de promover sua coordenação e harmonização.

§ 1º O Sistema de Correição do Poder Executivo Federal compreende as atividades relacionadas à prevenção e apuração de irregularidades, no âmbito do Poder Executivo Federal, por meio da instauração e condução de procedimentos correicionais.

[...]

Art. 2º Integram o Sistema de Correição:

I - a Controladoria-Geral da União, como Órgão Central do Sistema;

95. A Advocacia-Geral da União (AGU), mediante o PARECER Nº 110/2012/ASJUR-CGU-PR/CGU/AGU, manifestou-se a respeito da competência da CGU para apurar ilícitos previstos na Lei nº 8.666/93:

“b) DA COMPETÊNCIA DO MINISTRO DA CGU-PR PARA DEFLAGAR O PROCESSO ADMINISTRATIVO DE FORNECEDORES

7. De início, deve-se lembrar que o art. 84, inciso VI, alínea "a", da Constituição da República, combinado com os artigos 18, § 4º, da Lei n. 10.683/2003 e 2º, inciso I, e 4º, § 3º, do Decreto n. 5.480/2005, conferem à CGU-PR competência para atuar em processos administrativos disciplinares, cujos acusados sejam empresas ou profissionais fornecedores do Poder Público.

8. Além disso, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou expressamente acerca da competência da Controladoria-Geral da União para declarar inidôneas empresas que mantiveram vínculo contratual com a Administração Pública federal, in verbis:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. FRAUDE CONFIGURADA. APLICAÇÃO DA PENA DE INIDONEIDADE PARA CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL. ATO DA CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DO MINISTRO DE ESTADO DO CONTROLE E DA TRANSPARÊNCIA. ALEGAÇÕES DE NULIDADES NO PROCESSO ADMINISTRATIVO QUE CULMINOU NA APLICAÇÃO DA PENALIDADE AFASTADA. PROCEDIMENTO REGULAR.

1. Hipótese em que se pretende a concessão da segurança para que se reconheça a ocorrência de nulidades no processo administrativo disciplinar que culminou na aplicação da pena de inidoneidade para contratar com a Administração Pública Federal.

2. O Ministro de Estado do Controle e da Transparência é autoridade responsável para determinar a instauração do feito disciplinar em epígrafe, em razão do disposto no art. 84, inciso VI, alínea "a", da Constituição da República combinado com os artigos 18, § 4º, da Lei n. 10.683/2003 e 2º, inciso I, e 4º, § 3º, do Decreto n. 5.480/2005.

3. A regularidade do processo administrativo disciplinar deve ser apreciada pelo Poder Judiciário sob o enfoque dos princípios da ampla defesa, do devido processo legal e do contraditório, sendo-lhe vedado incursionar no chamado mérito administrativo.

4. Nesse contexto, denota-se que o procedimento administrativo disciplinar não padece de nenhuma vicissitude, pois, embora não exatamente da forma como desejava, **foi assegurado à impetrante o direito ao exercício da ampla defesa e do contraditório, bem como observado o devido processo legal, sendo que a aplicação da pena foi tomada com fundamento em uma série de provas trazidas aos autos, inclusive nas defesas apresentadas pelas partes, as quais, no entender da autoridade administrativa**, demonstraram suficientemente que a empresa impetrante utilizou-se de artifícios ilícitos no curso do Pregão Eletrônico n. 18, de 2006, do Ministério dos Transportes, tendo mantido tratativas com a empresa Brasília Soluções Inteligentes Ltda. com o objetivo de fraudar a licitude do certame.

5. Pelo confronto das provas trazidas aos autos, não se constata a inobservância dos aspectos relacionados à regularidade formal do processo disciplinar, que atendeu aos

ditames legais.

6. Segurança denegada.

(MS 14134/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/08/2009, DJe 04/09/2009) (grifo nosso)

9. Deste modo, não restam dúvidas de que a Controladoria-Geral da União, órgão central do Sistema de Controle Interno e do Sistema de Correição do Poder do Executivo Federal, tem competência para instaurar processos administrativos disciplinares e avocar aqueles em tramitação, perante órgão ou entidade da Administração Pública Federal, nos quais se pretenda investigar suposto comportamento ilícito praticado por fornecedores do Poder Público federal. Destarte, pode perfeitamente a CGU aplicar a pena de declaração de inidoneidade, com o intuito de garantir o regular funcionamento da Administração federal, e, simultaneamente, prevenir e/ou reprimir lesão ou ameaça de lesão ao patrimônio público.

10. Aliás, o próprio subscritor da peça de defesa, o ilustre causídico, Dr. Jacoby Fernandes, ressalta no seu Vade-Mécum de Licitações e Contratos, 4ª edição, 2010, fl. 1018, a competência do Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União, transcrevendo trecho do acórdão supracitado do Superior Tribunal de Justiça.”

96. Mister informar que as competências da CGU, outrora previstas na referenciada Lei nº 10.683/2003, hoje encontram-se insculpidas no art. 51 da Lei nº 13.844/2019: (original sem grifo)

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;

[...]

§ 1º À Controladoria-Geral da União, no exercício de suas competências, cumpradar andamento às representações ou às denúncias fundamentadas que receber, relativas à lesão ou ameaça de lesão ao patrimônio público, e velar por seu integral deslinde.

[...]

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

97. 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:

“**Lei nº 12.846/2013, art. 8º**

§ 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 8.420/2015 art. 13

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

I - concorrente para instaurar e julgar PAR

IN-CGU nº 13/2019

Art. 5º A Controladoria-Geral da União - CGU tem competência:

I - concorrente para instaurar e julgar PAR.

98. Além disso, segundo o § 1º do mencionado artigo 13 do Decreto nº 8.420/2015:

“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”.

99. Conforme visto, 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.
100. Nesse sentido, não assiste razão à defesa, motivo pelo qual a argumentação relativa à incompetência da CGU deve ser rechaçada.

4.2.6. Análise do argumento 6 (pretensão punitiva prescrita)

Argumento

101. A pretensão punitiva há muito está prescrita.
102. O que se percebe é que a CGU realizou uma interpretação demasiadamente extensiva da prescrição, sobretudo termos iniciais e circunstâncias interruptivas, visando obter o máximo de “rendimento” do prazo prescricional. Trata-se de verdadeiro “malabarismo”.
103. O que se constata é que o prazo prescricional aplicável é de 05 anos, previsto no caput do art. 1º da Lei nº 9.873/1999, contados da data da prática do ato, sendo indubitável ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal em face da empresa. Assim, a prescrição dos fatos narrados em 2004 se deu em 2009; a dos fatos narrados em 2007 se deu em 2012 e a dos fatos narrados em 2010 se deu em 2015. Portanto, está prescrita a pretensão punitiva.
104. A avaliação de uma conduta sob a ótica criminal extrapola a esfera de competência da CGU. Como se sabe a prática de atos ilícitos de corrupção pode ser apreciada em três esferas distintas e independentes, quais sejam: cível, penal e administrativa. À CGU cabe apreciação sob a ótica administrativa, nos termos do art. 8º e 9º da Lei Anticorrupção.
105. Nesse aspecto, para avaliar a aplicação do prazo prescricional sob a ótica penal, a CGU precisa necessariamente estar pautada em uma análise prévia pela Polícia Judiciária, Ministério Público e Juízo Penal. Como no presente caso os colaboradores da BARBOSA MELLO não foram incluídos em nenhuma das ações penais correlatas, a CGU não detém a competência para subsumir a conduta praticada pela empresa (ou seu representante) às normas penais.
106. Não há qualquer representante da BARBOSA MELLO denunciado na esfera penal. E não havendo persecução penal, não há que se falar em aplicação da prescrição penal, já que a conduta de seu representante não foi enquadrada como crime pelo Ministério Público.
107. Para chegar ao prazo prescricional penal de 16 anos, previsto no art. 109, II do Código Penal, a CGU considerou a pena máxima prevista nos art. 312 e 333 do Código Penal (12 anos), uma vez que tais dispositivos teriam sido indicados no âmbito das denúncias do Ministério Público âmbito das operações “O Recebedor” e “Tabela Periódica”.
108. Isso a despeito de a própria CGU reconhecer no Termo de Indiciação que não há elementos probatórios que indiquem o pagamento de propinas pela BARBOSA MELLO (conduta que poderia ser considerada como “corrupção ativa”), uma vez que não houve qualquer pagamento da empresa às pessoas jurídicas que faziam os repasses dos valores.
109. É certo que a aplicação simples e indistinta do prazo prescricional de 16 anos a todos os supostos envolvidos no hipotético esquema de corrupção – incluindo a BARBOSA MELLO – é notadamente inadequada, não podendo em hipótese alguma subsistir no presente processo.

Análise

110. 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.

111. Por serem antecedentes à Lei 12.846/2013, a eventual responsabilização das empresas envolvidas nos ilícitos apontados acima deve ter por base a Lei nº 8.666/1993:
- “Art. 88. As sanções previstas nos incisos III (suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração) e IV (declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública) 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.”
112. No tocante à prescrição da pretensão punitiva estatal, aplica-se o disposto no artigo 1º, parte final, da Lei nº 9.873/1999, o qual estabelece:
- “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. (original sem grifos)”
113. Por sua vez, o parágrafo 2º desse mesmo artigo dispõe que quando “o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição rege-se-á pelo prazo previsto na Lei Penal”.
114. Como visto, 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.
115. 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).
116. Assim, 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 delitativa, de forma que, a princípio, mantém-se a possibilidade de apuração e sancionamento dos fatos narrados acima.
117. Assim, para o cômputo do prazo prescricional, devem ser consideradas as condutas praticadas ao longo das duas fases identificadas acima.
118. 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.

4.2.7. Análise do argumento 7 (incongruências e contradições)

Argumento

119. São inúmeras as incoerências e divergências entre as narrativas dos colaboradores acerca dos fatos: em determinado momento afirma-se que apenas empresas com atestação participariam do conluio, em outros que empresas sem possibilidade de habilitação foram cooptadas. Afirma-se a participação de empresas menores após serem cooptadas, porém, em momentos distintos, afirma-se que as construtoras de menor

porte tiveram sua participação imposta pela VALEC. Colaboradores que afirmam que determinada empresa de menor porte integrava o cartel, mas posteriormente afirmam que nunca tiveram contato ou se reuniram com estas empresas. Ou seja, tem-se uma notória insegurança quanto à realidade dos fatos, sendo impossível chegar-se à verdade apenas com base nessas narrativas distorcidas, eivadas de subjetividade e interesses.

120. As divergências e incoerências demonstradas de nenhum modo caracterizam um conjunto probatório harmônico e uniforme apto a fundamentar a aplicação de qualquer sanção à BARBOSA MELLO, não se traduzindo, sequer, em elementos indiciários capazes de subsidiar até mesmo a instauração do PAR. De todo modo, não sendo esse o entendimento da CGU, é preciso reconhecer que tais incongruências caracterizam, no mínimo, hipótese de dúvida razoável na qual não é possível a aplicação de sanções.
121. Tal situação, aliás, já foi reconhecida pela própria CGU no âmbito do já mencionado PAR nº 00190.004165/2015-55, quando deixou claro que “a análise do mérito da conduta aqui não dá a certeza de que a [nome da empresa] agia para fraudar licitações. Temos certeza que algumas empresas dos consórcios agiam, mas não dá para afirmar que a [nome da empresa] agia em conluio com elas. Aqui temos que aplicar o *in dubio pro reo*.” (Parecer nº 00299/2018/CONJUR-CGU/CGU/AGU, § 108).

Análise

122. Com o devido respeito, uma leitura cuidadosa e sistemática dos termos de colaboração juntados aos autos é suficiente para afastar a argumentação trazida pela defesa neste tópico.
123. Por economia processual, remete-se ao item 4.2.9 deste relatório para melhor entendimento do momento em que a BARBOSA MELLO é “cooptada” pelas empresas participantes do cartel. No aludido item há, inclusive, uma ordem cronológica dos fatos.
124. Não se pode deixar de registrar que 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. (SEI nº 1519651, doc. [03], original sem destaque)

146. Segundo o Signatário ASRS (ex-Superintendente de Projetos da CCCC), **a maioria das reuniões ocorreu em Brasília**, na sede da Andrade Gutierrez, da Odebrechte **da Barbosa Mello**. A Andrade Gutierrez exercia papel de liderança e as reuniões eram normalmente agendadas por telefone. As discussões inicialmente eram focadas em como organizar a divisão dos lotes esperados para as licitações. Quando já havia edital definido, discutia-se quem venceria cada lote e como cada empresa daria cobertura às demais.

125. Nesse rumo, cumpre informar que 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.
126. Ademais, 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 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.
127. 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”. É nesse sentido trecho transcrito na denúncia da Operação O Recebedor (SEI nº 1519651, [7] p. 18, referência 26):

QUE: além disto, houve combinação entre as empresas, sendo que quando das reuniões onde ocorriam tais combinações o depoente tomou conhecimento que existia uma estratégia por parte da presidência da Valec, na qual seriam definidos os vencedores e formação de consórcio para cada lote; [...] QUE: no entanto, a estratégia de JUQUINHA sobre os vencedores da concorrência de 2010 foi confirmada ao depoente por ele próprio; QUE: nesta ocasião, o depoente informou a JUQUINHA que a CAMARGO CORRÊA não iria atrapalhar a combinação, mas exigia escolher o lote e a empresa com quem iria se consorciar, o que de fato acabou acontecendo; QUE: JUQUINHA era o responsável por organizar quem deveria ganhar qual lote [...]

128. 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.
129. Dessa forma, a CPAR entende que não há as incongruências e contradições apontadas pela defesa, razão pela qual os argumentos não são aceitos.

4.2.8. Análise do argumento 8 (ausência de responsabilidade da Barbosa Mello)

Argumento

130. Embora expressamente reconheça que não houve qualquer pagamento por parte da BARBOSA MELLO às empresas envolvidas no esquema em análise, a CGU busca imputar à empresa os atos supostamente praticados por sua consorciada.
131. Primeiramente é preciso notar o equívoco da premissa adotada pela CGU em seu raciocínio: o simples fato de participar de um consórcio não significa, em absoluto, o conhecimento, a anuência ou a responsabilidade de uma consorciada por atos ilícitos porventura praticados pela outra. Não se pode presumir que fosse de conhecimento da BARBOSA MELLO qualquer atuação ilícita da empresa com a qual se consorciou, tratando-se de considerações meramente especulativas e incompatíveis com a imposição de sanção.
132. Poder Judiciário já destacou, em sede de ações de improbidade administrativa, cujo caráter também é essencialmente punitivo, que não é possível a imputação de responsabilidade solidária por ato ímprobo e, por conseguinte, também a punição, pela simples condição de consorciada.
133. Não bastasse, o Plenário da “I Jornada de Direito Administrativo” debateu amplamente a questão sobre responsabilização pela mera condição de consorciada e consolidou no enunciado de nº 36 o entendimento de que a responsabilidade solidária entre empresas consorciadas não se estende às penalidades administrativas.
134. Tal questão também já foi discutida pelo Tribunal de Contas da União no âmbito do já mencionado Acórdão nº 1.083/2019-Plenário, quando reconheceu que a mera condição de consorciado não é elemento apto a ensejar a punição por ato praticado isoladamente por apenas uma das empresas integrantes do consórcio.
135. Nesse sentido, uma vez incontroverso que não houve qualquer pagamento da BARBOSA MELLO às pessoas jurídicas relacionadas ao suposto esquema narrado pela CGU que inexistem provas efetivas de ciência e tampouco participação da BARBOSA MELLO em tal esquema – até porque, repita-se, a BARBOSA MELLO realmente não participou – é certo que não há que se falar em penalização da empresa pelos ilícitos eventualmente cometidos pela sua consorciada (Andrade Gutierrez).

Análise

136. 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.
137. 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, tema esse tratado com maior profundidade no item 4.2.10 deste relatório, ao qual se remete.
138. 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).

CLÁUSULA OITAVA – OBRIGAÇÕES E RESPONSABILIDADES

8.1 As **CONSORCIADAS** declaram expressamente que:

8.1.1 Serão individual e solidariamente responsáveis perante o **CLIENTE** por todas as obrigações assumidas referentes ao **EMPREENDIMENTO**, bem como pelos atos praticados por qualquer uma delas, tanto durante a **LICITAÇÃO** quanto na fase de execução do **EMPREENDIMENTO**, tanto em relação a obrigações contratuais quanto técnicas, enquanto perdurarem suas responsabilidades junto ao **CLIENTE**;

139. 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, 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.
140. Para fins de maior compreensão da matéria, pede-se licença para indicar a leitura dos dois próximos itens deste relatório, 4.2.9 e 4.2.10.
141. Assim, não merece prosperar o argumento trazido pela defesa.

4.2.9. Análise do argumento 9 (regular participação nos certames 008/2004 e 001/2007)

Argumento

142. Ao contrário do que aponta a CGU, a participação da empresa na referida licitação não foi meramente “pro-forma” e nem teve qualquer relação com o suposto cartel aparentemente formado entre as demais licitantes.
143. Muito pelo contrário! Na verdade, ao que tudo indica, a BARBOSA MELLO foi em grande medida prejudicada pelo referido esquema, já que sua desclassificação se deu em razão de uma exigência editalícia desarrazoada em face dos serviços que seriam executados – aparentemente inserida no edital justamente para restringir a concorrência e excluir licitantes legítimos.
144. E tanto a BARBOSA MELLO não estava alinhada com o Cartel que a empresa recorreu de sua inabilitação tanto administrativamente quanto, posteriormente, judicialmente, por meio de impetração de Mandado de Segurança, conforme apontam documentos juntados aos autos.
145. Vale frisar que a BARBOSA MELLO somente não insistiu na questão 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.
146. O mesmo pode se dizer em relação à Concorrência nº 001/2007. Dessa vez, já ciente de que tal dispositivo poderia ensejar sua inabilitação, a empresa previamente impugnou o Edital indicando a desproporcionalidade das exigências relativas a este e outros serviços. Entretanto, sua tentativa foi infrutífera, conforme decisão da VALEC, tendo a empresa sido, mais uma vez, injustamente inabilitada.
147. Uma simples análise dos fatos, de forma lógica e coerente, já indica que a BARBOSA MELLO não integrava o cartel e nem tinha qualquer motivo para fazê-lo, sendo certo que a participação da empresa nos certames 008/2004 e 01/2007 foi lícita e legítima, sem qualquer relação com o esquema narrado pela CGU.
148. Adicionalmente, em manifestação encaminhada no dia 02/12/2021 (SEI nº 2199413), a BARBOSA MELLO destaca o que entende como relevante informação que foi obtida a partir da gravação em vídeo do acordo firmado pelo sr. Rodrigo Ferreira Lopes, no bojo da ação nº 20592-17.2016.4.01.35002 (SEI nº 2206232 a 2206253).
149. Segue explicando que a afirmação do sr. Rodrigo Ferreira Lopes de que a CBM “foi cooptada pela CNO” – constante do Termo de colaboração 06 – foi feita com base em um simples ouvi dizer, algo que lhe teria sido contado por terceiro [REDACTED]

- [REDACTED]
150. Significa dizer que o depoente sequer presenciou aquilo que relatou, mas simplesmente reproduziu algo que afirma lhe ter sido dito por um terceiro, sem qualquer garantia de se tratar de informação verdadeira, o que caracterizaria a hipótese clássica de *hearsay testimony*, ou “testemunho de ouvi dizer”, em que o declarante relata um fato do qual assumidamente não participou, que não presenciou e não apresenta provas de que tenha ocorrido, se limitando a indicar que outrem teria lhe contado a respeito.
151. A defesa aduz ainda que declarações como essa de nenhum modo podem ser admitidas para a imputação de responsabilidade, seja na esfera penal, seja na administrativa sancionadora, conforme se vê pelos relevantes fundamentos lançados no voto condutor do acórdão proferido no Recurso Especial n. 1.373.356/BA, da lavra do Exmo. Ministro Rogério Schietti Cruz, do Superior Tribunal de Justiça:

A situação nestes autos é similar. A propósito, vale observar que **a norma segundo a qual a testemunha deve depor pelo que sabe per proprium sensum et non per sensum alterius impede, em alguns sistemas – como o norte-americano – o depoimento da testemunha indireta, por ouvir dizer (hearsay rule). No Brasil, embora não haja impedimento legal a esse tipo de depoimento, “não se pode tolerar que alguém vá a juízo repetir a vox publica. Testemunha que depusesse para dizer o que lhe constou, o que ouviu, sem apontar seus informantes, não deveria ser levada em conta.”** (TORNAGHI, Helio. Instituições de processo penal. v. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 461).

A razão do repúdio a esse tipo de testemunho se deve ao fato de que, além de ser um depoimento pouco confiável, visto que os relatos se alteram quando passam de boca a boca, o acusado não tem como refutar, com eficácia, o que o depoente afirma sem indicar a fonte direta da informação trazida a juízo.

Nesse sentido também é a clássica lição de Manzini, ao asserir que **“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 se pode eventualmente chegar à prova verdadeiramente testemunhal”** [...] (STJ, REsp n. 1.373.356/BA, 6ª Turma, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, j. 20/04/2017) (destaques do original)

Análise


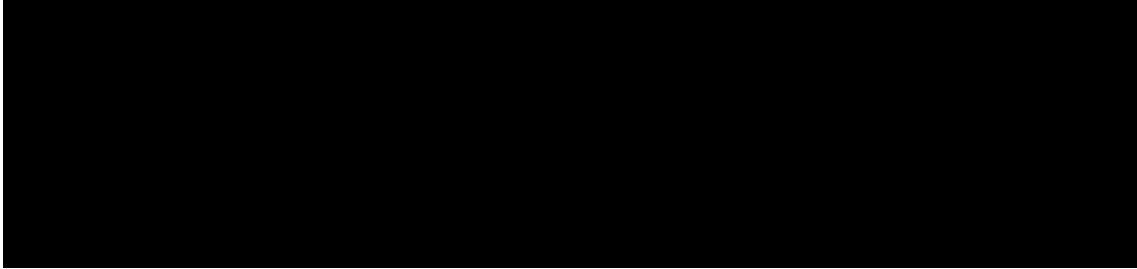
152. A respeito da Concorrência nº 008/2004, concede-se o benefício da dúvida à defesa quanto ao exato momento do ingresso da BARBOSA MELLO no esquema orquestrado pelo cartel de empreiteiras, mas não há dúvidas quanto ao alinhamento. Para ficar em termo utilizado nos depoimentos dos colaboradores, a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

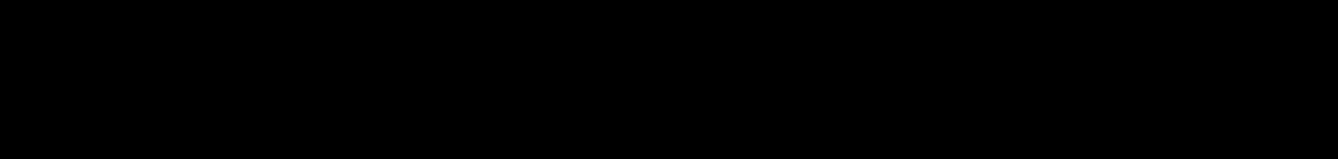
153. [REDACTED]

[REDACTED]

154. 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)
155. 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. 
- 
156. 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.
 157. 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.
 158. 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.
 159. Para contestar os argumentos é preciso ter em mente que, conforme destacado acima, a desistência das ações judiciais impetradas em desfavor 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 de 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)
160. 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.
161. Deve-se pontuar também que nenhuma das três obras citadas (terraplanagem, construção de estrada e saneamento) se assemelha ao objeto licitado pela VALEC.
162. 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.
163. 
164. 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.
165. 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).
166. 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.
167. 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.
168. 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.
169. 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)

170. Além disso, seguindo a lição de Vincenzo 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)
171. 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 [REDACTED]

172. 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”.
173. Com base no disposto, são refutados os argumentos de que a participação nos certames 008/2004 e 001/2007 se deu de forma regular.

4.2.10. Análise do argumento 10 (formação do consórcio no certame 005/2010)

Argumento

174. 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.
175. É preciso esclarecer que, ao contrário do que sustenta a CGU, a BARBOSA MELLO não se consorciou com a Andrade Gutierrez como forma de auferir qualquer benefício ilícito. Tampouco a formação do Consórcio se deu por influências externas ou políticas que tivessem qualquer ligação com a BARBOSA MELLO – como aventado de forma leviana e sem qualquer lastro probatório em alguns dos acordos de leniência e colaborações premiadas.
176. Na verdade, a BARBOSA MELLO foi convidada pela Andrade Gutierrez para formação do Consórcio, juntamente com a Serveng, consistindo em parceria tal qual já ocorrida em outras oportunidades e realizadas com sucesso, como por exemplo nos contratos para execução das obras da BR-101/PE.
177. Foi nesse contexto que a BARBOSA MELLO, então, aceitou participar do Consórcio de forma legítima, não tendo definitivamente qualquer ciência de quaisquer atos ilícitos eventualmente praticados pelas demais licitantes (nem mesmo por suas consorciadas), atos esses com os quais a empresa jamais pactuaria, como de fato não pactuou com o pagamento de propina.
178. Ademais, em manifestação apresentada em 02/12/2021, a BARBOSA MELLO lembra que ao se assistir à íntegra do depoimento prestado pelo sr. Emílio Auler no âmbito do processo nº 17620-74.201640135004, é possível verificar que, ao tratar da atuação do cartel nas concorrências promovidas pela VALEC em 2010, o depoente informou que não se reuniu com a Barbosa Mello ou qualquer representante seu. A afirmação de que o depoente sabe que a CBM participou do certame nada evidencia em relação a eventual ilícito, mesmo porque quando o depoimento foi prestado isso há muito já se tratava de informação pública, tendo em vista a conclusão da licitação há vários anos na ocasião: (destaques e grifos do original)

[...] eu sei que a Barbosa Mello participou do certame, **mas eu não estive com a Barbosa Mello**. Nessa reunião em que eu estive, **eu não estive com eles** [...]

Análise

179. Com o devido respeito, a argumentação apresentada não merece prosperar. É preciso repisar que os elementos que compõem o conjunto probatório não podem, e não devem, ser analisados de forma isolada e assistemática.
180. Conforme abordado no item 4.2.7 deste relatório, 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.
181. 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”. É nesse sentido trecho transcrito na denúncia da “Operação O Recebedor” (SEI nº 1519651, [7] p. 18, referência 26):

QUE: além disto, houve combinação entre as empresas, sendo que quando das reuniões onde ocorriam tais combinações o depoente tomou conhecimento que existia uma estratégia por parte da presidência da Valec, na qual seriam definidos os vencedores e formação de consórcio para cada lote; [...] QUE: no entanto, a estratégia de JUQUINHA sobre os vencedores da concorrência de 2010 foi confirmada ao depoente por ele próprio; QUE: nesta ocasião, o depoente informou a JUQUINHA que a CAMARGO CORRÊA não iria atrapalhar a combinação, mas exigia escolher o lote e a empresa com quem iria se consorciar, o que de fato acabou acontecendo; QUE; JUQUINHA era o responsável por organizar quem deveria ganhar qual lote [...]

182. 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. Apesar 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.

183.

184.

[REDACTED]

185. [REDACTED]

[REDACTED]

186. [REDACTED]

[REDACTED]

187. Pois bem. Ainda que o assunto já tenha sido abordado no item 4.2.1 deste relatório, imperioso registrar que 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.

188. 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 declararíamos 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.
189. 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.
190. Adicionalmente, considerando que a empresa líder do consórcio estava sendo achacada a pagar propina calculada sobre o montante total do contrato celebrado, bem como que se “acredita que as empresas pagaram a propina, conforme solicitado, pois não tiveram problema na execução de seus contratos”, não haveria justificativa para que a Andrade Gutierrez arcasse com esse “custo” de forma isolada. Ora, fosse assim, além de “carregar” as empresas menores, as empresas que compunham o cartel ainda teriam que custear as propinas “devidas” por aquelas. Não parece ser o que de fato ocorria.
191. Especificamente no tocante ao trecho do depoimento do sr. Emílio Auler que a defesa trouxe na manifestação SEI 2199413 – “eu sei que a Barbosa Mello participou do certame, **mas eu não estive com a Barbosa Mello**. Nessa reunião em que eu estive, **eu não estive com eles**” –, é preciso trazer à baila o que se extrai, resumidamente, da gravação de áudio e vídeo disponibilizada^[3]:
- a. somente entre o final de 2009 e o início de 2010 que o sr. Emílio Auler passou a se relacionar com o setor público, momento em que foi alçado ao cargo de Diretor de Infraestrutura da Camargo Correa (CCCC) para as regiões Sul e Sudeste;
 - b. em 01/06/2010, o depoente passou a ser, oficialmente, responsável por todas as regiões do Brasil, mas 2 ou 3 meses antes dessa data (algo em torno de março e abril de 2010) já exercia de fato a função, oportunidade em que teve conhecimento dos fatos envolvendo as licitações nº 004/2010 e nº 005/2010;
 - c. no âmbito da CCCC, quem acompanhava esse processo antes da chegada do depoente era o Luiz Otávio Michirefe;
 - d. o dia a dia quem tratava era o Luiz Otávio, porém o depoente participou de uma única reunião em Brasília cujo propósito era referendar questões relativas ao cartel e que haviam sido alinhadas em reunião anterior, na qual a CCCC foi representada pelo Michirefe;
 - e. a reunião a que o depoente se refere foi muito mais institucional e apenas entre as grandes empresas do ramo (Odebrecht, Andrade Gutierrez, OAS, Queiroz Galvão e Camargo Corrêa), na qual se contestou fortemente a “obrigação” que a VALEC tentava impor a estas no sentido de “carregar” as empresas menores, através da formação de consórcios;
 - f. da mesma forma que o depoente afirmou que não esteve, na referida reunião, com a BARBOSA MELLO, também disse que não participaram da reunião as empresas (e/ou representantes da) Construtora Constran, Carioca Engenharia, CR Almeida, Egesa, Galvão Engenharia, Mendes Júnior, Pavotec, Serveng etc.; e
 - g. a CCCC mantinha uma forte posição no sentido de não “carregar” empresas menores, tanto é que, nos referidos certames, formalizou um consórcio com a Queiroz Galvão – uma das grandes –, a qual tinha um problema de atestação.
192. Ora, como se pode observar, sobejam razões para que, naquela ocasião, o então Diretor de Infraestrutura da Camargo Correa não se reunisse com a BARBOSA MELLO, o que, de forma alguma, deve ser interpretado como se esta e/ou as empresas ditas menores não estivessem envolvidas nos arranjos do

cartel.

193. Não custa lembrar que 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.
194. Por todo o exposto, o argumento apresentado é rejeitado.

5 – RESPONSABILIZAÇÃO LEGAL

195. A CPAR recomenda a aplicação à sociedade empresária **Barbosa Mello S/A - Engenharia e Obras** da sanção de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública nos termos do art. 87, inciso IV, da Lei nº 8.666/93, por haver demonstrado não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados e por frustrar o caráter competitivo da licitação, mediante a combinação de preços para o lote vencedor e apresentação de propostas de cobertura para os demais lotes, incidindo, dessa forma, nos atos lesivos tipificados nos incisos II e III do artigo 88 da Lei 8.666/93, conforme demonstrado neste PAR.
196. A declaração de inidoneidade é recomendada com base nos artigos 87 e 88 da Lei nº 8.666/1993 e no Manual CGU de Responsabilização Administrativa de Pessoas Jurídicas.
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.
198. Portanto, a CPAR sugere que a empresa deva ficar impossibilitada de licitar ou contratar com o Poder Público 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.

6 – CONCLUSÃO

199. Em face do exposto, com fulcro nos arts. 12 e 15 da Lei nº 12.846/2013 c/c art. 9º, §§ 4º e 5º, do Decreto nº 8.420/2015 c/c arts. 21 e 22 da Instrução Normativa CGU nº 13/2019, a CPAR decide:
 - a. comunicar o Coordenador-Geral de Processos Administrativos de Responsabilização para adotar providências de praxe destinadas a:
 - i. encaminhar o PAR à autoridade instauradora;
 - ii. propor à autoridade instauradora o envio de expediente dando conhecimento ao Ministério Público e à Advocacia-Geral da União para análise quanto à pertinência da responsabilização judicial das pessoas jurídicas;
 - iii. recomendar à autoridade julgadora a aplicação à pessoa jurídica **Barbosa Mello S/A - Engenharia e Obras** da pena declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, nos termos do art. 87, inciso IV da Lei nº 8.666/93, em que a empresa deve ficar impossibilitada de licitar ou contratar com o Poder Público até que passe por um processo de reabilitação, no qual deverá comprovar, cumulativamente, o escoamento do prazo mínimo de 2 anos sem licitar e contratar com a Administração Pública, contados da data da aplicação da pena, o ressarcimento dos prejuízos causados ao erário e a superação dos motivos determinantes da punição;
 - b. para os fins dos encaminhamentos previstos no Capítulo VI da Lei nº 12.846/2013 e tendo em vista a previsão constante em seu art. 6º, §3º, a CPAR destaca 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.
 - c. lavrar ata de encerramento dos trabalhos.

1. [1] arquivo “AG-RFLS-TC6-01.mp4”, a partir de 51min24seg
2. [2] SEI nº 2206232 a 2206253 - arquivo “AG-RFLS-TC6-01.mp4”, de 50min53seg a 51min34seg
3. [3] SEI nº 2205794 a 2206174, “Depoimento Emilio Auler parte 1. MTS”



Documento assinado eletronicamente por **LUCIO FURBINO VILLEFORT, Presidente da Comissão**, em 10/12/2021, às 13:53, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020.



Documento assinado eletronicamente por **LEONARDO VIANA, Membro da Comissão**, em 10/12/2021, às 18:38, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020.

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

Referência: Processo nº 00190.104186/2020-37

SEI nº 2208401