



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

DESPACHO n. 00161/2023/CONJUR-CGU/CGU/AGU

NUP: 00190.104186/2020-37

INTERESSADOS: CONSTRUTORA BARBOSA MELLO S A

ASSUNTOS: PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO DE EMPRESA (PAR)

1. Trata-se de Processo Administrativo de Responsabilização (PAR) instaurado pela Portaria CGU nº 1.293, de 5 de junho de 2020, publicada no Diário Oficial da União, nº 108, seção 2, de 8 de junho de 2020, para fins de apuração de supostas irregularidades pela empresa CONSTRUTORA BARBOSA MELLO S.A. (“CBM”) (CNPJ 17.185.786/0001-61) (doc. 1518781), em relação a processos licitatórios no âmbito da VALEC Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. (“VALEC”), empresa pública federal, para a implantação da Ferrovia Norte e Sul (“FNS”) e da Ferrovia de Integração Oeste Leste (“FIOL”) (doc. 1638078).

2. Em 9 de junho de 2020, começaram os trabalhos da respectiva Comissão de Processo Administrativo de Responsabilização (CPAR), conforme a Ata de Instalação de Início dos Trabalhos (doc. 1520203). O enquadramento das condutas deu-se nos seguintes termos:

“15. O fato de a BARBOSA MELLO ter se associado a outras empresas e acordarem entre si a divisão de lotes, a combinação de preços, o oferecimento das propostas não competitivas e o sobrepreço frustrou, de forma inequívoca, a competitividade e o objetivo das licitações. Acrescente-se a isso o fato de a empresa, em tese, ter efetuado pagamento de vantagens indevidas a agentes públicos. Tudo sopesado, restam demonstradas a frustração dos objetivos das licitações e a falta de idoneidade da indicada para contratar com a Administração Pública, conforme disposto no art. 88, incisos II e III, da Lei 8.666/93.

16. Portanto, cabível, em tese, a aplicação da sanção de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, com fulcro no art. 87, inciso IV, da Lei nº 8.666/93.

17. Importante lembrar que o presente caso envolve situações ocorridas na fase de consolidação e ampliação, ou seja, entre 2003 a 2011, pelo menos, e ainda, pagamentos ocorridos até o ano de 2013. Assim, eventual prescrição de pretensão punitiva estatal, de acordo com o art. 109, II do Código Penal, somente se daria 16 anos após a cessação da permanência delitiva, de forma que, a princípio, mantém-se a possibilidade de apuração e sanção dos fatos narrados acima”.

3. Vistos os autos, observa-se que, de acordo com os elementos neles contidos, a Comissão de Processo Administrativo de Responsabilização, após exercício de ampla defesa e contraditório, concluiu pela recomendação de aplicação à empresa **CONSTRUTORA BARBOSA MELLO S.A. (CNPJ 17.185.786/0001-61)** da sanção de **Declaração de Inidoneidade** para licitar ou contratar com a Administração Pública, com fulcro no art. 87, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993, porquanto teria ela demonstrado não deter idoneidade suficiente para relacionar-se contratualmente junto ao Poder Público, na medida em que frustrara o caráter competitivo de licitações públicas, a partir da combinação de preços para o lote vencedor e da apresentação de propostas de cobertura para outros lotes licitados, recaindo, portanto, na previsão dos incisos II e III do art. 88 da Lei nº 8.666/1993 (doc. 2208401).

4. Foram as conclusões do Relatório Final da CPAR:

“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”.

5. A CONSTRUTORA BARBOSA MELLO S.A. apresentou, tempestivamente, **MANIFESTAÇÃO SOBRE O RELATÓRIO FINAL**, trazendo divergência acerca do entendimento da CPAR (doc. 2224374). Foram seus pedidos:

“113. Ante todo o exposto, a CBM requer o arquivamento do PAR sem aplicação de penalidade, com o reconhecimento:

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

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

114. No mérito, requer-se o arquivamento do PAR, em razão da ausência de indícios mínimos de ocorrência de condutas ilícitas praticadas pela CBM, bem como existência de elementos que comprovam o seu não envolvimento das condutas ilícitas apuradas.

115. Requer-se, ainda, que seja a presente manifestação remetida à análise de regularidade prevista na forma do art. 23 da Instrução Normativa nº 13/2019, em face dos apontamentos apresentados nesta manifestação, e que sejam, subsequentemente, os autos remetidos à Advocacia Geral da União para exame jurídico, nos termos do art. 24”.

6. O caso foi submetido à análise de regularidade processual, com a produção da Nota Técnica nº 223/2022/ COREP - ACESSO RESTRITO/COREP/CRG (doc. 2265290), aprovada pela Coordenação-Geral de Instrução e Julgamento de Entes Privados (doc. 2291978), pela Diretoria de Responsabilização de Entes Privados (doc. 2310877) e pela Corregedoria-Geral da União (doc. 2311453). Em síntese, foram suas conclusões:

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

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

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

7. Após, os autos foram remetidos à Consultoria Jurídica junto à Controladoria-Geral da União (CONJUR/CGU), que produziu o Parecer nº 00273/2022/CONJUR-CGU/CGU/AGU, aprovado pelo Despacho nº 00454/2022/CONJUR-CGU/CGU/AGU e pelo Despacho nº 00456/2022/CONJUR-CGU/CGU/AGU (doc. 2476238). Em sua apreciação, teve a seguinte conclusão:

“88. Diante do exposto, com base nos princípios da legalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, considerando que a empresa CONSTRUTORA BARBOSA MELLO S.A., CNPJ 17.185.786/0001-61, praticou irregularidades de natureza grave (frustrou o caráter competitivo de licitações realizadas no âmbito da VALEC Engenharia, Construções e Ferrovias S/A, “mediante a combinação de preços para o lote vencedor” e apresentou “propostas de cobertura para os demais lotes”), sugerimos a aplicação da penalidade de **declaração de inidoneidade** para licitar ou contratar com a Administração Pública, com fundamento no artigo 87, inciso IV, pela prática dos atos lesivos contidos nos incisos II e III do artigo 88 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, até que conclua processo de reabilitação, no qual deverá comprovar, cumulativamente: a) o escoamento do prazo mínimo de 2 anos sem licitar e contratar com a Administração Pública, contados da data da aplicação da pena; b) o ressarcimento dos prejuízos causados ao erário; e c) a superação dos motivos determinantes da punição” (grifos no original).

8. À vista de todo o processo, o Ministro da Controladoria-Geral da União (CGU) proferiu a Decisão CGU nº 175, de 12 de agosto de 2022, publicada no Diário Oficial da União, nº 154, seção 1, de 15 de agosto de 2022, condenando a empresa CONSTRUTORA BARBOSA MELLO S.A. à Declaração de Inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, com base no art. 87, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993 (doc. 2476245). A ver:

“No exercício das atribuições a mim conferidas pelos artigos 51 e 52 da Lei nº 13.844, de 18 de junho de 2019, pela Lei 8.666, de 21 de junho de 1993 e pelo Decreto nº 11.129, de 11 de julho de 2022, adoto, como fundamento deste ato, o Relatório Final da Comissão de Processo Administrativo de Responsabilização, bem como o Parecer nº 00273/2022/CONJUR-CGU/CGU/AGU, de 12 de agosto de 2022, aprovado pelo Despacho nº 00454/2022/CONJUR-CGU/CGU/AGU e pelo Despacho nº 00456/2022/CONJUR-CGU/CGU/AGU da Consultoria Jurídica junto a esta Controladoria-Geral da União, para, com fundamento no artigo 87, inciso IV, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, aplicar a penalidade de **declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública** à empresa CONSTRUTORA BARBOSA MELLO S.A., CNPJ 17.185.786/0001-61, pela prática dos atos lesivos contidos nos incisos II e III do artigo 88 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, devendo ficar impossibilitada de licitar ou contratar com o poder público até que passe por um processo de reabilitação, no qual deve comprovar, cumulativamente: **a)** o escoamento do prazo mínimo de 2 anos sem licitar e contratar com a Administração Pública, contados da data da aplicação da pena; **b)** o ressarcimento dos prejuízos causados ao erário; e **c)** a superação dos motivos determinantes da punição.

Os efeitos desta decisão ficam suspensos até o decurso do prazo previsto no artigo 15 do Decreto nº 11.129, de 11 de julho de 2022, e, caso haja apresentação de pedido de reconsideração, até o correspondente julgamento” (grifos no original).

9. Em contraposição, a Interessada, no uso da prerrogativa do art. 109, inciso III, da Lei nº 8.666/1993 e no art. 15 do Decreto nº 11.129/2022, apresentou, tempestivamente, PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO, com regular efeito suspensivo (doc. 2494774). Fundamentou-o pelas seguintes premissas:

“15. Diante disso, a CBM vem aos autos apresentar Pedido de Reconsideração, dotado de efeito suspensivo, nos termos do art. 15 do Decreto n. 11.129, de 11 de julho de 2022, no qual demonstrará que **a sua gravosa condenação é absolutamente indevida, devendo ser afastada com a urgência que o caso requer**, pois:

a. Não há sequer indícios da participação da CBM nos supostos fatos. As menções que são feitas à empresa pelos signatários dos acordos/delatores são pontuais, imprecisas e contraditórias, **além de não serem amparadas por elementos externos que endossem as suas alegações**, como registros de conversas, gravações, telefonemas, atas de reunião, e-mail, ou qualquer outro elemento que, minimamente, comprove a narrativa apresentada;

b. Nenhum representante da CBM foi indiciado ou processado criminalmente pelos fatos ora apurados mesmo após diversas investigações conduzidas pela Polícia Federal e pelo Ministério Público, o que significa que mesmo após diversas diligências – inclusive busca e apreensão realizada na empresa e na casa de seu então representante –, nada que indicasse o envolvimento da CBM nos supostos fatos foi identificado;

c. A participação da CBM nesses certames foi lícita e perfeitamente regular, não tendo a empresa, jamais, participado ou mesmo tido ciência da existência de suposto conluio entre outras empresas, o que foi evidenciado pela irrisignação da empresa ao ser inabilitada nos certames, por exemplo, via impugnação ao edital, recursos administrativos e adoção de medidas judiciais. Especificamente em relação à Concorrência n. 005/2010, não foram identificados pagamentos feitos pela CBM às pessoas jurídicas que supostamente veiculariam os pagamentos de propina, além de ter ficado demonstrado que era a Andrade Gutierrez a responsável, no consórcio, pelas questões gerenciais, como as tratativas com a Valec (o que inclusive foi reconhecido pelos próprios delatores da Andrade Gutierrez);

d. Ainda que assim não fosse, eventual pretensão punitiva já estaria prescrita considerando o prazo prescricional quinquenal (art. 1.º da Lei n. 9.873/99) e a data dos supostos fatos apurados (2004, 2007 e 2010) – valendo destacar que o prazo penal não pode ser utilizado, pois não houve e nem há ação judicial penal em face de representantes/funcionários da CBM acerca dos fatos ora apurados (ao contrário do que equivocadamente entenderam a CPAR e a CONJUR);

e. Embora todas essas questões tenham sido exaustivamente suscitadas e demonstradas pela CBM em suas manifestações ao longo do processo, **jamais foram efetivamente analisadas e consideradas, tendo o processo tramitado meramente pro forma**, em clara violação ao devido processo legal, ampla defesa e contraditório (art. 5.º, inc. LIV e LV da CR/88, art. 8.º da Lei n. 12.846/2013, art. 5.º, §3.º do Decreto 11.129/2022 e art. 2.º, caput e art. 3.º, III, da Lei n. 9.784/99) o que consiste em mais uma nulidade do PAR, inclusive, e torna imprescindível o afastamento da condenação e a reapreciação das questões pela CPAR e por esse Ilmo. Ministro” (grifos no original).

10. Como subsídio à decisão do Ministro de Estado da CGU, foi produzida a Nota Técnica nº 2049/2022/COREP1 - ACESSO RESTRITO/COREP1/DIREP/CRG, pela qual se analisaram os fundamentos do Pedido de Reconsideração (doc. 2501624). Ela foi aprovada pela Coordenação-Geral de Instrução e Julgamento de Entes Privados 1 (doc. 2617821) e pela Corregedoria-Geral da União (doc. 2631132). Em sua apreciação, a área técnica entendeu pela inexistência de questão jurídica ou fática que pudesse justificar a reconsideração da Decisão atacada, motivo pelo qual foi proposto seu indeferimento.

11. Houve análise também pela Consultoria Jurídica junto à CGU, que elaborou o Parecer nº 00086/2023/CONJUR-CGU/CGU/AGU, aprovado pelo Despacho nº 00118/2023/CONJUR-CGU/CGU/AGU e pelo Despacho nº 00045/2023/CONJUR-CGU/CGU/AGU (doc. 2723091). O assessoramento jurídico dessa Pasta opinou pelo indeferimento do Pedido de Reconsideração, mantendo as razões de direito que outrora manifestou no Parecer nº 00273/2022/CONJUR-CGU/CGU/AGU.

12. Em sua compreensão, diante dos elementos processuais, o atual Ministro do Estado da CGU conheceu, mas indeferiu o Pedido de Reconsideração, a partir da Decisão CGU nº 84, de 17 de março de 2023, publicada no Diário Oficial da União, nº 54, seção 1, de 20 de março de 2023 (doc. 2723097):

“No exercício das atribuições a mim conferidas pelo artigo 49 da Medida Provisória nº 1.154, de 1º de janeiro de 2023, pela Lei 8.666, de 21 de junho de 1993 e pelo Decreto nº 11.129, de 11 de julho de 2022, adotando, como fundamento deste ato, o Parecer nº 00086/2023/CONJUR-CGU/CGU/AGU, de 9 de março de 2023, aprovado pelo Despacho nº 00118/2023/CONJUR-CGU/CGU/AGU e pelo Despacho nº 00045/2023/CONJUR-CGU/CGU/AGU da Consultoria Jurídica junto a esta Controladoria-Geral da União, CONHEÇO, mas INDEFIRO o pedido de reconsideração formulado pela empresa CONSTRUTORA BARBOSA MELLO S.A., CNPJ 17.185.786/0001-61, tendo em vista que não há nenhum fato novo ou questão jurídica relevante ou consistente, preliminar ou de mérito, que justifique a reconsideração da Decisão atacada.

À Secretaria de Integridade Privada para proceder aos demais encaminhamentos decorrentes desta decisão e para acompanhamento do cumprimento das sanções”.

13. No entanto, a referida decisão foi tornada NULA, pelo próprio titular deste Ministério, pelos fundamentos da Decisão CGU nº 104, de 28 de março de 2023, publicada no Diário Oficial da União, nº 62, seção 1, de 30 de março de 2023 (doc. 2747062):

“Tendo em vista minha prévia atuação em processo administrativo em trâmite perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, o qual versa sobre os mesmos fatos discutidos nestes autos, torno nula a Decisão nº. 84, publicada no D.O.U. de 20 de março de 2023, com fundamento na Súmula 346 do Supremo Tribunal Federal, e no art. 19 da Lei nº. 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

Comunique-se a Secretaria de Integridade Privada, para providências referentes à intimação da empresa do teor desta decisão, e encaminhem-se os autos para novo julgamento pela Secretária-Executiva, com fundamento no art. 91 da Portaria Normativa nº. 38/2022, desta Controladoria-Geral da União”.

14. Nesse ínterim, a Interessada apresentou nova Petição, em face da Decisão CGU nº 84, de 17 de março de 2023, para que lhe fossem sanados os vícios alegados (doc. 2746735):

“68. Com o provimento dos aclaratórios, requer-se a reabertura do Processo Administrativo de Responsabilização nº 00190.104186/2020-37 com o seu encaminhamento para a Diretoria de Promoção e Avaliação de Integridade Privada, para que o Programa de Integridade implementado pela CBM seja devidamente avaliado, verificando-se que a sua implementação inseriu na empresa uma cultura anticorrupção eficaz, devendo ser considerado como variável atenuante nas sanções impostas no presente processo.

69. Finalmente, requer-se seja proferido novo julgamento do feito, sopesando não somente a atenuante decorrente de implementação de Programa de Integridade eficaz, como, também, as limitações sancionatórias trazidas de forma superveniente pela Lei das Estatais, afastando, portanto, a possibilidade de aplicação da sanção de

inidoneidade e de qualquer impedimento que não com a VALEC”.

15. Embora a Decisão CGU nº 84, de 17 de março de 2023, não mais subsista no mundo jurídico, parece apropriado ponderar também os fundamentos trazidos acima pela Interessada, considerando o pleito apresentado em 30 de março de 2023 (doc. 2752063), a fim de recebê-los, todavia, como simples “*memoriais*”, considerando que seus dizeres reiteram, em essência, o pró prio Pedido de Reconsideração.

16. Da mesma forma, reconhece-se integralmente cumprida a necessidade de manifestação jurídica, em vista do quanto consta no Parecer n. 00273/2022/CONJUR-CGU/AGU (2476238) e Parecer n. 00086/2023/CONJUR-CGU/AGU (2723091), assim como nos referidos despachos de aprovação.

17. Assim, encaminhem-se os autos à deliberação da Excelentíssima Secretária-Executiva, na condição de Substituta do Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União, com fundamento no art. 19 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 1º, III, do Decreto nº. 8.851/2016, e no art. 91, inciso XV, da Portaria Normativa CGU nº 38, de 16 de dezembro de 2022, destacando-se, por oportuno, que eventual subsistência de dúvida jurídica quanto às discussões travadas no processo podem ser submetidas a esta Consultoria Jurídica a qualquer tempo pela autoridade julgadora.

Brasília, 29 de maio de 2023.

FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA

Consultor Jurídico/ CGU

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



Documento assinado eletronicamente por FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1153892180 e chave de acesso b9f8825a no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): FERNANDO BARBOSA BASTOS COSTA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 29-05-2023 09:58. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.
