



## CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

### NOTA TÉCNICA Nº 467/2023/COREP1 - ACESSO RESTRITO/COREP1/DIREP/SIPRI

#### **PROCESSO Nº 00190.102169/2020-65**

INTERESSADO: COORDENAÇÃO-GERAL DE INVESTIGAÇÃO E MONITORAMENTO DO SUBORNO TRANSNACIONAL

#### **1. RELATÓRIO**

1.1. Tratam os presentes autos de Processo Administrativo de Responsabilização (PAR) instaurado nesta CGU em face da pessoa jurídica Empresa Brasileira de Engenharia S.A. (EBE), inscrita no CNPJ sob o nº 33.247.271/0001-03.

1.2. Os trabalhos da Comissão Processante se encerraram em 28/03/2021, com a emissão de Relatório Final (doc. 1888090) e registro em Ata de Deliberação (doc. 1888133).

1.3. Na instrução processual seguiu-se o protocolo de manifestação da interessada ao Relatório Final (docs. 1914496 e 1914497).

1.4. Assim, procedeu-se a nova análise da CRG por meio da Nota Técnica Nº 1760/2021/COREP/DIREP/CRG (doc. 2017254), de 12/08/2021, a qual concluiu pela regularidade processual, conforme trecho abaixo acostado:

6.1. Diante de todo o exposto, vislumbra-se que o PAR transcorreu com regularidade, tendo sido observado o rito procedimental previsto em lei e normativos infralegais.

6.2. Não se verifica qualquer incidente processual apto a ensejar a nulidade de atos processuais, de forma que pode ser atestada a regularidade formal do processo, bem como a observância do contraditório e da ampla defesa, enquanto consectários do devido processo legal.

6.3. Também não se verificou a existência de fato novo apto a modificar a conclusão a que chegou a comissão de PAR, ou seja, as informações trazidas não foram suficientes a afastar as irregularidades apontadas pela comissão, conforme já amplamente abordado nesta nota, razão pela qual mantemos a concordância com as conclusões manifestadas pela Comissão.

6.4. Assim, com essas considerações, sugere-se o encaminhamento dos autos à consideração superior desta CRG e, estando de acordo, à Consultoria Jurídica para a análise de sua competência, nos termos do § 4º do art. 9º do Decreto nº 8.420, de 2015, e do art. 24 da IN CGU nº 13, de 2019.

1.5. De tais conclusões não discordou a CONJUR/CGU, a qual, através do Parecer n. 00123/2022/CONJUR-CGU/CGU/AGU, aprovado pelos Despachos n. 00189/2022/CONJUR-CGU/CGU/AGU e n. 00466/2022/CONJUR-CGU/CGU/AGU (doc. 2480852), fundamentou a Decisão nº 187/2022, do Ministro de Estado da CGU, publicada no DOU em 14/10/2022 (docs. 2480856 e 2563352), com retificação publicada em 17/01/2023 (docs. 2653739 e 2657960).

1.6. Em 26/10/2022, foi protocolado Pedido de Reconsideração (doc. 2568870), dotado de efeito suspensivo, por força do art. 15, caput, do Decreto nº 11.129/2022. Após a publicação da retificação da Decisão nº 187/2022, a defesa foi intimada a ratificar e/ou retificar seu Pedido de Reconsideração no prazo de 10 (dez) dias (doc. 2658357), o que foi feito tempestivamente (doc. 2679112).

1.7. Por conseguinte, os presentes autos retornaram a esta coordenação, através do Despacho DIREP SEI nº 2569180, para análise do pedido e produção de subsídios à decisão do Sr. Ministro da CGU.

1.8. É o breve relato.

#### **2. DA TEMPESTIVIDADE**

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

2568867, bem como de sua ratificação, conforme doc. 2679107.

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

### 3. DA ANÁLISE

3.1. As teses defensivas contidas no pedido de reconsideração são as seguintes:

1. pretensão punitiva prescrita;
2. ausência de ação penal e/ou condenação penal em face dos dirigentes da EBE;
3. a colaboração premiada, a delação e o acordo de leniência, isolados, não constituem meios de prova;
4. as provas obtidas em delações premiadas ou acordos de leniência não podem ser usados contra a EBE;
5. ausência de culpabilidade da EBE;
6. não houve participação dos dirigentes da EBE em nenhuma suposta reunião para alinhamento de preços ou formação de cartel;
7. o acordo de leniência firmada com a Camargo Correa aponta somente a participação das empresas do consórcio UNA 3 nas reuniões;
8. ausência de provas da participação da EBE no acordo de leniência firmado pela UTC;
9. o termo de cessação de conduta firmado pela Andrade Gutierrez perante o CADE não traz provas da participação da EBE no alegado conluio;
10. ausência de proporcionalidade e razoabilidade nos parâmetros aplicados no cálculo da multa;
11. ausência de proporcionalidade e razoabilidade na aplicação da pena de publicação extraordinária;
12. ausência de proporcionalidade e razoabilidade na aplicação da pena de declaração de inidoneidade.

3.2. Uma vez que as teses 6 a 9 são, todas, reprisadas em relação à defesa inicial da pessoa jurídica, já avaliada no Relatório Final da CPAR, bem como no Parecer da CONJUR, e porque dizem, todas, respeito a uma alegada ausência de elementos probatórios que apontem a participação da EBE na conduta imputada, serão estas analisadas conjuntamente em um mesmo tópico. Também os argumentos 10 a 12, por dizerem respeito à proporcionalidade, razoabilidade e motivação das sanções, serão examinados em único tópico, pois entende-se que, para os fins de análise de regularidade, esta seja a organização mais adequada.

3.3. Por sua vez, as demais teses serão examinadas em tópicos individualizados, a começar da alegada pretensão punitiva prescrita, por constituir prejudicial de mérito do processo.

#### Argumento 1: pretensão punitiva prescrita (tópico V.1, p. 8 a 11, do doc. 2679112)

3.4. A defesa alega que o parecer que embasou a decisão ministerial pela condenação altera a argumentação ao seu bel prazer, sempre trazendo a interpretação que menos beneficia a condenada. Nesse sentido, a defesa pleiteia (i) que o termo inicial da prescrição seja contado a partir da cessação das condutas imputadas, e não da data da assinatura do acordo de leniência firmado entre a CGU, a AGU e as empresas que integram o grupo econômico da Andrade Gutierrez; (ii) que não seja aplicado o prazo prescricional penal, de 16 anos (relativo ao crime de lavagem de dinheiro); e (iii) que, por consequência, seja reconhecida a prescrição da pretensão punitiva estatal, desde janeiro de 2019.

#### Análise do argumento 1

3.4.1. Preambularmente, é necessário salientar que existem dois prazos prescricionais a serem considerados no caso concreto. O primeiro, relativo à sanção de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, que tem respaldo na Lei nº 8.666/1993, e o segundo, referente às sanções de multa e de publicação extraordinária da decisão condenatória (PEDC), previstas na Lei nº 12.846/2013. Essas sanções, por estarem disciplinadas em legislações distintas, normalmente possuem prazos e marcos de contagem diversos.

3.4.2. A sanção de declaração de inidoneidade, na qual a EBE foi condenada, tem prazo prescricional de 5 anos, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, da data de sua cessação, com fulcro no art. 1º da Lei nº 9.873/1999. Excepcionalmente, nos casos em que o fato objeto da ação punitiva também constituir crime, a prescrição rege-se pelo prazo previsto na lei penal, conforme o §2º do mesmo dispositivo, abaixo transcrito:

Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

(...)

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

3.4.3. No caso em análise, como as condutas apuradas também foram objeto da Ação Penal nº 0100511-75.2016.4.02.5101, cujos documentos foram compartilhados por Decisão Judicial, cabe a aplicação dos prazos de prescrição previstos na lei penal. Ainda que a defesa conteste a aplicação do §2º do art. 1º da Lei nº 9.873/1999, sob o argumento de a EBE não ter sido parte na mencionada ação penal, o fato de o Ministério Público não ter oferecido denúncia, até a presente data, contra representantes ou empregados da processada, não pode significar a obrigatoriedade de que a Administração Pública replique a decisão do *parquet*. Isso porque, além da independência das instâncias, há razões de política criminal que fogem ao escopo de um PAR, mas que, certamente, são consideradas nas investigações criminais e no ajuizamento das ações penais. Outrossim, o dispositivo legal é claro no sentido de que o prazo prescricional previsto na lei penal rege os fatos que também constituírem crime. A norma contida no §2º não faz referência ao sujeito penalmente responsável, mas sim aos fatos. Logo, se possível constatar que os ilícitos administrativos cometidos pela pessoa jurídica processada podem, também, ser enquadrados como crimes, aplicar-se-á o prazo da prescrição penal, mesmo com a impossibilidade jurídica de o ente privado ser condenado criminalmente e ainda que nenhum de seus representantes tenham sido penalmente processados. Sobre esse assunto, é esclarecedora a referência ao Parecer nº 00294/2017/CONJUR-CGU/CGU/AGU, feita na Nota Técnica nº 2170/2019/CGUNE/CRG/CGU:

44. Contrariando esse posicionamento, entendemos que **o dispositivo de lei em questão se refere apenas a uma regra diferenciada para o cálculo da prescrição de uma infração que, pela sua gravidade elevada, foi considerada crime. Em nossa opinião, trata-se de uma norma genérica, dirigida a um fato e não ao seu autor.** Consequentemente, é aplicável tanto às pessoas físicas quanto às pessoas jurídicas que venham a praticar irregularidade de tamanho grau de reprovabilidade.

45. Sobre a aplicação de punição, concordamos que existe forte discussão (divergência) no meio jurídico (doutrina e jurisprudência) a respeito da possibilidade, ou não, de uma pessoa jurídica praticar crime. Porém, não estamos falando desse assunto. **Pela leitura do dispositivo em questão, é fácil perceber que ele foi dirigido a um fato criminoso e não a quem o praticou, não se podendo estender a sua interpretação para além do que consta em seu texto.**

46. Com isso, entendemos que a regra a ser seguida é aquela prevista no artigo 109 do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), (...) (Grifos Nossos)

3.4.4. Além disso, também merece atenção a semelhança do referido dispositivo da Lei nº 9.873/1999 com a regra insculpida no §2º do art. 142 da Lei nº 8.112/1990:

Tabela - 1

Lei nº 9.873/1999	Lei nº 8.112/1990

<p>Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal [...]</p> <p>§ 2º Quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição rege-se pelo prazo previsto na lei penal.</p>	<p>Art. 142. A ação disciplinar prescreverá: [...]</p> <p>§ 2º Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime.</p>
--	--

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

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

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

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

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

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

[...]

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

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

3.4.7. Conforme evidenciado acima, a capitulação da conduta ilícita como crime para fins de estabelecimento do prazo prescricional está compreendida na função administrativa de apurar ilícitos e aplicar sanções aos agentes sujeitos ao poder disciplinar da Administração Pública, dentre os quais se encontram as pessoas jurídicas que participam de licitações e celebram contratos administrativos, como a EBE. Outrossim, na falta de entendimento específico da AGU voltado à interpretação do §2º do art. 1º da Lei nº 9.873/1999, são plenamente aplicáveis os termos do Parecer JL nº 06/2020/AGU, haja vista a semelhança entre os dispositivos, evidenciada na tabela 1 desta nota técnica, bem como porque ambos estão inseridos no sistema de responsabilização disciplinar da Administração Pública Federal. É mister, outrossim, ressaltar que o referido parecer tem natureza vinculante, por força do art. 4º, inciso X, da Lei Complementar nº 73/1993, uma vez que foi aprovado pelo Advogado-Geral da União.

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

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

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

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

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

3.4.9. Cabe registrar, ademais, que o resultado dos processos tramitados em outras instâncias não vincula a instância administrativa, salvo hipótese de absolvição por inexistência do fato ou negativa de

autoria, conforme já consolidado na jurisprudência pátria. Nesse sentido, destacam-se os termos exarados no Ag.Reg. no Habeas Corpus 148.391-PR, pelo Ministro Luiz Fux:

1. As instâncias civil, penal e administrativa são independentes, sem que haja interferência recíproca entre seus respectivos julgados, ressalvadas as hipóteses de absolvição por inexistência de fato ou de negativa de autoria. Precedentes: MS 34.420-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 19/05/2017; RMS 26951-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 18/11/2015; e ARE 841.612-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 28/11/2014.

3.4.10. Assim, ainda que os representantes da processada não sejam partes na ação penal, ou mesmo que sequer existisse persecução criminal sobre os fatos, conforme entendimento plasmado no vinculante Parecer JL nº 06/2020/AGU, há razão em se aplicar o prazo da prescrição penal estabelecida no art. 1º, §2º, da Lei nº 9.873/1999. Não é, portanto, essencial à aplicação da regra, conforme aduz a defesa, que algum representante da processada tenha sido penalmente citado, já que (i) há independência relativa entre as instâncias penal e administrativa de apuração de ilícitos; (ii) que a regra de extensão prescricional da Lei nº 9.873/1999 diz respeito aos fatos, e não aos sujeitos processuais; (iii) que a capitulação do crime pela Administração, para os fins almejados na regra de extensão prescricional, é exercício da função administrativa e, por isso, independe de prévio inquérito policial, denúncia, ação penal ou sentença criminal; e (iv) porque existem razões de política criminal que fogem ao escopo do PAR, mas que, certamente, são consideradas nas investigações criminais e no ajuizamento das ações penais, de forma que o não oferecimento de denúncia pelo Ministério Público, até a presente data, contra representantes ou empregados da processada, não pode significar a obrigatoriedade de que a Administração Pública replique a decisão do *parquet*.

3.4.11. Vencida a discussão sobre a aplicabilidade da prescrição penal, passa-se a identificação do termo inicial de contagem do prazo. Conforme evidenciado nos autos, a cessação da conduta deve ser considerada como 19/09/2014, data de assinatura do Contrato GAC.T/CT-4500167239. Nesse sentido, o Relatório Final (SEI nº 1888090) destacou o seguinte:

Note-se que os atos infringentes iniciaram-se antes da vigência da Lei nº 12.846, de 2013, e se estenderam até setembro de 2014, conforme evidenciado nos Acordos de Leniência firmados pela Camargo Correa (SEI 1436307) e pela UTC (SEI 1436310), no Termo de Cessação de Conduta firmado pela Andrade Gutierrez (SEI 1436314).

3.4.12. Por sua vez, é consolidada na jurisprudência do STJ que a fraude à licitação consuma-se mediante a assinatura do contrato administrativo decorrente da licitação fraudada:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. FRAUDE À LICITAÇÃO (ART. 90 DA LEI N. 8.666/1993). PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA EM ABSTRATO. NÃO OCORRÊNCIA. TERMO INICIAL PARA CONTAGEM. ASSINATURA DO CONTRATO ADMINISTRATIVO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Esta Corte Superior já se manifestou no sentido de que, em relação ao delito previsto no art. 90 da lei n. 8.666/1993, **o termo inicial para contagem do prazo prescricional deve ser a data em que o contrato administrativo foi efetivamente assinado**. Nesse sentido: MS 15.036/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/11/2010, DJe 22/11/2010; e HC 484.690/SC, deste Relator, QUINTA TURMA, julgado em 30/5/2019, DJe 4/6/2019.

2. No caso em exame, tendo sido o contrato administrativo assinado em 17/12/2010 e a denúncia recebida em 10/12/2018, não transcorreu o prazo prescricional de 8 anos (art. 109, inciso IV, do Código Penal).

3. Agravo regimental não provido. (original sem grifos)

3.4.13. Sendo assim, o termo inicial para a contagem se deu em 19/09/2014, data da assinatura do contrato.

3.4.14. Para fins de quantificação do prazo penal, temos que a sentença da Operação Radioatividade reconheceu a existência do crime de lavagem de capitais (doc. 1436318, p. 40). Referido tipo penal tem como pena máxima reclusão de 10 anos, conforme art. 1º da Lei nº 9.613/1998. Ressalta-se que a pena a ser considerada para fins de medição da prescrição deve ser a máxima em abstrato, do art. 109, já que (i) a norma de extensão da prescrição penal, contida na Lei nº 9.873/1999, não faz referência ao sujeito, mas sim ao fato; (ii) que em regra, pessoas jurídicas não respondem penalmente, de forma que seria impossível a extensão de prescrição penal em concreto por conduta de ente privado; e (iii) porque o juiz, ao fazer a dosimetria da pena em concreto, considera diversos aspectos de ordem pessoal do agente criminalmente responsável (pessoa natural), que não podem ser arrastadas à prescrição contra o ente

privado por força da incomunicabilidade das circunstâncias e condições de caráter pessoal do agente, salvo quando elementares do crime (art. 30 do Código Penal). Nesse sentido, referencia-se, novamente, a Nota Técnica nº 2170/2019/CGUNE/CRG/CGU:

Cabe distinguir, contudo, que os prazos penais previstos no art. 109 do Código Penal são adotados de forma isolada e exclusiva, ou seja, sem o emprego do respectivo disciplinamento prescricional acessório nele disposto, tais como causas interruptivas, suspensivas e de diminuição e aumento – estas previstas no art. 2º da própria Lei 9.873/99. (original sem grifos)

3.4.15. Conforme disposto no art. 109, inciso II, do Código Penal, a prescrição para penas superiores a 8 anos e inferiores a 12 ocorre no decurso de 16 anos da ocorrência do fato. Assim, considerando que as irregularidades foram praticadas de forma continuada entre os anos de 2009 e 2014, com o termo final sendo a assinatura do contrato, em 19/09/2014, **a prescrição concernente às sanções previstas na Lei nº 8.666/1993 se consumaria em 19/09/2030.**

3.4.16. Quanto à sanções de multa e PEDC, que também foram aplicadas, segue-se o regime de prescrição do art. 25 da Lei nº 12.846/2013, o qual estabelece que a pretensão punitiva prescreverá em 5 anos, contados da data da ciência da infração ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

3.4.17. É certo que, do ponto de vista lógico, a norma jurídica contida na primeira parte do artigo 25 exige que o início da contagem da prescrição nas infrações instantâneas, continuadas e permanentes seja necessariamente após a data de ciência do ilícito, reconhecendo que o Estado somente pode adotar providências de apurar responsabilidade após a ciência da infração. Essa interpretação lógica advém do fato de que, na primeira parte da norma, não se restringe a aplicação da ciência do fato como termo inicial apenas aos casos de infração instantânea. Observe: “Prescrevem em 5 (cinco) anos as infrações previstas nesta Lei, contados da data da ciência da infração [...]”. Por isso, a regra da segunda parte do art. 25 da LAC deve ser considerada acessória da norma geral, a qual estabelece a ciência da Administração como requisito a qualquer início de contagem prescricional para o exercício da pretensão punitiva das infrações capituladas na Lei nº 12.846/2013.

3.4.18. Por outro lado, a análise teleológica, isto é, voltada à finalidade da norma, conduz ao mesmo resultado. Isso porque a norma acessória (segunda parte do art. 25 da LAC) reforça as condições para que a Administração Pública investigue e exerça sua pretensão punitiva naquelas infrações potencialmente mais graves, quais sejam, as permanentes e continuadas. Porém, nos casos em que a cessação da continuidade ocorre antes de a Administração tomar conhecimento dos fatos, como afigura-se o caso ora analisado, deve-se considerar como termo inicial para a contagem da prescrição a data de ciência da infração. Isso porque a prescrição é instituto que visa providenciar segurança jurídica mediante a verificação de dois fatos: a passagem do tempo e a inércia do titular do direito. Se a Administração não teve sequer notícias da possível ocorrência de ilícitos antes da assinatura do acordo de leniência com o grupo econômico Andrade Gutierrez (SEI nº [1552771](#)), em 18/12/2018, não existiram condições para que ela iniciasse uma investigação ou apuração antes disso. A passagem do tempo, nesse caso, não está associada a inércia administrativa, já que inexistiram elementos mínimos para possibilitar a averiguação dos fatos antes da celebração do acordo. O entendimento oposto estaria, por sua vez, na contramão do espírito da norma, de ampliar o prazo para que a Administração exerça sua pretensão punitiva diante de infrações potencialmente mais graves, no caso, as continuadas e permanentes.

3.4.19. O presente entendimento já foi pacificado no âmbito desta CGU, por meio da Nota Técnica n. 2.350/2021/CGUNE/CRG, *in verbis*:

[...] **a segunda parte do dispositivo não traz uma exceção, mas sim uma ressalva explicativa** na seguinte forma: “... ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado”. Trata-se de uma informação explicativa e adicional de que, **para além da ciência da infração, a constituição das infrações permanentes ou continuadas, que se revela como uma forma una de ilícito no tempo - ainda que por meio de uma ficção jurídica, como é o caso da infração continuada - somente se conformaria com a cessação da infração permanente ou continuada.** [...]

Sob este foco, pode-se inferir que a regra geral da prescrição pelo conhecimento da irregularidade, assim como ocorre com as demais infrações referidas na primeira parte do art. 25, deve ser seguida, tratando-se a verificação da cessação da continuidade ou permanência da infração de mera informação quanto à delimitação do “corpo total” da infração no tempo. [...]

Como sinalizado, há uma exigência de manutenção de um único parâmetro para a fixação do termo

inicial de prescrição para se definir o âmbito temporal da prática das infrações: No caso da Lei nº 9.873/99 é a data da cessação da infração, seja ela instantânea (na mesma data) ou não (data diferida); Ou, no caso da LAC, é a data da ciência da infração, também correspondendo a data de cessação para todas as infrações instantâneas ou não, com a ressalva do caso da "exceção aparente" já mencionada. [...]

De acordo com a interpretação do conteúdo do art. 25, **entende-se que o legislador quis dizer que todas as infrações previstas na LAC têm como marco inicial de contagem prescricional a ciência da infração pela administração e prazo prescricional de 5 anos, sendo a segunda parte do artigo diretamente vinculada ao primeiro preceito normativo.** [...] (original sem grifos)

3.4.20. Ademais, é irrelevante que a EBE não tenha sido parte no citado acordo de leniência, já que este foi firmado entre os entes privados acordantes e os órgãos competentes, presumindo-se sua legalidade e veracidade, uma vez que se constituiu como ato administrativo perfeito. Além disso, o acordo de leniência permitiu, justamente, a identificação da EBE como uma das demais envolvidas nas infrações, o que torna a data de sua assinatura marco inicial da prescrição das sanções de PEDC e de multa da LAC.

3.4.21. Portanto, tendo em vista que a Administração somente tomou ciência dos ilícitos com a celebração do acordo de leniência com o grupo econômico Andrade Gutierrez, a qual ocorreu em 18/12/2018, deve-se considerar esta data como marco inicial para a contagem da prescrição para a aplicação de sanções da Lei nº 12.846/2013. Por consequência, a prescrição se consumaria apenas em 18/12/2023. Ademais, a Medida Provisória nº 928, de 23 de março de 2020, suspendeu a contagem final do prazo prescricional por 120 dias (período de sua vigência) para aplicação de sanções administrativas previstas na Lei nº 8.112, de 1990, na Lei nº 9.873, de 1999, e na Lei nº 12.846, de 2013. A MPV nº 928/2020 perdeu vigência em 20/07/2020, quando os prazos voltaram a correr normalmente. Por conseguinte, entende-se que devem ser acrescidos 120 dias ao prazo prescricional dos **ilícitos da Lei nº 12.846/2013, razão pela qual a prescrição só se daria em 15/04/2024.**

3.4.22. Por fim, considerando que a contagem foi novamente iniciada na data da instauração do presente apuratório (23 de março de 2020 – data da interrupção), em relação às penalidades previstas na Lei nº 8.666/1993 (interrupção do art. 2º, inciso II, da Lei nº 9.873/1999) e na Lei nº 12.846/2013 (interrupção do art. 25, parágrafo único, do mesmo diploma normativo), conclui-se que a pretensão punitiva somente se fará prescrita nas seguintes datas:

a) Lei nº 8.666/1993 (inidoneidade): 23/03/2020 (publicação da instauração do PAR no DOU) + 16 anos (prazo penal) + 120 dias (MPV 951/2020) = **20/07/2036**

b) Lei nº 12.846/2013 (PEDC e multa): 23/03/2020 (publicação da instauração do PAR no DOU) + 5 anos + 120 dias (MPV 928/2020) = **20/07/2025**

3.4.23. Verifica-se, por fim, que o presente PAR foi instaurado dentro do prazo para a aplicação das penalidades previstas na Lei nº 8.666/1993 e na Lei nº 12/846/2013, razão pela qual opina-se pelo não acatamento da tese da defesa.

Argumento 2: ausência de ação penal e/ou condenação penal em face dos dirigentes da EBE (tópicos V.2 e V.2.1, p. 11 a 17, do doc. 2679112)

3.5. Em síntese, a defesa alega que, como os dirigentes da EBE não foram réus na Ação Penal nº 0510926-86.2015.4.02.5101, por consequência, não haveria como imputar à pessoa jurídica a prática de qualquer ato ilegal.

#### Análise do argumento 2

3.5.1. Não se está diante de novo fato ou argumento. A CPAR, em seu Relatório Final (doc. 1888090, §31, argumento 1), assim como o Parecer da CONJUR (doc. 2480852, §§56 a 65), bem analisaram a matéria e justificaram a possibilidade de sancionamento da processada.

3.5.2. O fato de os dirigentes da condenada não terem sido réus na Ação Penal nº 0510926-86.2015.4.02.5101 em nada interfere quanto à responsabilização na seara administrativa. Isso porque o princípio da independência de instâncias de responsabilização implica na possibilidade de a Administração Pública apenas disciplinarmente infração administrativa, ainda que, na instância penal, os mesmos fatos

não tenham, ainda, motivado condenação ou mesmo a apresentação de denúncia. Isso se dá porque a punição do Direito Penal afeta principalmente o direito à liberdade, um dos mais caros do ordenamento jurídico, o que torna o citado ramo jurídico a *ultima ratio* de todo o sistema. Nesse sentido caminha a já consolidada jurisprudência dos tribunais superiores, conforme excerto abaixo:

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

3.5.3. Ressalta-se, ainda, que a decisão sobre quais investigados incluir na denúncia, de fato, é competência exclusiva do Ministério Público. Porém, o fato de não se ter oferecido denúncia, até a presente data, contra representantes ou empregados da EBE, não pode significar a obrigatoriedade de que a Administração Pública replique a decisão do *parquet*. Isso porque, além da independência das instâncias, há razões de política criminal que fogem ao escopo de um PAR, mas que, certamente, são consideradas nas investigações criminais e no ajuizamento das ações penais. Nesse sentido, a argumentação de que “tivesse o Ministério Público o mínimo de indícios de provas acerca da autoria de qualquer crime praticado pelos dirigentes da EBE, com certeza, os teria indiciado” (doc. 2568870, §46) é falaciosa, por consistir em generalização que não se sustenta, seja fática ou normativamente.

3.5.4. Ademais, não há contradição nas argumentações do Relatório Final e do parecer da CONJUR, conforme afirma a defesa (doc. 2568870, p. 10 e 11), porque a autonomia entre as instâncias se aplica às decisões dos órgãos julgadores, de forma que os processos podem ser compartilhados, servindo, um ao outro, como prova emprestada. Logo, as ilações da defesa, nesse aspecto, não merecem prosperar, pois o Relatório Final e o parecer da CONJUR apenas fazem uso da ação penal como elemento probatório, com fins de reforçar outras provas que apontam para a autoria da condenada. Não se trata, destarte, de mera replicação da decisão judicial na seara administrativa.

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

Argumento 3: a colaboração premiada, a delação e o acordo de leniência, isolados, não constituem meios de prova (tópico V.2.2, p. 17 a 19, do doc. 2679112)

3.6. Em resumo, a defesa aduz que a colaboração premiada, a delação e o acordo de leniência não podem, isoladamente, ser considerados meios de prova. Para isso, seria necessário que viessem acompanhados de outros documentos ou depoimentos que corroborassem as alegações dos colaboradores.

### Análise do argumento 3

3.6.1. Novamente, não se está diante de novo fato ou argumento. A CPAR, em seu Relatório Final (doc. 1888090, §31, argumento 2), assim como o Parecer da CONJUR (doc. 2480852, §§66 e 67), bem analisaram a matéria e justificaram a possibilidade de sancionamento da processada.

3.6.2. Tendo em vista que o argumento é repetido, esta análise concorda com o entendimento da CPAR e da CONJUR, uma vez que a decisão condenatória não foi pautada em uma única colaboração premiada, delação ou acordo de leniência. Em verdade, os autos apresentam farto material probatório produzido por diversas fontes, como o Ministério Público Federal (MPF), o Poder Judiciário, a Controladoria-Geral da União (CGU), o Tribunal de Contas da União (TCU) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

3.6.3. A título meramente exemplificativo, pois a questão já foi amplamente debatida em contraditório, e a decisão pela suficiência probatória já foi motivada no Relatório Final bem como no parecer da CONJUR, consta da Ação Penal nº 0510926-86.2015.4.02.5101 (doc. 1436318, p. 40):

Em suma, há indicação clara de que as empresas se organizaram em dois consórcios - UNA3 (CAMARGO, UTC, ODEBRECHT e ANDRADE GUTIERREZ) e ANGRA 3 (QUEIROZ GALVÃO, TECHINT e EBE) - e com isso garantiram que as somente as sete fossem habilitadas. Em seguida, uniram-se conforme autorizado no edital, frustrando mais uma vez a competitividade da licitação. Além disso, as empreiteiras teriam combinado que os dois consórcios ofereceriam propostas no limite estabelecido para ambos os pacotes de execução, tendo ajustado previamente, inclusive, quem ganharia cada pacote.

3.6.4. Outros pontos relevantes são a conclusão do TCU sobre a existência de cláusulas editalícias que restringiam a competição, bem como o entendimento de que a realização de pré-qualificação, como feito pela Eletronuclear, apesar de possuir previsão no art. 114 da Lei nº 8.666/1993, é fortemente desaconselhada, pois, segundo farta jurisprudência do próprio Tribunal, tende a criar um ambiente favorável a conluios.

3.6.5. Ademais, o Termo de Cessação de Conduta firmado pela Andrade Gutierrez Engenharia perante o CADE (doc. 1436314) apresenta declarações detalhadas de colaboradores, juntamente com *prints* de e-mails e de agendamentos no Outlook, que indicam a ocorrência de diversas reuniões entre as pessoas jurídicas consorciadas. Essas reuniões ocorreram, segundo consta dos documentos, antes mesmo da abertura das propostas comerciais, e tiveram como pautas a combinação de preços, a divisão de pacotes (em especial, se cada um dos consórcios deveria ganhar um pacote ou se o UNA 3 deveria ganhar ambos e desistir de um, o que, de fato, acabou ocorrendo), e, até mesmo, a tentativa de aparentar competitividade entre eles, por exemplo, por meio da combinação de recursos administrativos. Nesse sentido, por exemplo, há troca de mensagens entre os dirigentes das pessoas jurídicas constituintes dos dois consórcios, em dezembro de 2013, para o agendamento de uma dessas reuniões. Ocorre que, nessa época, ainda não havia ocorrido a fusão dos consórcios (formação do Consórcio ANGRAMON) e, sequer, havia sido comunicado oficialmente o resultado da licitação (o que só veio a acontecer em 29/01/2014, conforme p. 91 do doc. 1436314). Destaca-se que o endereço eletrônico do Sr. Arcy Motta de Paiva (então diretor da EBE, falecido em março de 2014) é um dos correspondentes nessa troca de e-mails (doc. 1436314, p. 86).

3.6.6. Também fazem prova da conduta de fraude ao caráter competitivo da licitação os Acordos de Leniência firmados pela Construtora Camargo Correa (doc. 1436307) e pela UTC Engenharia (doc. 1436310) perante a CGU e a Advocacia-Geral da União, o Acórdão TCU nº 483/2017-Plenário (doc. 1436331), os Termos de Colaboração firmados por Flávio David Barra (doc. 1547091), por Gustavo Botelho (doc. 1547093) e por Dalton Avancini, conforme consta na Denúncia (doc. 1436322) e na Sentença (doc. 1436318, p. 38), ambas da Operação Radioatividade. Portanto, não procede a alegação de que a condenação se baseou isoladamente em colaboração premiada, delação ou acordo de leniência. Em verdade, todos os elementos ora listados, analisados conjunta e sistematicamente, permitiram a conclusão pela condenação.

3.6.7. Por fim, é relevante destacar que o entendimento da CPAR se filia à pacífica jurisprudência dos tribunais superiores quanto à possibilidade de condenação com base unicamente em indícios, quando estes são convergentes e a infração, por sua própria natureza, deixa pouca ou nenhuma prova inequívoca de sua ocorrência. A título ilustrativo, seguem precedentes nesse sentido:

6. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 68.006-MG, manifestou o entendimento de que “**indícios vários e coincidentes são prova**”. Tal entendimento vem sendo utilizado pelo Tribunal em diversas situações, como nos Acórdãos-Plenário nºs 113/95, 220/99 e 331/02. Há que

verificar, portanto, no caso concreto, quais são os indícios e se eles são suficientes para constituir prova do que se alega. [...]

29. Assim, não se exige que haja prova técnica do conluio, até porque, como exposto na jurisprudência acima, “**prova inequívoca de conluio entre licitantes é algo extremamente difícil de ser obtido**”, visto que os licitantes fraudulentos sempre tentarão simular uma competição verdadeira. **Não se pode, portanto, menosprezar a prova indiciária, quando existe no processo somatório de indícios que apontam na mesma direção.** (Acórdão 57/2003-Plenário, citado no AC 0333-07/15-P, original sem grifos).

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

3.6.8. Assim, pelos motivos acima, opina-se pelo não acatamento dessa tese da defesa.

Argumento 4: as provas obtidas em delações premiadas ou acordos de leniência não podem ser usados contra a EBE (tópico V.2.3, p. 19 a 21, do doc. 2679112)

3.7. A defesa argumenta que as provas obtidas em delações premiadas ou acordos de leniência não podem ser usados contra a EBE, (i) pois esta não foi signatária de nenhum acordo; (ii) porque diriam respeito a atos dos consórcios, e, segundo a defesa, a CGU estaria estendendo a responsabilização destes para a processada; e (iii) porque não estaria comprovado o cometimento de conduta dolosa pela pessoa jurídica condenada.

#### Análise do argumento 4

3.7.1. Apesar de o primeiro ponto ser repetido na argumentação da defesa, reitera-se que é desnecessário que a condenada seja signatária de um acordo de leniência para que este possa ser utilizado como prova de sua culpabilidade. Em verdade, o motivo fundamental pelo qual a Administração celebra acordo de leniência com um ente privado consiste na alavancagem das investigações, que é possibilitada através de declarações e fornecimento de documentos que possibilitem a identificação de outros envolvidos. É justamente nesse contexto que o acordo de leniência foi utilizado como um dos elementos de informação nestes autos.

3.7.2. Impende também enfatizar que, ao oposto do que é aventado pela defesa, não houve qualquer extensão de responsabilidade dos consórcios à pessoa jurídica, em respeito ao princípio da intrascendência da pena. A condenação se baseou em PAR instaurado em face da EBE (não dos consórcios), no qual foram apuradas as condutas individualmente atribuíveis a ela (não aos consórcios), respeitando-se o contraditório, a ampla defesa, e o devido processo legal.

3.7.3. Por fim, a alegação de ausência de comprovação de conduta dolosa da EBE, o que impediria a continuidade do processo administrativo, é completamente vazia de fundamentação jurídica, haja vista que o art. 2º da Lei nº 12.846/2013 impõe a responsabilização objetiva da pessoa jurídica quando esta incidir nos atos ilícitos legalmente previstos. Logo, por ser objetiva a responsabilização, é irrelevante o questionamento sobre se a conduta foi dolosa.

3.7.4. Assim, pelos motivos acima, opina-se pelo não acatamento dessa tese da defesa.

Argumento 5: ausência de culpabilidade da EBE (tópico V.2.4, p. 21 a 25, do doc. 2679112)

3.8. A defesa alega que, como a EBE nunca foi líder dos consórcios constituídos para celebrar os pacotes da licitação da Eletronuclear, não seria correta a conclusão por responsabilizá-la pela prática de conduta ilícita. Ademais, a defesa argumenta que a condenada “não tinha ciência das negociações que estavam sendo feitas e que vieram a conhecimento no âmbito da Operação Lava Jato”, bem como “apenas atendia as orientações das empresas líderes dos consórcios, como lhe competia, nos termos do contrato de consórcio firmado entre as partes”. Além disso, também é contestada a tese da responsabilização solidária, a qual é prevista no §2º do art. 4º da Lei nº 12.846/2013, sendo arguida, pela defesa, a impossibilidade de condenação da EBE diante da suposta ausência de instauração de PAR em face da líder do consórcio.

### Análise do argumento 5

3.8.1. Novamente, há repetição de argumento que já foi suplantado pela CPAR em seu Relatório Final (doc. 1888090, §31, argumento 4), cujo trecho foi acolhido pela CONJUR em seu Parecer (doc. 2480852, §§69).

3.8.2. Como já relatado pela CPAR, os elementos juntados aos autos (especialmente Acordo de Leniência UTC-CGU-AGU, Termo de Colaboração de Gustavo Ribeiro de Andrade Botelho, Termo de Cessação de Conduta Andrade Gutierrez-CADE e *prints* de e-mails e de agendamentos de reuniões no Outlook, os quais também serão revistos no próximo item desta nota técnica) são indícios vários e coincidentes de que membros do corpo diretivo da EBE estiveram presentes em reuniões que tinham como pauta a negociação de preços para as ofertas e a divisão dos pacotes. Logo, só por isso, já se vislumbra a responsabilização administrativa da processada, uma vez que o art. 5º, inciso IV, alínea a, da Lei nº 12.846/2013, tipifica como ato ilícito a conduta de fraudar o caráter competitivo de licitação, e que o art. 2º do mesmo diploma legal estabelece a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica que incidir nesses atos, em seu interesse ou benefício.

3.8.3. Ainda que se discutisse o fato de os representantes da EBE terem ou não voz ativa ou poder de decisão nessas reuniões, o fato de a EBE se colocar alheia à ilegalidade dos atos praticados, apenas acatando a orientações da líder do consórcio, não deveria isentá-la de responsabilização, pois a responsabilidade prevista na Lei nº 12.846/2013 é de índole objetiva. Nesse sentido, com base na teoria do risco-proveito da atividade empresarial, a responsável pelo exercício da empresa, ou seja, a pessoa jurídica, deve responder pelos riscos que causar à sociedade, independentemente de dolo ou culpa. Nesse ponto, deve-se reconhecer que a corrupção é um risco inerente a toda atividade econômica, e, como a pessoa jurídica a exerce de forma organizada e profissional, bem como, no caso em tela, remunerada com dinheiro público, é natural a conclusão de que a responsabilização objetiva deve incidir, ainda que a processada só estivesse seguindo orientações da líder do consórcio, já que figurou como beneficiada pelo ato ilícito.

3.8.4. Afinal de contas, se a EBE é citada em diversos depoimentos como partícipe no conluio; se existe registro de trocas de e-mails de agendamento de reuniões, contendo, inclusive, endereços eletrônicos de ex-dirigentes da EBE como destinatários; e se há depoimentos coincidentes no sentido de que os representantes da EBE compareceram a esses encontros; há razões suficientes para concluir que, ainda que a processada se coloque, agora, como mera seguidora das decisões da líder do Consórcio ANGRA 3, seu corpo diretivo tinha ciência daquilo que era discutido nessas reuniões e, no mínimo, aderiu ao esquema. Logo, em última instância, a condenada tinha a prerrogativa de se desvincular do consórcio, mas se manteve consorciada e foi beneficiária da fraude.

3.8.5. Por fim, cabe ressaltar que o Relatório Final não reconheceu a existência de responsabilidade solidária, mas sim de responsabilidade direta. Conforme excerto a seguir, a solidariedade só foi levantada com finalidade argumentativa para a hipótese de que a tese da defesa tivesse razão (o que não foi constatado), de forma que não há como prosperar, portanto, a nova tese de que o PAR deveria ter sido aberto somente contra a líder do consórcio e que as demais só poderiam ser chamadas a pagar a multa caso a líder não cumprisse a sanção imposta (doc. 1888090, §31, análise do argumento 4):

**Análise 4:** O fato de não figurar como líder dos consórcios não exime a EBE pela responsabilidade dos delitos cometidos contra a administração pública. Não é demais lembrar que a tônica da Lei nº 12.846, de 2013, é o da **responsabilização objetiva de pessoas jurídicas que tenham diretamente praticado os delitos capitulados na LAI ou que tenham sido beneficiadas por tais ilícitos** (inteligência do art. 2º da Lei). **Dessa maneira, não há como afastar a culpabilidade da EBE pelos atos lesivos apurados por meio deste PAR.**

**Ainda que assim não o fosse**, a própria Lei nº 12.846/13, em seu Art. 4º, §2º, prevê expressamente que “*as consorciadas serão solidariamente responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei*”, ou seja, **ainda que se admitisse a tese da defesa, o que não se está a fazer, ainda seria devido pagamento de multa pela pessoa jurídica integrante do consórcio que comete atos lesivos.** (original sem grifos)

3.8.6. Assim, pelos motivos acima, opina-se pelo não acatamento dessa tese da defesa.

Argumentos 5, 6, 7, 8 e 9: ausência de provas da participação da EBE no conluio (tópicos V.3.5, V.3.6, V.3.7 e V.3.8, p. 25 a 32 do doc. 2679112)

3.9. A defesa dissente da conclusão pela condenação, ao apontar que não houve participação dos dirigentes da EBE em nenhuma suposta reunião para alinhamento de preços ou formação de cartel; que o acordo de leniência firmada com a Camargo Correa aponta somente a participação das empresas do consórcio UNA 3 nas reuniões; que inexistem, no acordo de leniência firmado pela UTC, provas da participação da processada; e que o termo de cessação de conduta firmado pela Andrade Gutierrez perante o CADE não traz provas da participação da EBE no alegado conluio.

Análise dos argumentos 5, 6, 7, 8 e 9

3.9.1. Não se está diante de novos fatos ou argumentos. A CPAR, em seu Relatório Final (doc. 1888090, §31, argumentos 5 a 8), assim como o Parecer da CONJUR (doc. 2480852, p. 10 e 11), bem analisaram a matéria e justificaram a possibilidade de sancionamento da processada.

3.9.2. Ainda que a defesa argumente que as reuniões das quais os representantes da EBE participaram não foram realizadas para discutir assuntos ilícitos ou ilegais, há provas suficientes nos autos a demonstrar que muitas dessas reuniões tiveram como pauta o acerto de condutas anticompetitivas. Os documentos juntados permitem concluir que as pessoas jurídicas envolvidas, dentre elas, a EBE, começaram as tratativas de acordos de preços e divisão dos pacotes entre os consórcios antes mesmo do oferecimento de propostas, o que já denota fraude ao caráter competitivo do certame.

3.9.3. Há, outrossim, indícios de que esses atos anticompetitivos já se manifestaram na etapa de pré-qualificação, ou seja, antes da fase competitiva, através da combinação de recursos administrativos, com vistas a dar aparência de regularidade ao procedimento. Ademais, ainda que não haja prova inequívoca de pagamentos feitos pela EBE aos agentes públicos, há indícios vários e coincidentes de que ela participou da reunião em que foi discutido o pagamento de propina (docs. 1436314, p. 119 a 123; 1547091, p. 7; 1611079, p. 9; 1436318, p. 38), ocorrida em 01/09/2019, ou seja, antes mesmo da assinatura do contrato (19/09/2014). Mesmo cientes do esquema de corrupção, os representantes da EBE assinaram o posterior contrato junto às demais consorciadas, e a acusada nada fez no sentido de desvincular-se ou comunicar os ilícitos aos órgãos competentes. Logo, é bastante razoável a conclusão de que a EBE manteve-se aderente ao esquema, sendo uma de suas diretas beneficiárias, e, portanto, deve ser responsabilizada, nos termos do art. 2º da Lei nº 12.846/2013.

3.9.4. [REDACTED]

3.9.5. [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

3.9.6. É necessário, outrossim, destacar que a alegação de que o Acordo de Leniência UTC-CGU-AGU não teria provas de participação da processada ignora a análise sistemática de todo o arcabouço probatório que foi empregada neste PAR. Sendo assim, a análise cotejada do citado acordo de leniência com o Termo de Colaboração prestado por Gustavo Ribeiro de Andrade Botelho ao MPF e com *prints* de e-mails e agendas do Outlook (p. 75, figura 13; p. 78, figura 15 p. 79, figura 16; p. 85 a 88, figura 18; do doc. 1436314) dispostos no Termo de Cessação de Conduta Andrade Gutierrez-CADE, indicam que houve participação de representantes da EBE nessas reuniões:

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

3.9.7. Corroborar, ainda, todos os já mencionados indícios convergentes de participação da EBE no esquema ilícito, o fato de a diferença de preço entre as propostas dos dois consórcios iniciais, UNA 3 e ANGRA 3, em ambos os pacotes, ter sido de apenas 0,01%. Tal percentual mostra-se extremamente baixo em uma licitação de tamanha complexidade, e constitui, junto aos demais documentos, indício convergente de que as pessoas jurídicas consorciadas, incluída a EBE, se coadunaram para fraudar a concorrência. Nesse sentido, segue trecho da denúncia da operação Radiotividade (doc. 1436322, p. 58), que bem ilustra esse ponto:

Finalizado o certame, e seguindo o ajuste entre as empresas cartelizadas, a proposta do Consórcio UNA 3 ficou no limite máximo superior admitido pela ELETRONUCLEAR (4,98% a mais), e a proposta do Consórcio ANGRA 3 foi 0,01% superior à do suposto concorrente.

**Registra-se que essa mesma diferença de preços ocorreu em ambos os pacotes da licitação, fato esse altamente improvável de ocorrer em ambiente de livre concorrência, somente podendo decorrer do ajuste entre as empresas, evidenciando-se nitidamente o prejuízo imposto à ELETRONUCLEAR.** (original sem grifos)

3.9.8. Por fim, os documentos citados no histórico de conduta anexo ao Acordo de Leniência UTC-CGU-AGU (p. 4 do doc. 1436307) são os mesmos *prints* de e-mails e agendas do Outlook que se encontram dispostos no corpo do histórico de conduta do Termo de Cessação de Conduta Andrade Gutierrez-CADE (doc. 1436314). Destarte, não subsiste a alegação de que haveria cerceamento do direito de defesa da processada.

3.9.9. Assim, pelos motivos acima, opina-se pelo não acatamento dessas teses da defesa.

Argumentos 10, 11 e 12: ausência de proporcionalidade, razoabilidade e motivação para as sanções (tópicos VI.1, VI.2 e VI.3, p. 33 a 38, do doc. 2679112)

3.10. Finalmente, a defesa discorda da aplicação do patamar máximo que teria sido utilizado na definição da multa aplicada, e pleiteia a aplicação do percentual de 1%. Alega, ainda, que o percentual aplicado deveria incidir sobre as informações do balancete de verificação apresentado por ela (doc. 2568872), que a declaração de inidoneidade deveria ser limitada a até 2 anos e que não teria havido motivação suficiente para as três sanções aplicadas.

#### Análise dos argumentos 10, 11 e 12

3.10.1. Conforme reconhece a defesa, o percentual aplicado, de fato, foi 9,5%. Ocorre que o percentual máximo previsto no art. 6º, inciso I, da Lei nº 12.846/2013 é de 20%. Assim, como o percentual efetivamente aplicado está abaixo da metade do que poderia chegar, está equivocada a alegação da defesa de que a multa teria incidido em patamar máximo.

3.10.2. No que tange ao pedido de mudança da base de cálculo, é necessário reconhecer que, em regra, esta deverá ser o faturamento bruto da pessoa jurídica condenada, excluídos os tributos, no ano imediatamente anterior ao da instauração do PAR, com fulcro no art. 6º, inciso I, da Lei nº 12.846/2013. Excepcionalmente, nos casos em que não for possível a utilização desse critério, em razão de a pessoa jurídica não ter obtido faturamento no ano anterior ao da instauração do PAR, a base de cálculo a ser adotada deverá ser o faturamento da pessoa jurídica no ano de ocorrência dos atos ilícitos, excluídos os tributos, conforme dispõe o art. 22, inciso I, do Decreto nº 8.420/2015, vigente ao tempo da instauração deste PAR. Remete-se, ainda, à IN CGU nº 01/2015, a qual estabelece que o faturamento bruto compreende a receita bruta de que trata o art. 12 do Decreto-lei nº 1.598/1977. Por sua vez, o referido normativo dispõe o seguinte:

Art. 12. A receita bruta compreende:

- I - o produto da venda de bens nas operações de conta própria;
- II - o preço da prestação de serviços em geral;
- III - o resultado auferido nas operações de conta alheia; e

IV - as receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica não compreendidas nos incisos I a III.

3.10.3. No caso concreto, a acusada foi intimada a apresentar elementos necessários à aferição da multa a partir do faturamento bruto do exercício de 2019 (último exercício anterior ao da instauração do PAR):

41. Em face do exposto, com fulcro no art. 11 da Lei nº 12.846, de 2013, combinado com o art. 16 da Instrução Normativa CGU nº 13/2019, resguardados os direitos e garantias fundamentais, em especial os previstos no art. 5º da Constituição da República, a Comissão decide **INTIMAR** a sociedade empresária **Empresa Brasileira de Engenharia S.A.** para, no prazo de 30 dias a contar do recebimento da intimação:

[...]

**apresentar o conjunto completo das demonstrações financeiras do exercício 2019**, nos termos das International Financial Reporting Standards (IFRS) emitidas pelo International Accounting Standards Board (IASB), para análise dos parâmetros previstos nos arts. 17 a 23 do Decreto nº 8.420, de 2015 (**principalmente o Balanço Patrimonial (BP), a Demonstração do Resultado do Exercício (DRE) e as Notas Explicativas**); (Termo de Indiciação, doc. 1552771, original sem grifos)

3.10.4. Ocorre que o documento nº 2568872, juntado pela defesa, consiste em mero balancete de verificação, produzido unilateralmente pela processada. A defesa não forneceu o conjunto completo das demonstrações financeiras de 2019, e sequer apresentou a DRE, o BP e as notas explicativas do citado exercício. O balancete, por sua vez, não aponta o faturamento bruto/receita bruta ou mesmo os tributos que incidem sobre as receitas. Tampouco informa explicitamente o produto da venda de bens, o preço da prestação de serviços, o resultado nas operações de conta alheia e as receitas da atividade ou objeto principal, requisitos necessários à aferição da receita bruta no exercício de 2019, consoante o art. 12 do Decreto-lei nº 1.598/1977. Além disso, sequer a defesa esclarece qual foi o valor da receita bruta da EBE em 2019, ou seja, qual valor da base de cálculo ela entende que seria correto. Soma-se a isso o fato de que a Receita Federal do Brasil (RFB) pronunciou-se sobre o faturamento bruto da EBE em 2019, nos seguintes termos (doc. 1739197, p. 4):

7. Em atendimento, informa-se que o contribuinte em questão informou **faturamento bruto igual a zero no ano-calendário 2019**, de acordo com a ECF apresentada. (original sem grifos)

3.10.5. Por conseguinte, tendo por base (i) a declaração da RFB, que goza do atributo da presunção de veracidade do ato administrativo; (ii) a previsão normativa de que, quando a pessoa jurídica condenada não tiver obtido faturamento no ano anterior à instauração do PAR (faturamento bruto igual a zero), utilizar-se-á como base o faturamento bruto do ano de ocorrência do ilícito (art. 22, inciso I, do Decreto nº 8.420/2015); bem como (iii) o fato de a defesa não ter se desincumbido de provar e, sequer, de explicitar o valor que entende cabível como base de cálculo da multa, já que não apresentou os documentos solicitados e que o balancete, único documento juntado aos autos, não apresenta informações essenciais, sendo, pois, inservível; conclui-se que o argumento defensivo é destituído de fundamentos e, por isso, não merece ser acatado.

3.10.6. Sobre a suposta ilegalidade na aplicação da pena de declaração de inidoneidade, a defesa se equivoca ao considerar como sinônima desta a sanção de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração. A segunda, de fato, tem por prazo máximo 2 anos, porém a primeira, na qual foi condenada a empresa, deverá incidir, nos termos do art. 87, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993, (i) enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição (ii) ou até que seja promovida a reabilitação, a qual só poderá ocorrer após o prazo mínimo 2 anos e após a contratada ressarcir a Administração. Ou seja, este tópico da decisão condenatória não trouxe qualquer violação à Lei de Licitações.

3.10.7. Por fim, a Decisão Condenatória nº 187/2022 (doc. 2480856) está amparada em motivação aliunde (*per relationem*) ao fazer expressa menção ao Relatório Final, cuja opinião pela condenação encontra-se fundamentada (§§36 a 51 do doc. 1888090). Destarte, cumprido o dever de motivação contido no art. 50, inciso II, da Lei nº 9.784/1999, o argumento da defesa não tem procedência.

3.10.8. Assim, pelos motivos acima, opina-se pelo não acatamento dessas teses da defesa.

3.11. Com efeito, considera-se que não há nenhuma questão jurídica, preliminar ou de mérito, nem nenhum fato, que justifiquem a reconsideração da Decisão nº 187/2022 (doc. 2480856).

#### 4. CONCLUSÃO

4.1. Por todo o acima exposto, propõe-se pelo conhecimento do Pedido de Reconsideração formulado pela pessoa jurídica **Empresa Brasileira de Engenharia S.A. (CNPJ nº 33.247.271/0001-03)** e, no mérito, por negar-lhe provimento.

4.2. À consideração superior.



Documento assinado eletronicamente por **Ruan Carlos Albergaria D'Avila, Auditor Federal de Finanças e Controle**, em 06/07/2023, às 15:59, 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]



## CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

### DESPACHO CGIST-ACESSO RESTRITO

1. Aprovo a Nota Técnica nº 467/2023/COREP1 (SEI 2692016).
4. À consideração do Sr. Diretor de Responsabilização de Entes Privados.



Documento assinado eletronicamente por **MICHELE COSTA ANDRADE**, **Coordenadora-Geral de Investigação e Suborno Transnacional**, em 06/07/2023, às 16:28, 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 2872259 e o código CRC 8DD1817F

**Referência:** Processo nº 00190.102169/2020-65

SEI nº 2872259



## CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

### DESPACHO DIREP

1. No uso das atribuições constantes do art. 54, IV do Regimento Interno da CGU (Anexo I da Portaria Normativa CGU nº 38/2022), acolho os fundamentos constantes da Nota Técnica nº 467/2023/COREP1/DIREP/SIPRI (2692016), aprovada pelo Despacho CGIST (2872259).
2. Com efeito, a referida manifestação analisou integralmente as alegações da defesa trazidas em sede de pedido de reconsideração, tendo apresentado os argumentos de fato e de direito que justificam a manutenção integral da Decisão condenatória proferida no presente PAR.
3. Assim, o processo está apto para avaliação da autoridade julgadora competente (Sr. Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União), após a necessária manifestação da Consultoria Jurídica deste órgão.
4. À consideração superior do Sr. Secretário de Integridade Privada, com proposta de que o feito seja submetido à CONJUR/CGU.



Documento assinado eletronicamente por **FELIPE BARBOSA BRANDT, Diretor de Responsabilização de Entes Privados**, em 06/07/2023, às 16:38, 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 2872280 e o código CRC 90D09503

Referência: Processo nº 00190.102169/2020-65

SEI nº 2872280



## CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

### DESPACHO SIPRI

1. De acordo com a manifestação da DIREP.
2. Conforme art. 24 da IN CGU nº 13/2019, encaminhem-se os autos à CONJUR/CGU para manifestação jurídica prévia ao julgamento do Sr. Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União.



Documento assinado eletronicamente por **MARCELO PONTES VIANNA**, **Secretário de Integridade Privada**, em 10/07/2023, às 16:46, 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 2872285 e o código CRC 2BB0B39E

**Referência:** Processo nº 00190.102169/2020-65

SEI nº 2872285