

GRUPO II – CLASSE VII – Plenário

TC 016.991/2015-0 [Aposos: TC 011.765/2012-7, TC 017.445/2016-7]

Natureza: Acompanhamento

Entidade: Eletrobras Termonuclear S.A.

Responsáveis: Construtora Andrade Gutierrez S.A. (17.262.213/0001-94); Construtora Norberto Odebrecht S.A. (15.102.288/0001-82); Construtora Queiroz Galvão S.A. (33.412.792/0001-60); Construções e Comércio Camargo Correa S.A. (61.522.512/0001-02); Empresa Brasileira de Engenharia S.A. (33.247.271/0001-03); Othon Luiz Pinheiro da Silva (135.734.037-00); Techint Engenharia e Construção S.A. (61.575.775/0001-80); UTC Engenharia S.A. (44.023.661/0001-08).

Representação legal: Marcos Teles de Alcantara e outros, representando Construtora Queiroz Galvão S.A.; Bruno Campos Barretto e outros, representando Eletrobras Termonuclear S.A.; Celso Caldas Martins Xavier (172.708/OAB-SP) e outros, representando Empresa Brasileira de Engenharia S.A.; Antônio Henrique Medeiros Coutinho (34.308/OAB-DF) e outros, representando Construções e Comércio Camargo Correa S.A.; Tathiane Vieira Viggiano Fernandes (27.154/OAB-DF) e outros, representando Construtora Andrade Gutierrez S.A. e Construtora Norberto Odebrecht S.A.; Felipe Lauretti Spinardi (374.608/OAB-SP) e outros, representando UTC Engenharia S.A.; Michel Braz de Oliveira (235.072/OAB-SP) e outros, representando Techint Engenharia e Construção S.A.

SUMÁRIO: ACOMPANHAMENTO. AUDITORIA DE CONFORMIDADE NOS CONTRATOS DE ELETROMECAÂNICA DA UTN DE ANGRA 3. FRAUDE À LICITAÇÃO. ANÁLISE DAS AUDIÊNCIAS DAS EMPRESAS ENVOLVIDAS. CONFIRMAÇÃO DOS FATOS POR PARTE DE UMA DAS RESPONSÁVEIS E EFETIVA CONTRIBUIÇÃO PARA AS APURAÇÕES EM CURSO. CONSIDERAÇÕES ACERCA DO REFLEXO NOS PROCESSOS DE CONTROLE EXTERNO DOS ACORDOS FIRMADOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. ATENUAÇÃO DA PENA EM VIRTUDE DA COLABORAÇÃO PARA AS APURAÇÕES EM CURSO. APLICAÇÃO ÀS EMPRESAS CONSTRUTORA QUEIROZ GALVÃO, EMPRESA BRASILEIRA DE ENGENHARIA, TECHINT ENGENHARIA E CONSTRUÇÃO E UTC ENGENHARIA DA SANÇÃO DE INIDONEIDADE PARA PARTICIPAR DE LICITAÇÕES PROMOVIDAS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL PELO PRAZO DE CINCO ANOS. SOBRESTAMENTO DO JULGAMENTO EM RELAÇÃO ÀS EMPRESAS CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO CAMARGO CORRÊA, CONSTRUTORA ANDRADE GUTIERREZ E CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT ATÉ QUE O TRIBUNAL APRECIE MANIFESTAÇÃO DO

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL ACERCA DE
COMPROMISSO DAS EMPRESAS DE COLABORAR COM OS
PROCESSOS DE CONTROLE EXTERNO.

1. Os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança exigem que as instituições estatais atentem para o compromisso assumido nos acordos de colaboração e leniência celebrados com outros órgãos, considerando que a sanção premial estipulada é a contraprestação ao adimplemento da obrigação por parte do colaborador.
2. Além do nível de gravidade dos ilícitos, da materialidade envolvida, do grau de culpabilidade do agente e das circunstâncias do caso concreto, o Tribunal pode considerar na dosimetria da pena o fornecimento de informações que venham a contribuir com as apurações e o reconhecimento da participação nos ilícitos.
3. Com fundamento no art. 157, caput, do Regimento Interno, o Tribunal de Contas da União pode sobrestar a apreciação da matéria e, consequentemente, a aplicação da sanção de inidoneidade até que as empresas que celebraram acordo de leniência firmem novo compromisso junto ao Ministério Público Federal no intuito de contribuir com as apurações do processo de controle externo.

RELATÓRIO

Trata-se de processo de acompanhamento de auditoria de conformidade realizada pela Secretaria Extraordinária de Operações Especiais em Infraestrutura (SeinfraOperações) na Eletrobras Termonuclear S.A. (Eletronuclear), no âmbito do Fiscobras 2016, com o objetivo de fiscalizar as obras da Usina Termonuclear (UTN) de Angra 3, no Rio de Janeiro.

2. Por historiar adequadamente os principais fatos constantes do processo e apresentar relevantes fundamentos para subsidiar a decisão da Corte, adoto como relatório, com os ajustes pertinentes, a instrução do Auditor Federal (peça 329), a qual é complementada por judiciosos pareceres do Diretor e do Secretário da SeinfraOperações:

“INTRODUÇÃO

Trata-se de processo de acompanhamento de auditoria de conformidade na Eletrobras Termonuclear S.A. (Eletronuclear), no âmbito do Fiscobras 2016, com o objetivo de fiscalizar a licitação e os contratos referentes ao serviço de montagem eletromecânica da Usina Termonuclear de Angra III (GAC.T/CT-4500167239 e GAC.T/CT-4500167242). A presente instrução visa analisar as manifestações das empresas integrantes do Consórcio Angramon; UTC Engenharia S/A; Construtora Norberto Odebrecht S/A; Construtora Andrade Gutierrez S/A (AG); Construções e Comércio Camargo Corrêa S/A (CCCC); Construtora Queiroz Galvão S/A; Empresa Brasileira de Engenharia S/A (EBE); e Techint Engenharia e Construção S/A. As respostas à audiência promovida pela SeinfraOperações se deram com fulcro no art. 250, IV, do Regimento Interno do TCU, conforme determinação do Exmo. Ministro Bruno Dantas em despacho de 11/04/2016 (peça 96), item I.3, que determinou aos integrantes do Consórcio Angramon que apresentassem razões de justificativa quanto aos indícios de restrição à competitividade e de formação de cartel no âmbito dos processos de Pré-qualificação GAG-T/CN-005/2011 e de Concorrência GAC.T/CN-003/13, que deram origem aos Contratos GAC.T/CT-4500167239 e GAC.T/CT-4500167242.

2. Ainda conforme o mesmo Despacho, as integrantes do Consórcio Angramon foram alertadas de que a não elisão da irregularidade poderá ensejar a declaração de inidoneidade prevista no art. 46 da Lei 8.443/1992, independentemente da apuração de eventual prejuízo ao erário, citada no art. 16, § 14, da Lei 12.846/2013, à luz da competência atribuída ao TCU pelo art. 71, inciso II, da Constituição Federal. Foram igualmente alertadas acerca das demais sanções previstas em lei e aplicáveis ao caso (Achado III.1 do relatório de auditoria e Tópico I da instrução produzida pela unidade técnica).

HISTÓRICO

3. A Central Nuclear Almirante Álvaro Alberto (CNAAA) é um complexo que abrange três usinas termoeletricas (UTN) sob a responsabilidade da Eletronuclear, empresa estatal controlada pela Eletrobras, quais sejam: Angra I (projeto americano), que entrou em operação comercial em 1985; Angra II (projeto alemão), que entrou em operação comercial em 2001; e Angra III (praticamente idêntica a Angra II), cujas obras de construção encontram-se suspensas.

4. As obras da UTN Angra III foram iniciadas no início da década de 1980 e paralisadas em 1986. Por meio da Resolução 3/2007 do Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), decidiu-se retomar o empreendimento, o que efetivamente ocorreu em setembro de 2009 com o reinício das obras civis.

5. A partir daquele momento, novos contratos foram celebrados, a exemplo dos contratos de suprimentos nacionais e estrangeiros, contratos de montagem eletromecânica, contratos de projetos, supervisão e gerenciamento de obras dentre outros.

6. Em setembro de 2015, em decorrência da situação financeira deficitária da Eletronuclear e da dificuldade de se conseguir aumento da margem de financiamento junto ao Banco Nacional de Desenvolvimento Social (BNDES), motivado principalmente pelos atrasos e aumentos de custos, as obras da UTN Angra III foram suspensas e, até o momento, não foram retomadas, tendo permanecido em execução normal somente os contratos de bens e serviços importados, que são objeto de financiamento com a Caixa Econômica Federal.

7. As obras civis da UTN Angra III estão sendo fiscalizadas por esta Corte de Contas no âmbito do TC 002.651/2015-7, de relatoria do Ministro Bruno Dantas.

8. Já os serviços de montagem eletromecânica estão sendo fiscalizados por meio do presente processo, também de relatoria do Ministro Bruno Dantas, novo condutor do feito após sorteio, em decorrência do despacho do Ministro Raimundo Carreiro de 15/2/2016 (peça 82).

9. A montagem eletromecânica foi objeto de auditoria realizada no âmbito do Fiscobras 2016, na qual se constataram os seguintes achados de auditoria:

a. Fraude à licitação dos pacotes 1 e 2 da montagem eletromecânica (Concorrência GAC.T/CN-003/13), evidenciada pela adoção de critérios restritivos à competitividade do certame e pela formação de cartel/conluio entre a UTC Engenharia S.A. (líder); Construtora Norberto Odebrecht S.A.; Construtora Andrade Gutierrez S.A.; Construtora e Comércio Camargo Corrêa S.A.; Construtora Queiroz Galvão S.A.; Empresa Brasileira de Engenharia S.A.; e Techint Engenharia e Construção S.A., empresas do consórcio responsável pela execução dos contratos subsequentes à licitação (GAC.T/CT-4500167239 e GAC.T/CT-4500167242) e que estão envolvidas nas investigações da Operação Lava Jato, sendo que algumas delas já negociaram ou estão negociando acordos de leniência (achado III.1);

b. Insuficiência de recursos financeiros para dar continuidade à execução dos contratos, o que resultou na falta de pagamentos por períodos superiores a 120 (cento e vinte) dias, com consequente suspensão das atividades dos contratos de montagem eletromecânica e demais contratos referentes à construção da usina, à exceção dos contratos de bens e serviços importados, que, atualmente, possuem recursos financeiros disponíveis para dar continuidade à sua execução. Cabe ressaltar que a falta de recursos financeiros para a montagem eletromecânica posterga a entrada do empreendimento em operação e a obtenção das receitas provenientes da venda de energia elétrica, acentuando a situação de inviabilidade econômica da UTN Angra III (achado

III.2);

c. Potencial inviabilidade econômica do empreendimento, devido à ocorrência de: reiterados atrasos na execução das obras; modificações em sua estrutura financeira original no decorrer do processo decisório relativo ao financiamento da UTN Angra III; e redução da capacidade de aporte de recursos próprios da Eletronuclear, principalmente em função da redução das receitas com as vendas de energia elétrica produzida pelas UTN Angra I e II, ocasionada pela alteração da metodologia de reajuste anual das tarifas pela Aneel (achado III.3); e

d. Descompasso entre a execução física e a financeira dos contratos de montagem eletromecânica, causado pela adoção de critério inadequado de medição para os denominados serviços indiretos (instalação de canteiros, mobilização, elaboração de documentação técnica, entre outros), o que resultou na antecipação de medições e pagamentos, com consequente risco de ocasionar superfaturamento, caso haja interrupção definitiva da execução desses contratos sem a eliminação das medições/pagamentos antecipados no encontro de contas, cabendo ressaltar que tal risco foi agravado em função da suspensão da execução desses ajustes e do pedido de rescisão feito pelo consórcio, que inclusive ingressou com ação judicial na 44ª Vara Cível da Justiça Estadual do Rio de Janeiro (achado III.4).

10. Ao avaliar a gravidade de cada achado, a equipe de auditoria propôs classificar os dois primeiros como indícios de irregularidade grave com recomendação de paralisação (IGP); e os dois últimos como indícios de irregularidade grave que não prejudica a continuidade (IGC), conforme classificações adotadas nas sucessivas Leis de Diretrizes Orçamentárias (LDO).

11. A justificativa para não recomendar a paralisação do empreendimento como um todo (achado III.3) é que já haviam sido despendidos R\$ 7,17 bilhões no empreendimento até 30/9/2015, de modo que, considerando os custos afundados, é possível que venha a ocorrer, doravante, um fluxo de caixa positivo, que diminua o prejuízo total. Porém, caso a Eletronuclear não logre comprovar que o valor presente líquido do empreendimento será positivo, mesmo descontando os custos afundados (R\$ 7,17 bilhões), poderá haver indicativo de paralisação para o empreendimento como um todo, ao menos até que as premissas econômicas sejam favoráveis à retomada (elevação das receitas com a tarifa de energia ou redução das despesas de investimentos). Esse assunto está sendo abordado também no âmbito do TC 002.651/2015-7.

12. Quanto ao achado III.4, a justificativa à época para não o classificar como IGP foi que o adiantamento de pagamentos nos contratos de montagem eletromecânica poderia ser saneado durante a execução do contrato, por meio de retenções parciais de pagamentos caso este viesse a ser retomado. Contudo, o contrato foi anulado pela própria Eletronuclear e o encontro de contas está em andamento.

13. Em relação aos achados III.1 e III.2, por força do art. 117, § 9º, da Lei 13.242/2015 (LDO 2016), o relator atual deste processo, Ministro Bruno Dantas, emitiu despacho em 24/2/2016 (peça 85) autorizando a manifestação preliminar da Eletronuclear, para possibilitar que a estatal pudesse se pronunciar antes de o Tribunal discutir a pertinência, ou não, de se recomendar ao Congresso Nacional a paralisação do fluxo financeiro-orçamentário dos contratos GAC.T/CT-4500167239 e GAC.T/CT-4500167242 e/ou de adotar eventual medida cautelar.

14. Em cumprimento ao referido despacho, a Secretaria Extraordinária de Operações Especiais em Infraestrutura (SeinfraOperações) enviou ofício à Eletronuclear concedendo-lhe o prazo de quinze dias para apresentar manifestação preliminar quanto aos achados III.1 e III.2 (peça 86), tendo a estatal encaminhado a sua resposta por meio do documento inserido à peça 88.

15. Após relatório de inspeção, no qual a unidade técnica analisou a manifestação preliminar da Eletronuclear, o relator determinou à SeinfraOperações promover audiência das empresas integrantes do Consórcio Angramon para que apresentassem razões de justificativas quanto aos indícios de restrição à competitividade e de formação de cartel (Achado III.1 do relatório de auditoria e tópico I da instrução de peça 93).

16. Dessa forma, o escopo desta instrução está restrito à análise das manifestações das empresas integrantes do Consórcio Angramon em relação ao achado III.1, com vistas ao pronunciamento

quanto à aplicação da pena de inidoneidade por fraude comprovada à licitação, nos termos do artigo 46 da Lei 8.443/1992.

EXAME TÉCNICO

17. O presente exame técnico avaliará a participação das sete empresas integrantes do Consórcio Angramon em fraude a licitação da Eletronuclear e os possíveis impactos da confissão da Construções e Comércio Camargo Corrêa S/A (CCCC) na prática ilícita e de sua colaboração para as investigações tanto no presente processo quanto junto ao CADE e MPF por força dos acordos de leniência firmados.

18. Para facilitar o entendimento do presente exame técnico, construíram-se os seguintes tópicos:

- (I) Contextualização;
- (II) Das alegações da CCCC e respectivas análises;
- (III) Da responsabilização da CCCC;
- (IV) Da dosimetria da declaração de inidoneidade da CCCC.
- (V) Das alegações da UTC e respectivas análises;
- (VI) Da responsabilização da UTC;
- (VII) Da dosimetria da declaração de inidoneidade da UTC.
- (VIII) Das alegações da Andrade Gutierrez e respectivas análises;
- (IX) Da responsabilização da Andrade Gutierrez;
- (X) Da dosimetria da declaração de inidoneidade da Andrade Gutierrez;
- (XI) Das alegações da Odebrecht e respectivas análises;
- (XII) Da responsabilização da Odebrecht;
- (XIII) Da dosimetria da declaração de inidoneidade da Odebrecht;
- (XIV) Das alegações da Queiroz Galvão e respectivas análises;
- (XV) Da responsabilização da Queiroz Galvão;
- (XVI) Da dosimetria da declaração de inidoneidade da Queiroz Galvão;
- (XVII) Das alegações da Techint e respectivas análises;
- (XVIII) Da responsabilização da Techint;
- (XIX) Da dosimetria da declaração de inidoneidade da Techint;
- (XX) Das alegações da EBE e respectivas análises;
- (XXI) Da responsabilização da EBE;
- (XXII) Da dosimetria da declaração de inidoneidade da EBE;

(I) Contextualização

19. O conceito de cartel está sedimentado na literatura especializada, sendo caracterizado pela coligação entre empresas de mesma categoria com o objetivo de obter vantagens indevidas por meio de supressão da livre concorrência e sobre-elevação artificial de preços, entre outros mecanismos, assemelhando-se ao controle de mercado alcançado em uma situação de monopólio.

20. Nesse sentido, segundo a Secretaria de Direito Econômico - SDE/MJ a experiência internacional demonstra que as empresas participantes de cartéis em licitações públicas utilizam-se das seguintes estratégias: propostas fictícias ou de cobertura ('cover bidding'); supressão de propostas ('bid suppression'); propostas rotativas ou rodízio ('bid rotation'); **divisão do mercado ('market allocation' ou 'market division')**; e subcontratação.

21. Em 24/4/2012, o Consórcio Construcap-Orteng apresentou a este Tribunal de Contas representação (TC 011.765/2012-7) a respeito de possíveis irregularidades ocorridas no âmbito do edital de pré-qualificação GAC.T/CN-005/11, que visava selecionar empresas para participarem de futura concorrência para a prestação de serviços de montagem eletromecânica na usina de Angra 3. Esses serviços foram divididos em dois pacotes: um contendo serviços associados ao sistema primário (nuclear); e o outro, ao secundário (dito não nuclear ou convencional).
22. A pré-qualificação também foi dividida em duas etapas. Os documentos das duas etapas foram apresentados de uma só vez, sendo que, na primeira etapa, foi verificada a habilitação jurídica, fiscal, econômica e técnica dos participantes. Apenas dois consórcios foram habilitados. Contra o resultado dessa etapa, os representantes recorreram a esta Corte.
23. O Consórcio Construcap-Orteng, que não foi habilitado na primeira etapa do processo de pré-qualificação, alegou necessidade de adoção de medida cautelar por esta Corte, uma vez alegado o risco iminente de uma futura decisão perder a eficácia, caso a Eletronuclear devolvesse ao consórcio representante o envelope relativo à metodologia de execução dos serviços. Essa seria avaliada na segunda etapa do processo de pré-qualificação, prevista para o dia 24/4/2012, mesmo dia da dita representação.
24. No mérito, o Consórcio Construcap-Orteng pediu a anulação do ato de inabilitação, permitindo a sua participação na segunda fase do certame; ou que se anulasse o próprio certame por inteiro. Tal representação, aceita por este Tribunal e objeto de auditoria subsequente, tratou das questões atinentes à pré-qualificação das obras de montagem eletromecânica de Angra 3 (TC 011.765/2012-7).
25. Com base nos documentos juntados aos autos pelas partes e nas informações levantadas na fiscalização, propôs-se, preliminarmente, a suspensão do certame e realização de oitiva da Eletronuclear, uma vez que foram identificadas cláusulas de habilitação inseridas no edital de licitação que conferiam caráter restritivo ao referido certame. Dentre tais cláusulas, destacou-se a exigência de atendimento de pelo menos quatro subitens dos requisitos de habilitação técnica para cada empresa consorciada. Esse imperativo levou à obrigação de os consórcios demonstrarem mais de uma vez capacidade para a execução de serviços exigidos para a habilitação técnica.
26. O resultado foi a confirmação da habilitação de apenas dois consórcios.
27. Naquela oportunidade, alertou-se que, caso houvesse continuidade do certame, somente esses consórcios disputariam os dois pacotes de montagem, sendo que cada um só poderia sagrar-se vencedor de um único pacote.
28. Porém, com relação à suposta ilegalidade da inabilitação do Consórcio Construcap-Orteng, entendeu-se que não foi demonstrada a qualificação técnico-operacional suficiente para prosseguimento do consórcio no certame, uma vez que o atestado relativo aos serviços de execução de dutos de ventilação soldados não correspondia ao exigido no edital (não atendeu todos os pré-requisitos). Dessa feita, não foi possível - perante os elementos processuais disponíveis nos autos àquele momento -, acatar a manutenção do referido consórcio no certame.
29. Como resultado, proferiu-se o Acórdão 3.238/2012-Plenário, cuja recomendação foi para que a Eletronuclear, em respeito ao princípio da economicidade e ao objetivo basilar das licitações, de obtenção da 'melhor proposta', consoante o caput do art. 3º da Lei 8.666/93, ao fixar as regras para a licitação decorrente da Pré-qualificação GAC. T/CN-005/11, condicionasse a adjudicação do objeto à aceitação, pela adjudicatária, do menor preço oferecido entre todos os lances, à semelhança do procedimento preconizado no art. 4º, inciso XVII, da Lei 10.520/2002 (Lei do Pregão).
30. Na sequência, houve a realização da concorrência da montagem eletromecânica, participando os dois consórcios pré-habilitados na fase de pré-qualificação. Essa fase de licitação também foi objeto de auditoria por parte desta Corte de Contas (TC 009.439/2013-7 e TC 000.901/2014-8).
31. A equipe de fiscalização, em análise detida no edital de licitação GAC.T/CN-003/2013, identificou novos indícios de irregularidades que ensejariam a recomendação de paralisação do

certame (IG-P), tendo em vista a não competitividade do certame licitatório. Segundo levantado na auditoria anterior, havia dois licitantes para dois pacotes de serviços, sendo que não poderiam ser cumulativos para um mesmo licitante ambos os pacotes. Eis os achados de auditoria:

(1) Orçamento do edital inadequado (IG-P - edital de montagem) - foram encontrados indícios de sobrepreço no referido edital de R\$ 314 milhões (10,5%), sendo importante sua correção dada a pouca competitividade no certame (duas empresas para dois lotes). Importante mencionar os critérios de análise e as limitações destas análises, por não haver referencial de mercado. As impropriedades detectadas foram: i) erros de cálculos de encargos sociais (diferença negativa de R\$ 1,14 milhões); ii) reajuste indevido no valor adotado para a Cesta Básica (diferença de R\$ 4,85 milhões); iii) inconsistência na valoração de alguns custos indiretos (R\$ 65,6 milhões de diferença); iv) BDI referencial acima dos patamares sugeridos pela jurisprudência dessa Corte de Contas (diferença de R\$ 95,8 milhões); e v) permissão para contratação do objeto por valores 5% acima do valor máximo determinado pelo orçamento-base (diferença de R\$ 149 milhões).

(2) Licitação realizada sem contemplar os requisitos mínimos exigidos pela lei 8.666/93 - Constatou-se no edital de concorrência GAC.T/CN-003/13 que algumas inconsistências e omissões, de sensível impacto financeiro potencial, ensejam correções relevantes para uma regular gestão do contrato, além de evitarem ou minimizarem a ocorrência de pleitos indevidos por parte das contratadas. Essas inconsistências e omissões, em apertada síntese, são elencadas a seguir: i) informação equivocada de que o desconto do Renuclear (suspensão do IPI e II) foi considerado nos preços do orçamento; ii) imprevisão editalícia da desoneração da folha de pagamentos prevista na Lei 12.546/11; e iii) não exigência de composição de preços unitários para detalhamento das propostas dos licitantes. Proposta de alteração do edital incluindo as cláusulas supra;

32. Diante dessas constatações, propôs-se realizar oitiva da Eletronuclear para que a empresa apresentasse manifestações acerca de sobrepreço constatado no edital de licitação, além de determinar à companhia que alterasse cláusulas da minuta contratual, informando que o valor do contrato não considerava a suspensão dos tributos IPI e II, devido ao empreendimento ainda não se enquadrar nos regimes de isenção tributária previstos. Além disso, propôs-se determinar à estatal a inclusão de cláusula no contrato considerando o impacto positivo da desoneração da folha de pagamentos instituída pela Lei 12.546/2011.

33. Com relação às oitivas apresentadas pela Eletronuclear, observou-se que trouxeram argumentos novos aos autos, além de concordância com parte dos apontamentos efetuados no relatório técnico do TCU.

34. Da análise então empreendida, observou-se que persistiam, ainda, indícios de irregularidade que apontavam a existência de sobrepreço de R\$ 96 milhões, relacionados a erros de cálculo de encargos sociais, reajuste indevido no valor adotado para cesta básica, valoração dos custos indiretos, correção do BDI referencial e reflexos decorrentes do critério de aceitabilidade de preços até 5% superior ao orçamento de referência.

35. O TCU deliberou, mediante o Acórdão 2.603/2013-Plenário, a reclassificação da irregularidade de IG-P para IG-C, além de determinar à Eletronuclear o disposto:

9.2.1.2. exclua do orçamento original (R\$ 2.983.901.257,50) o montante de R\$ 10.105.631,90 (referente a encargos sociais, cesta básica, alimentação, transporte e outros itens de custos indiretos) e inclua, nas minutas contratuais do edital, cláusulas que prevejam que os valores de R\$ 20.325.442,47 (referente a folgas de campo) e R\$ 24.340.228,15 (referente à extensão de plano médico e odontológico aos dependentes dos funcionários), somente sejam pagos às contratadas, proporcionalmente, depois de exigidos por meio de Acordo/Convenção Coletiva de Trabalho;

9.2.1.3. altere o conteúdo do item 10.10 da minuta do contrato, constante do edital, no sentido de informar: i) que o valor do contrato não considera a redução resultante do impacto positivo da suspensão do IPI e II, tendo em vista a aprovação pelos órgãos competentes do empreendimento ANGRA 3 no Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento de Usinas Nucleares - Renuclear, conforme dispõe a Lei 12.431/11; e ii) a obrigatoriedade de a contratada aderir ao benefício, com consequente expurgo, nos preços contratados, dos valores atribuídos aos tributos

afetados pela adesão ao Renuclear;

9.2.1.4. inclua cláusula na minuta do contrato, constante do edital, no sentido de informar: i) que o valor do contrato não considera a redução resultante do impacto positivo da 'Desoneração da Folha de Pagamentos', instituída pela Lei 12.546/2011; e ii) a necessidade de adequação dos preços contratados em razão de ajustamento dessa nova legislação;

36. Em nota contextual, a fiscalização realizada por esse Tribunal em 2015 (TC 002.651/2015-8) não inseriu em seu escopo a análise do contrato de montagem eletromecânica, tendo em vista que se encontrava na fase inicial (menos de 8% executado, em sua maioria mobilização e instalação do canteiro).

37. Entretanto, novos elementos atinentes às auditorias realizadas nos anos de 2013, 2014 e 2015 - como a deflagração da Operação Radioatividade, desdobramento da Operação Lava Jato da Polícia Federal, envolvendo o ex-Presidente da Eletronuclear e as obras de construção da Usina Nuclear de Angra 3, e o acordo de leniência da Construtora Camargo Corrêa junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) - impuseram nova configuração material dos processos licitatórios das obras de montagem eletromecânica da Usina de Angra 3.

38. Agregou-se aos elementos antes presentes um acervo probatório com robustez suficiente para impor a nulidade dos contratos firmados. O que, em momento anterior, seriam cláusulas abstratas com o potencial de ferir a competitividade do certame, consubstanciou-se, com os novos elementos, em confissão e produção de prova de cartelização e fraude à licitação.

39. Daí a vantagem e a ímpar oportunidade de - carreando elementos novos, até então alheios ao conhecimento dos órgãos de fiscalização e controle - se avançar nas investigações administrativas antes impossíveis sem a atuação *pari passu* e concomitante dos órgãos de controle.

40. Com relação à denúncia do Ministério Público Federal do Paraná (peça 90) contra o ex-presidente da estatal, observa-se a ocorrência de possíveis irregularidades envolvendo corrupção na condução da licitação das obras de montagem eletromecânica da Usina Termonuclear de Angra 3, por meio do edital de pré-qualificação GAG-T/CN-005/11 e da concorrência GAG.T/CN-003/13.

No curso de tais procedimentos licitatórios, é possível identificar a prática de atos de ofício e omissão do denunciado OTHON LUIZ no interesse das empreiteiras cartelizadas, dentre elas, a ANDRADE GUTIERREZ, ao menos em três momentos distintos da licitação:

- a) na fase interna da licitação, com o direcionamento do certame para exclusão de outros licitantes;
- b) na fase externa da licitação, com a anuência à estratégia das empresas para excluir a competitividade e elevar os preços artificialmente, colocando-os próximos ao limite superior da faixa de preços admitida;
- c) na fase de negociação de descontos, com interferência para que os descontos exigidos das empreiteiras fossem os menores possíveis.

41. A denúncia trouxe, ainda, informações acerca de acertos com o denunciado, Othon (então presidente da companhia), relativos à inserção deliberada de cláusulas restritivas à concorrência para favorecer as empresas cartelizadas no edital de pré-qualificação para licitação dos pacotes de montagem eletromecânico de Angra 3:

A propósito, DALTON AVANCINI, ex-presidente da Camargo Corrêa que firmou acordo de colaboração com o MPF, informou que **o direcionamento da licitação para o grupo de empresas cartelizadas iria ocorrer mediante a inclusão de cláusulas restritivas no edital, que acarretaria a exclusão de outras prováveis licitantes**, já na fase de habilitação prévia.

Corroborando o exposto por DALTON, a Unidade Técnica do Tribunal de Contas da União, ao analisar a licitação, concluiu que foram identificadas cláusulas de habilitação que conferiam 'caráter extremamente restritivo ao certame, a exemplo da exigência de atendimento de pelo menos quatro subitens por cada consorciada'. Não obstante as conclusões técnicas, o Plenário do TCU resolveu determinar o prosseguimento da licitação (cf. Acórdão nº 3238/2012-TCU-Plenário). (Grifos acrescidos).

42. Dessa forma, observam-se elementos novos, no seio da licitação do pacote eletromecânico da Usina Termonuclear de Angra 3, acerca de assuntos já julgados neste Tribunal (vide Acórdãos 3.238/2012, 2.603/2013 e 2.390/2014, ambos do plenário deste TCU), e que merecem atenção especial.

43. Insta observar e-mail apreendido pela Polícia Federal (peça 91, documento 32), em que se cita decisão acerca do vencedor de cada pacote de montagem eletromecânica de Angra 3:

Reformulação do que foi decidido na última reunião do Conselho [cartel] sobre a estratégia de venda. Decidiu-se, então, que teríamos um vencedor para cada pacote. Em conversa, nesta semana, com o cliente, notou-se o desconforto pela decisão tomada, pois tinha sido acordado, anteriormente, que haveria um vencedor para os dois pacotes, sendo que o vencedor optaria por um pacote, e outro pacote seria ofertado ao outro grupo pelo preço ofertado pelo grupo vencedor.

Reformulou-se então a decisão, sendo que após acalorada discussão, o nosso grupo sairá vencedor, escolherá o pacote que lhe interessa, e o outro grupo leva o outro pacote. (grifos acrescidos)

44. Dessa maneira, verificam-se fortes indícios de que não houve competitividade no certame de concorrência dos pacotes de montagem eletromecânica de Angra 3, dada a formação de cartel para a referida licitação, efetuado entre as concorrentes da licitação.

45. Ponto que também merece destaque naquela denúncia do MPF é a fusão dos dois contratos de montagem em um único consórcio, em que o percentual de desconto, de 6%, teria sido inferior ao benefício potencial de ganhos para tal tipo de operação (informação constante da denúncia), operacionalizado pelos consórcios e pelo então presidente da estatal.

46. Outro ponto essencial nas novas informações trazidas decorre das Operações Radioatividade e Lava Jato da Polícia Federal. Após tais investigações, no que se refere exclusivamente à montagem eletromecânica das obras de construção da Usina Termonuclear de Angra 3, a empresa Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A. (CCCC) pactuou um acordo de leniência com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) dando conta da formação de cartel para atuar na licitação e contratação destas obras.

47. No documento, observa-se que ex-funcionários daquela empresa e signatários do Acordo de Leniência trouxeram ao CADE a prática de condutas anticompetitivas (formação de cartel) no mercado de obras de montagem eletromecânica da usina de Angra 3, licitada pela Eletronuclear, na qual a construtora Camargo Corrêa fez parte de consórcio vencedor do certame licitatório.

48. Tal documento retrata a denúncia, após as auditorias realizadas em 2013 e 2014 nas obras de montagem eletromecânica da UTN Angra 3 e na apuração da representação contida no TC 011.765/2012-7, uma vez que se tratam de documentos inerentes às empresas contratadas, tais como e-mails e documentos internos das empresas, apresentados ao CADE na ocasião do Acordo.

49. Segundo o referido Acordo, houve a formação de cartel na licitação dos pacotes de montagem eletromecânica das obras da UTN Angra 3, sendo que a atuação desse conluio se deu tanto na fase de pré-qualificação quanto na licitação dos pacotes de montagem.

50. O Acordo divide em três etapas distintas a licitação das obras de montagem, sendo que a atuação do cartel na licitação da montagem eletromecânica de Angra 3 se deu nas etapas 2 e 3, a seguir detalhadas:

Etapas 1 - Audiência Pública

51. Esta etapa, lançada em 2009, não foi objeto da denúncia, uma vez que não se tem nenhuma evidência, no Acordo, de atos relacionados ao cartel para a licitação da montagem eletromecânica de Angra 3.

52. No entanto, cumpre informar que se trata de uma fase em que a Eletronuclear divulgou, em agosto de 2009, audiência pública e os conceitos básicos para a licitação dos serviços de engenharia de projeto, montagem eletromecânica e gerenciamento pra implantação da Usina de Angra 3, bem como os requisitos gerais para qualificação de empresas para o certame - antecedente da Etapa 2 a

seguir.

53. De antemão, na ocasião da audiência pública, foram divulgados os requisitos gerais de qualificação para a participação no futuro certame licitatório das obras de montagem eletromecânica, como a exigência de comprovação de experiência em montagem de usinas nucleares ou instalações industriais de complexidade equivalente.

Etapa 2 - Pré-qualificação

54. Segundo o CADE, foi nessa etapa - processo de pré-qualificação, que houve a formação das bases para a conduta anticompetitiva na licitação, com a formação do cartel. Essa fase durou de 12/8/2011 até 28/11/2012, e compreendeu a pré-qualificação de empresas ou consórcios que estariam aptos a participar da licitação dos pacotes de montagem eletromecânica de Angra 3 - dois pacotes (nuclear e não nuclear).

55. Segundo consta no Acordo, foram apresentados, de maneira geral, os procedimentos para pré-qualificação, com as etapas de apresentação de documentos de habilitação e apresentação de metodologia de execução dos serviços.

56. Nesse momento foi esclarecido no edital que um mesmo licitante não poderia ser contratado para a execução dos dois pacotes, e que os consórcios não poderiam ser formados por mais do que quatro empresas.

57. Dessa forma, o edital, remetido para 54 empresas, teve 18 visitas aos locais dos serviços, e foram apresentadas 5 propostas, compostas por quatro consórcios e uma proposta de empresa isolada (Skanska).

58. Na pré-qualificação, foram eliminados a empresa Skanska (proposta isolada) e outros dois consórcios, restando os consórcios UNA3 e Angra3, delatados como participantes e formadores do cartel.

59. Assim, mesmo diante da postulação de diversos recursos administrativos e impugnações, a Eletronuclear manteve a decisão inicial de habilitar apenas os consórcios UNA3 e Angra3. Não obstante, observa-se que o consórcio Construcap-Orteng, além de apresentar impugnação, recurso administrativo e buscar as instâncias judiciais, também representou ao TCU, em 24/4/2012, objeto do TC 011.765/2012-7, e que, por meio do Acórdão 3.238/2012-P, diante dos elementos até então presentes nos autos, permitiu-se prosseguimento do certame licitatório.

60. Segundo o Acordo de Leniência 06/2015/CADE, 'há informações de que os contatos iniciais entre os concorrentes foram realizados desde essa segunda etapa, de pré-qualificação', havendo arranjos desde 2011 para a articulação entre os consórcios UNA3 e Angra3 com relação à participação na referida licitação. Assim, há evidências, nesse Acordo, de que apenas os dois consórcios seriam qualificados e que, sendo assim, dividiriam os dois pacotes da licitação entre eles.

61. Dessa forma, esses elementos novos trazidos aos autos têm o condão de mudar o cenário fático então avaliado pelo TCU, com o poder de implicar na revisão do Acórdão 3.238/2012-P, uma vez que trazem elementos reais e contundentes da formação de cartel na licitação das obras de montagem eletromecânica de Angra 3, formado pelas empresas Construtora Andrade Gutierrez, Construtora Norberto Odebrecht, Construtora Camargo Corrêa, UTC Engenharia, Construtora Queiróz Galvão, Empresa Brasileira de Engenharia e Techint Engenharia.

Etapa 3 - Concorrência pública

62. A terceira etapa descrita no Acordo, referente à formação do cartel incidente na licitação das obras de montagem eletromecânica de Angra 3, compreende a formação do preço de proposta de cada consórcio na licitação dos pacotes de montagem, além da negociação de desconto para a implementação da gestão e gerenciamento compartilhado dos dois consórcios em um único, denominado Consórcio Angramon.

63. Nessa etapa, descreve-se, de maneira enfática e documentada (apresentando diversos e-mails trocados entre as empresas integrantes do cartel), que houve negociação entre os licitantes para a

apresentação das propostas de preços dos pacotes de montagem que ensejassem o maior valor para cada consórcio, em desrespeito a uma concorrência.

64. Demonstrou-se, no histórico de conduta, que houve ingerência da Eletronuclear e das empresas para que houvesse a possibilidade de formação de cartel, uma vez que restaram dois consórcios para participar do certame licitatório de dois pacotes de montagem, sendo que um consórcio não poderia levar os dois pacotes, além da imposição de valores superestimados do orçamento referencial, para que houvesse a maior vantagem possível na obtenção dos contratos pelas empresas do cartel.

65. Ademais, demonstrou-se, de maneira bastante documentada, que houve ingerência quanto à concessão de desconto na fase antes da assinatura dos contratos. Tendo sido concedido apenas 6 % de desconto devido à unificação dos consórcios, denominado Consórcio Angramon, para gerenciamento compartilhado da administração do empreendimento, o que já era previsto em edital.

66. Esses elementos, novos e alheios aos processos TC 009.439/2013-7 (Fiscobras 2013) e TC 000.901/2014-8 (Fiscobras 2014), ambos já julgados pelo Plenário deste TCU (Acórdãos 2.603/2013-P e 2.390/2014-P, respectivamente), podem ensejar nova decisão desta Corte, uma vez que não foram considerados nas análises daqueles processos (visto serem até então de desconhecimento público), e demonstram, de maneira clara, concreta e contundente - em oposição ao cenário processual anterior; potencial e abstrato -, a atuação na formação de cartel para beneficiamento das empresas integrantes do consórcio e em desfavor da Administração Pública.

67. Neste passo, o CADE celebrou recentemente TCCs (Termos de Compromisso de Cessação de Prática) com as empresas UTC e Andrade Gutierrez. Ambas as construtoras firmaram acordos no processo que apura a **ocorrência de conluio em licitações de obras de montagem eletruclear da Usina Angra 3 promovidas pela Eletronuclear**. De acordo com notícia publicada em 18/01/2017 no site do CADE (<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordos-com-andrade-gutierrez-e-utc-nas-investigacoes-de-cartel-em-licitacoes-da-petrobras-e-da-eletronuclear>).

68. Abaixo reproduz-se trecho da notícia:

‘Investigação em licitações da Eletronuclear

A investigação desse cartel pelo Cade, também inserida no âmbito da ‘Operação Lava Jato’, ocorre por meio do Processo Administrativo 08700.007351/2015-51, instaurado em 18 de novembro de 2015. O processo foi subsidiado pelo Acordo de Leniência 06/2015, celebrado em julho de 2015 entre a Superintendência-Geral e a Camargo Corrêa, em conjunto com o Ministério Público Federal do Paraná - MPF/PR (‘Força-Tarefa da Operação Lava Jato’). Em 03 de outubro de 2016, foi assinado aditivo ao Acordo de Leniência.

Os compromissários da Andrade Gutierrez - primeira empresa a firmar TCC nesse processo - colaboraram com as investigações por meio da apresentação de informações e documentos que ampliaram o escopo das investigações, consolidados em um Histórico da Conduta. Foram apresentados documentos que sugerem que as condutas teriam se iniciado em 2010, ou seja, uma ampliação de três anos no escopo da investigação. A contribuição pecuniária total da Andrade Gutierrez nesse TCC (incluindo empresa, funcionários e ex-funcionários) foi de R\$ 6.152.600,81.

Os compromissários da UTC, por sua vez, também colaboraram com as investigações por meio da apresentação de informações e documentos que ampliaram o escopo das investigações, consolidados em um Histórico da Conduta. A contribuição pecuniária total da UTC (incluindo empresa, funcionários e ex-funcionários) é de R\$ 9.921.619,71. A UTC foi a segunda colocada na fila para celebrar TCC com o Cade nesse processo. A colaboração da empresa consistiu em confirmar informações apresentadas nos autos do processo administrativo e apresentar documentos e informações que ampliam o escopo da investigação em cinco anos - remontando o início da conduta a 2008, e não a 2013.

Próximos passos

As informações e documentos trazidos pelos TCCs homologados pelo Cade serão somados àqueles

decorrentes dos acordos de leniência celebrados e às demais evidências que estão sendo colhidas e analisadas pela Superintendência-Geral. Após a análise de todos esses elementos, ao final da instrução, a Superintendência emitirá parecer opinativo pela condenação ou pelo arquivamento do caso em relação a cada acusado. As conclusões serão encaminhadas ao Tribunal do Cade, responsável pela decisão final.

Leniência e TCC

O acordo de leniência, previsto no art. 86 da Lei 12.529/11, é um instrumento disponível apenas para a primeira empresa proponente, que deve cessar seu envolvimento na conduta, confessar o ilícito e cooperar plena e permanentemente com as investigações, identificando os demais envolvidos e apresentando provas e informações relevantes que comprovem a infração. A leniência pode beneficiar os signatários com a extinção da punição administrativa no âmbito do Cade e é assinada em conjunto com o Ministério Público, trazendo o benefício de imunidade total ou parcial também na esfera penal. No âmbito da ‘Operação Lava Jato’, já foram publicizados sete acordos de leniência firmados com a autarquia.

Já o Termo de Compromisso de Cessação - TCC está previsto no art. 85 da Lei 12.529/11 e no art. 185 do Regimento Interno do Cade - RICADE. Trata-se de um tipo de acordo disponível aos demais representados na investigação que não se qualificaram à celebração da leniência. Nesse termo são exigidas, nos casos de cartel, obrigações semelhantes àquelas estabelecidas para a leniência, ou seja, que os compromissários cessem seu envolvimento no ilícito, reconheçam participação na conduta investigada e colaborem de forma efetiva com as investigações.’

69. Cumpre observar que estes dois TCCs, da AG e da UTC, não foram objeto de análise da presente instrução, já que não trazem novos elementos que possam alterar a análise da unidade técnica, apenas corroborando as informações já existentes dentro daquilo que é escopo do TCU e apresentadas originalmente pela CCCC.

(II) Das alegações da CCCC e respectivas análises

(II.1) Histórico Processual, Fatos e Reconhecimento de participação nos atos ilícitos

70. A empresa CCCC, por intermédio de seu representante, informa em suas preliminares de defesa que o escopo de sua manifestação se limitaria ao circunscrito pelo relator, que consiste no achado de fraude à licitação; e à impossibilidade de aplicação de qualquer sanção à CCCC pelas suas condutas.

71. A construtora confirma todas as declarações e provas produzidas nos acordos com o CADE e MPF, estabelece como premissa os fatos relatados no ‘Histórico de Conduta’, entretanto alega que os efeitos jurídicos dos acordos de leniência firmados impossibilitam a aplicação de qualquer sanção à CCCC.

‘Em primeiro lugar, a CCCC confirma todas as declarações e provas produzidas no âmbito dos acordos firmados com CADE e MPF, consistentes, essencialmente, na admissão de participação de seus representantes em reuniões presenciais e trocas de mensagens eletrônicas com o objetivo de definir previamente o vencedor da licitação e discutir condições da contratação. Tais práticas estão descritas de forma detalhada no Histórico da Conduta que acompanha o acordo de leniência firmado com o CADE (Doc. 3).

O acordo de leniência celebrado perante o CADE, com a anuência do MPF, aborda ilícitos no mercado de obras de montagem eletromecânica na Usina de Angra 3 praticados durante licitação promovida pela Eletrobrás Termonuclear S.A. (‘Eletronuclear’). Descreve-se, em essência, a conduta dos Consórcios Una 3 (composto pelas empresas Construtora Andrade Gutierrez S.A., Construtora Norberto Odebrecht S.A., CCCC e UTC Engenharia S.A.) e Angra 3 (composto pelas empresas Construtora Queiroz Galvão S.A., EBE — Empresa Brasileira de Engenharia S.A. e Techint Engenharia e Construções S.A.).’

Análise

72. Conforme análises seguintes, os tópicos destacados pela CCCC nas preliminares são

examinados após a apresentação dos cernes de suas argumentações.

73. Quanto à alegada necessidade de ponderação da aplicação de sanções com os acordos de colaboração firmado entre a empresa e o Poder Público, a unidade técnica entende ser pertinente a solicitação, de modo que tal tema será tratado no tópico (IV) deste exame técnico.

74. Concorde-se também com a empresa CCCC quanto ao fato de que este processo se limita a tratar da ilegalidade fraude à licitação. Frise-se, contudo, que a análise das implicações dos acordos de colaboração e do fato de a empresa ser a primeira a reconhecer a participação nos atos ilícitos perante esta Corte se limita ao presente processo. O real interesse da empresa em colaborar com a celeridade processual deve ser analisado concretamente em cada processo. Assim, o reconhecimento do TCU de que a empresa colaborou neste processo não se estende às eventuais Tomadas de Contas Especiais (TCE), cabendo à empresa demonstrar em eventuais processos de apuração dos débitos o seu real interesse em cooperar para a quantificação célere e mais acurada possível dos eventuais danos, o que poderá resultar, conforme o caso, como atenuante a ser considerada na dosimetria de eventual multa a ser aplicada com base no art. 57 da Lei 8.443/1992.

75. O reconhecimento de sua participação em fraude às licitações, mediante combinação de preços, quebra de sigilo das propostas, divisão de mercado, combinação prévia de resultados, entre outros, não opondo controvérsia fática, contribui para a resolução célere deste processo, merecendo consideração por parte do TCU.

76. Ressalte-se que a confissão ou os acordos celebrados com o Poder Público não elidem os ilícitos já ocorridos, tampouco tornam, por si só, a empresa idônea e ética em suas condutas junto à Administração Pública. Contudo, conforme ponderado no tópico de exame da dosimetria da pena de inidoneidade, a contribuição efetiva da empresa para o deslinde célere deste processo pode ser considerada como atenuante no cálculo do prazo sancionatório previsto no art. 46 da Lei 8.443/1992.

(II.2) Conduta Investigada pelos Diferentes Entes Públicos.

77. A CCCC afirma que o delito ora tratado seria uma ‘espécie de fraude à licitação’, nos exatos termos estabelecidos também pela Lei 8.666/1993, e que a conduta investigada pelo TCU é a mesma que foi objeto dos acordos firmados pela empresa com MPF e CADE, os quais deram conta tanto da esfera administrativa quanto da judicial (peça 217, p. 7).

Análise

78. Não merece acolhida essa tese, haja vista que se trata de entendimento pacificado no âmbito do TCU que a declaração de inidoneidade prevista no art. 46 da Lei 8.443/1992 é distinta da pretensão punitiva constante do art. 87, inciso IV, da Lei 8.666/1993, tal qual consta do Relatório que fundamenta o Voto do Min. Relator Walton Alencar Rodrigues, bem como o Acórdão 348/2016-TCU-Plenário, conforme excerto a seguir, inclusive com citação de pronunciamento do STF nesse mesmo sentido.

‘Com o advento da Lei nº 8.666/93, a matéria em questão mereceu disciplinamento mais amplo do verificado nos diplomas legais já referidos, conforme se apreende da utilização pelo novo dispositivo da expressão Administração Pública, sem o qualificativo ‘federal’, o que se comprova pelo teor de seu texto reproduzido abaixo, *in verbis*:

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

(...)

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

(...)

§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação.’ (...)

Neste ponto, faz-se mister desde logo esclarecer que, **não obstante idênticas em sua denominação, a declaração de inidoneidade afeta ao poder sancionatório do TCU (art. 46, da Lei 8.443/92), não se confunde com a referida pela Lei 8.666/93, no seu art. 87, inciso IV,** tampouco foi, por este último dispositivo, derogada.

Neste **sentido, aliás, pronunciou-se o Supremo Tribunal de Federal**, ao decidir Conflito de Atribuição entre o Ministro de Estado dos Transportes e o Tribunal de Contas da União, ao acolher o voto condutor da lavra do Exm.º Sr. Ministro Sepúlveda, que **não só delimitou com clareza o âmbito de incidência de cada norma, como fixou a abrangência da sanção aplicada pela Corte de Contas vinculando-a à sua atuação fiscalizadora.** Eis o seu teor:

‘VOTO:

O fato de não figurar, no precedente mencionado pela agravante, órgão estatal no exercício de atividade judicante não significa, por si só, a superação da jurisprudência citada na decisão agravada. Naquela ocasião, observou o Relator que a hipótese - sem previsão constitucional, sob a perspectiva da natureza eminentemente administrativa dos conflitantes - envolvia órgãos de membros diversos da federação (Ministério Público da União versus Ministério Público estadual), atraindo a competência originária do Supremo devido à alínea f do inciso I do artigo 102 da Constituição.

Ora, o precedente citado não afasta a orientação fixada nos julgamentos referidos na decisão agravada (CA 16 e CA 24), pois considerado fato suficiente para a instauração da competência deste Tribunal, inexistente neste e naqueles casos: o envolvimento de órgãos de membros diversos da federação. II de qualquer forma, o exame da questão dependeria da existência do próprio conflito, que penso não ocorrer na espécie. É que, conforme ressaltei na decisão agravada, são diversas e inconfundíveis as áreas de atuação dos requeridos. Vale recordar a lição do saudoso Victor Nunes Leal sobre o papel do Tribunal de Contas da União e a sua relação com a Administração Pública: ‘...Cumpro notar, porém, que a doutrina mais segura, baseando-se na natureza de sua principal atribuição, não o considera integrante do aparelhamento administrativo em sentido estrito: coloca-o acima da administração propriamente dita, pela ação fiscalizadora que sobre ela exerce. (...)

Nas palavras de Francisco Campos, ‘...as funções de controle exercidas pelo Tribunal de Contas, ele, as exerce em nome, por autoridade e com a sanção do Parlamento. São, conseqüentemente, pela sua natureza e seus efeitos, funções congressionais ou parlamentares. **Não é o seu controle um controle administrativo, mas constitucional**’. ‘O que torna ainda mais manifesta - escreve Guimarães Menegale - a natureza parlamentar ou congressional das funções do Tribunal de Contas é o fato de que a lei o coloca em relação direta com o Congresso, cominando-lhe a obrigação de a ele referir imediatamente os conflitos ocorridos entre o Tribunal e o Executivo’. O Tribunal de Contas - diz Castro Nunes - ‘não é uma jurisdição administrativa, senão em certo sentido, sem confusão possível, entretanto, com as instâncias administrativas que funcionam como órgãos subordinados do Poder Executivo (...)’.

Vê-se dos esclarecimentos do preclaro mestre - amparado em pronunciamentos de juristas de escol - que **a atuação do Tribunal de Contas da União no exercício da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das entidades administrativas não se confunde com aquela atividade fiscalizatória realizada pelo próprio órgão administrativo, uma vez que esta atribuição decorre do controle interno insito a cada Poder e aquela, do controle externo a cargo do Congresso Nacional (art. 70 da Constituição Federal).**

Daí porque o poder outorgado pelo legislador ao TCU, de declarar, verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal (art. 46 da L. 8443/92), não se

confunde com o dispositivo presente na Lei das Licitações (art. 87), que - sendo dirigido apenas aos altos cargos do Poder Executivo dos entes federativos (§ 3º) - é restrito ao controle interno da Administração Pública e de aplicação mais abrangente, conforme esclarece a doutrina: ‘...**Mesmo na hipótese de se acreditar que o artigo 46 da Lei nº 8.443/92 não tenha sido derogado pela Lei nº 8.666/93, deve-se entendê-lo como de aplicação restrita ao TCU, em sua atuação fiscalizadora, e nunca como paradigma hermenêutico da declaração de inidoneidade nos moldes hoje postos no inciso IV do art. 87 da Lei nº 8.666/93.**

A uma, porque trata apenas de fraudes praticadas nos processos licitatórios, sem se preocupar com os ilícitos que possam ocorrer durante a execução do contrato, ou mesmo da contratação com dispensa e inexistência.

A duas, porque estabelece o prazo da sanção, no caso por até 5 anos, enquanto a Lei nº 8.666/93 determina que a sanção durará até que seja promovida a reabilitação junto a Administração.

Como se percebe, **a norma é outra e o espírito da lei é outro.** Não se exime, sob essa perspectiva, a autoridade administrativa sujeita ao controle externo de cumprir as determinações do Tribunal de Contas, sob pena de submeter-se às sanções cabíveis. Certo, ainda, que a discussão sobre a possibilidade de aplicação de sanção - genericamente considerada - pelo Tribunal de Contas, no exercício do seu poder de fiscalização, prescinde da existência de conflito de atribuição com outra autoridade administrativa, sendo, portanto, indiferente para a solução do caso e passível de questionamento por outros meios processuais.

III

De tudo, nego provimento ao agravo: é o meu voto.’

(PET 3528, Pleno, M. Aurélio, DJ 3.3.06)

Denota-se, portanto, do teor do voto transcrito acima, que **a declaração de inidoneidade para licitar emanada de decisão do TCU tem seu campo de incidência delimitado pela competência fiscalizadora que lhe confere a Constituição Federal**. Esta é, aliás, a posição mais consentânea com a dicção da Lei, eis que a prerrogativa de declarar a inidoneidade de licitante para contratar com a Administração Pública Federal, prevista no art. 46, da Lei 8.443/92, encontra-se inserto no Capítulo II que trata da ‘Fiscalização a Cargo do Tribunal’, e na Sessão IV ‘Fiscalização de Atos e Contratos’. (grifos originais alterados e acrescidos)’

(II.3) Identidade entre os Tipos de Sanção de Inidoneidade e Proibição de Contratar

79. A empresa declara que o ato ilícito ora reprimido com fulcro no art. 46 da Lei 8.443/1992 (peça 62, p. 13-16) se trataria da mesma conduta definida como cartel em licitação na Lei 12.529/2011 e fraude à licitação na Lei 8.666/1993, cada qual atribuindo diferentes possibilidades de punição e de prazos para contratar com a Administração Pública, cujo tratamento, segundo afirma a CCCC, deveria ser uniforme.

80. Acrescenta que, por meio do Acórdão 348/2016-TCU-Plenário, o TCU teria reconhecido que a Lei 8.443/1992 e a Lei 8.666/1993, no que tange à inabilitação, se refeririam à mesma conduta.

81. Alega também que o art. 38, inciso II, da Lei 12.529/2011, traria a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais ou de participar em qualquer licitação pública por prazo não inferior a cinco anos, o que atribuiria ao CADE a competência para sancionar o infrator de forma até mais severa que o previsto na Lei Orgânica do TCU, colacionando julgados acerca da natureza única da Administração Pública.

82. Ainda segundo a empresa, ela teria confessado a participação na fraude à licitação ‘a partir da confiança de que estaria protegida pela impossibilidade de punição adicional por essa mesma conduta’, e que, eventual punição por parte do TCU com base no art. 46 da Lei 8.443/1992 implicaria ‘*quebra da lógica do sistema punitivo de condutas dos administrados*’, redundando em ‘*comportamento contraditório do Estado, que coloque em risco a segurança jurídica*’.

Análise

83. A pretensão punitiva prevista na Lei 8666/1993 não se confunde com a prevista na Lei 8.443/1992, conforme excerto do Relatório que fundamenta o Acórdão 348/2016-TCU-Plenário, apresentado anteriormente: *‘não obstante idênticas em sua denominação, a declaração de inidoneidade afeta ao poder sancionatório do TCU (art. 46, da Lei 8.443/92), não se confunde com a referida pela Lei 8.666/93, no seu art. 87, inciso IV, tampouco foi, por este último dispositivo, derogada*. Portanto **apesar de tratarem da condutas semelhantes, as finalidades punitivas e as competências são claramente distintas**, uma não derogando a outra, conforme bem esclarecido no Voto do Exmo. Ministro Sepúlveda, do STF, já transcrito, restando superada essa questão.

84. O mesmo entendimento dado ao art. 87, inciso IV, da Lei 8.666/1993, se aplica ao art. 38, inciso II, da Lei 12.529/2011, que não se confunde com o poder sancionatório do TCU previsto no art. 46, da Lei 8.443/1992. A Lei 12.529/2011 tem por finalidade estruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispor sobre a prevenção às infrações contra a ordem econômica. Portanto, a sanção prevista em seu art. 38, inciso II, prescreve punição à infração grave à ordem econômica definida no art. 36 dessa mesma lei. Esse argumento também não afasta a aplicação da sanção de inidoneidade prevista na LOTCU.

85. Não prospera também o argumento de que a confissão teria sido com base na confiança de que estaria protegida pela impossibilidade de punição adicional. Esse fato da confissão pode ser considerado como atenuante na dosimetria da pena, mas não resultando na inimizabilidade à empresa delincente.

86. Por fim, os julgados do Superior Tribunal de Justiça citados pela CCCC, RMS 9707/PR e RESP 151.567/RJ, não socorrem o querelante, pois tratam da abrangência dos efeitos da declaração de inidoneidade, os quais ratificam o entendimento esposado no Acórdão 348/2016-TCU-Plenário de que a proibição de contratar não pode ficar restrita a um órgão do poder público. Assim, de fato, a Administração é una, como pretende a manifestante, embora com funções diversa e a declaração de inidoneidade aplicada pelo TCU deve abranger toda a Administração Pública Federal, inclusive contratações via transferências voluntárias da União.

87. Nos termos expostos, verifica-se que não há identidade entre as sanções de inidoneidade aplicável pelo TCU e a inidoneidade ou proibição de contratar previstas na Lei 8.666/1993 e na Lei 12.529/2011, respectivamente, tampouco há comportamento contraditório ou quebra da lógica punitiva, pois a confissão e os acordos e delações firmados com o Poder Público poderão vir a ser considerados como atenuantes na dosimetria da pena, reconhecendo a extensão de seus efeitos também neste processo.

(II.4) Acordos de Leniência Firmados com MPF e CADE

88. A CCCC alega que os acordos celebrados com o Poder Público ‘deve ter implicações sobre a atividade sancionatória dessa e. Corte de Contas’, copiando trecho do Voto do Ministro do TCU Bruno Dantas (TC 016.991/2015-0) nesse sentido, e também afirma que não há de sobrevir qualquer espécie de sanção adicional à CCCC no presente processo, tendo em vista que a empresa firmou dois acordos de leniência, um com base na Lei 12.529/2011 e outro com base na Lei 12.846/2013, os quais abarcaram a conduta investigada e, segundo a CCCC, tiveram o condão de extinguir a punibilidade da empresa tanto na esfera administrativa quanto na esfera judicial.

89. Adiante, a manifestante ressalta que ‘(...) não fosse a iniciativa da empresa em trazer as informações e provas pertinentes ao conhecimento dos órgãos públicos competentes, jamais estaria o Poder Público munido de elementos suficientes para prosseguir de maneira bem informada com essa investigação’, (peça 217, p.12) e conclui rememorando que ‘(...) o entendimento unânime dessa e. Corte, quando da análise do TC 011.765/2012-7 (Acórdão nº 3.238/2012-TCU-Plenário), foi no sentido de reconhecer a existência de competitividade no processo de pré-qualificação referente aos serviços de montagem eletromecânica da Usina Termonuclear de Angra 3.’.

Análise

90. Com relação às implicações dos acordos celebrados pela empresa no âmbito deste processo, entende-se ser questão já superada, haja vista que esses atos poderão ser considerados como

atenuantes na dosimetria da sanção de inidoneidade, mas não tem o condão de eliminar a aplicação da sanção.

91. O acordo de delação premiada e o acordo de leniência são destinados, respectivamente, às pessoas físicas e às pessoas jurídicas que efetivamente colaborarem com as investigações. É importante salientar que no caso das delações premiadas, mesmo após a colaboração, o responsável é condenado pelos crimes por ele confessados, recebendo como contrapartida a atenuação de suas penas. Tal procedimento parece adequado, visto que o indivíduo que colabora é punido por suas práticas ilícitas em menor grau do que aqueles que não colaboraram, **mas não é posto no mesmo patamar dos cidadãos que não se corromperam**. Para exemplificar a questão da colaboração e punição, transcreve-se trecho da sentença proferida pelo Juiz Federal Sérgio Moro da 13ª Vara Federal de Curitiba, em 20 de julho de 2015, relativa ao processo 5083258-29.2014.404.7000 (peça 16, p.136-139) que condenou Dalton dos Santos Avancini, juntamente com outros réus ligados à empreiteira Camargo Corrêa, mesmo após sua colaboração nas investigações (grifos acrescidos):

‘583. Dalton dos Santos Avancini

Para o crime de corrupção ativa: Dalton dos Santos Avancini não tem antecedentes registrados no processo. Personalidade Culpabilidade, conduta social, motivos, comportamento da vítima são elementos neutros. Circunstâncias devem ser valoradas negativamente. A prática do crime corrupção envolveu o pagamento de R\$ 50.035.912,33 à Diretoria de Abastecimento da Petrobrás, um valor muito expressivo. Consequências também devem ser valoradas negativamente, pois o custo da propina foi repassado à Petrobrás, com o que a estatal ainda arcou com o prejuízo no valor equivalente. A corrupção com pagamento de propina de dezenas de milhões de reais e tendo por consequência prejuízo equivalente aos cofres públicos merece reprovação especial. Considerando duas vetoriais negativas, de especial reprovação, fixo, para o crime de corrupção ativa, pena de quatro anos e seis meses de reclusão.

Reconheço a atenuante da confissão, art. 65, III, ‘d’, do CP, motivo pelo qual reduzo a pena em seis meses, para quatro anos de reclusão.

Tendo o pagamento da vantagem indevida comprado a lealdade de Paulo Roberto Costa que deixou de tomar qualquer providência contra o cartel e as fraudes à licitação, aplico a causa de aumento do parágrafo único do art. 333 do CP, elevando-a para cinco anos e quatro meses de reclusão.

(...)

A operação de lavagem, tendo por antecedentes crimes de cartel e de ajuste fraudulento de licitações (art. 40, I, da Lei no 8.137/1990, e art. 90 da Lei no 8.666/1993, tinha por finalidade propiciar o pagamento de vantagem indevida, ou seja, viabilizar a prática de crime de corrupção, devendo ser reconhecida a agravante do art. 61, II, ‘b’, do CP. Observo que, nas circunstâncias do caso, ela não é inerente ao crime de lavagem, já que o dinheiro sujo, proveniente de outros crimes, serviu para executar crime de corrupção.

Reconheço igualmente a atenuante da confissão, art. 65, III, ‘d’, do CP, motivo pelo qual compenso mutuamente a agravante com a atenuante, deixando de alterar a pena base.

(...)

A colaboração de Dalton do Santos Avancini tem alguma efetividade. Além da confissão no presente feito, **revelou a formação de cartel e pagamento de propina em outros âmbitos da Administração Pública**. As investigações quanto a esses fatos ainda estão no início, mas as informações foram relevantes. Forneceu algumas provas desse esquema criminoso.

Além disso, a indenização cível admitida garantirá a recuperação pelo menos parcial dos recursos públicos desviados em favor da vítima, a Petrobras.

Não cabe, porém, como pretendido o perdão judicial. Além da efetividade não ter sido examinada de todo, ela não é o único elemento a ser considerado. Deve ter o Juízo presente também os demais elementos do § 1.º do art. 40 da Lei no 12.850/2013. Nesse aspecto, **considerando a gravidade em**

concreto dos crimes praticados por Dalton dos Santos Avancini e a elevada reprovabilidade de sua conduta, não cabe perdão judicial.

92. Ademais, o disposto no art. 46, da Lei 8.443/1992: ‘verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação’, é claro ao afirmar que o Tribunal **‘declarará a inidoneidade do licitante fraudador (...)’**. Considerando a amplitude dos danos causados pelo esquema fraudulento, com repercussão inclusive internacional, e considerando o comando decorrente do Poder Constituinte Originário (art. 71, inciso VIII, da CF/1988) para que o TCU aplique a corrigenda necessária aos infratores, **entende-se que deixar de aplicar a sanção à empresa infratora seria descumprir o comando do artigo 46 da Lei Orgânica do TCU e também convalidar a utilização destes acordos como escudos de proteção e incentivo às empresas para que continuem a delinquir. Se a celebração de acordo de colaboração implicar a completa anistia da aplicação de sanções, tal instrumento não seria um elemento de combate à corrupção e sim um elemento de incentivo à prática de atos ilícitos.** A punição de inidoneidade para empresas fraudadoras de licitação não pode existir apenas no papel, ela deve ser aplicada com o rigor expresso no comando legal.

93. Concorde-se com a manifestante que os acordos devem ter importância e ser considerados no âmbito dos processos de responsabilização do TCU, mas como elemento atenuante para a dosimetria da pena aplicável ao caso concreto, na medida que esses acordos propiciem a célere resolução processual e a cooperação plena e permanente da empresa infratora também nesta Corte de Contas, com o fornecimento célere de informações e documentos e a identificação dos demais envolvidos na infração, quando houver.

94. É importante lembrar que a CCCC e seus diretores foram amplamente beneficiados, a exemplo da suspensão de Inquérito Administrativo de competência do CADE, conforme Cláusula Quarta do Termo de Compromisso de Cessação de Prática (peça 62, p. 59), e com o compromisso do MPF de, entre outros benefícios, abster-se de propor ação de natureza criminal contra prepostos ou acionistas que subscrevessem o Acordo de Leniência, conforme Cláusula 8ª do Termo de Acordo de Leniência (peça 62, p. 38-39), não havendo em nenhum dos acordos, como era esperado, qualquer menção de anistia à sanção de competência do TCU. Frise-se, não se verifica, como contrapartida, a inimizabilidade da empresa infratora. Assim, não há que se falar sequer em expectativa de direito de a empresa ficar incólume em face de seus ilícitos.

(II.5) Extinção da Punibilidade nas Esferas Administrativa e Judicial

95. A empresa alega que teria atuado de boa fé na celebração dos acordos com o MPF e com o CADE, e que a segurança jurídica desses acordos estaria ‘em jogo no presente processo’. Como fundamento para esta alegação a CCCC cita os benefícios da Lei 12.529/2011, artigo 86, § 4º, I e artigo 87 e conclui afirmando ‘(...) que o acordo conferiu uma proteção jurídica abrangente ao signatário, que não se limita apenas aos crimes tipificados na Lei de Defesa da Concorrência, mas também ‘aos demais crimes diretamente relacionados à prática do cartel’, incluindo aqueles previstos na Lei nº 8.666/93. Nesse sentido, os dispositivos legais acima relacionados são incontroversos no sentido de bloquear qualquer ação punitiva de caráter administrativo ou jurídico-penal contra a CCCC. (...)’.

96. Continua a CCCC argumentando que (i) ‘(...) o particular interessado no acordo precisa conhecer antecipadamente todos os benefícios que podem ser concedidos, inclusive no que toca à extensão das imunidades. ‘, que (ii) ‘(...) no caso concreto da CCCC, foi um aspecto decisivo para que a empresa fornecesse todas as informações possíveis às autoridades competentes.’, que (iii) ‘(...) não haveria qualquer atratividade na celebração do acordo de leniência com o CADE e com o MPF, caso sobreviesse a possibilidade de declaração de inidoneidade por esse e. TCU, que, na prática, significaria verdadeira sentença de morte da empresa.’ e que (iv) ‘A adoção de duas posturas diametralmente opostas por órgãos estatais, certamente, gerará a quebra de confiança do agente que procurou o órgão concorrential e a Rede de Controle, preencheu todos os requisitos para ter direito aos benefícios do acordo e colaborou com as investigações.’

97. E conclui afirmando que não há possibilidade jurídica de se aplicar qualquer sanção pela conduta abarcada no processo.

Análise

98. As competências do TCU decorrem de comando constitucional (art. 70 c/c 71, inciso VIII, ambos da CF/1998):

‘Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quando 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.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

(...)

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

(...)

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;’ (grifos acrescentados)

99. Entre as sanções previstas em lei, conforme disciplina a Carta Magna, está a aplicação de sanção de inidoneidade por até 5 anos para contratar com a Administração Pública Federal, nos termos do art. 46 da Lei 8.443/1992 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União - LOTCU), cujo comando é taxativo quanto à obrigação de aplicação da sanção:

‘Art. 46. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.’

100. Guardando coerência e consonância com o arcabouço jurídico Brasileiro, o §2º, do art. 16 da Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção - LAC) isenta a aplicação das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19, **ambos dessa mesma Lei Anticorrupção**, transcritos a seguir. Não havendo na LAC previsão impeditiva ou de anistia das penalidades previstas na Lei 8.443/1992.

‘§2º A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º [publicação extraordinária da decisão condenatória] e no inciso IV do art. 19 [proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimo de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de um e máximo de cinco anos] e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável.’ (grifos acrescentados)

101. Ademais, os acordos, por mais eficientes que possam ser, não elidem ou excluem do mundo jurídico a ocorrência do ato ilícito ou a sua ilicitude que, frise-se, ocasionou de forma gravosa e reiterada significativos prejuízos à sociedade, a qual espera do TCU a aplicação rigorosa da sanção em razão dos ilícitos, em respeito à Constituição de nosso país.

102. Sob outro prisma, estar-se-ia admitindo uma perturbadora falta de isonomia ao nicho de mercado dessas empresas, tendo em vista que o eventual abono integral das penalidades cabíveis colocaria em um mesmo patamar empresa idôneas e inidôneas, em franco desfavor das primeiras.

103. Portanto, os acordos de leniência, de colaboração premiada e termo de cessação de conduta **podem ser considerados pelo TCU como elementos atenuantes. Adicionalmente, dever-se-á sopesar, para fins de aplicação das penas, o fato de ter sido a CCCC a primeira empresa a confessar os ilícitos neste processo, o que inegavelmente tende a contribuir nas análises de mérito vindouras da representação original.**

104. Quanto à questão levantada sobre o interessado conhecer previamente os benefícios do acordo, isto ocorreu no caso em questão, já que todos os benefícios concedidos pela celebração do

acordo de leniência com o CADE decorrem da Lei 12.529/2011, que em seu artigo 86 é clara ao restringir o alcance do acordo de leniência a autores de infração à ordem econômica, que estão listadas taxativamente no Título V, Capítulo II da mesma Lei.

105. Da mesma forma ocorreu com a celebração do Acordo de Leniência com o MPF, que tem como base legal para a concessão de benefícios a Lei 12.846/2013. Dessa forma, não há como a CCCC alegar que esperava por um benefício não previsto em Lei e, por isto mesmo, não previsto nos Acordos de Leniência firmados com o CADE e com o MPF. Muito menos alegar que a expectativa de ser anistiada pelo TCU por fraude à licitação foi um fator decisivo para que a empresa fornecesse todas as informações, pois não há previsão legal para tal anistia. Não é razoável que uma empresa do porte e da experiência da CCCC, além de bem assessorada juridicamente, não considerasse a possibilidade de sanção pelo TCU na sua ponderação de viabilidade do acordo.

106. A consideração dos acordos celebrados entre a empresa CCCC e Poder Público (MPF e CADE) como atenuante na dosimetria da pena de declaração de inidoneidade para contratar com a Administração Pública Federal não desconstitui a segurança jurídica desses acordos, ao contrário, reforça-a, pois o TCU, ao exercer sua competência constitucional de Controle Externo, considera-os como atenuantes para reduzir o *quantum* da pena aplicável.

107. Quanto à afirmação de ter agido de boa fé na condução dos acordos de leniência, entende-se que a empresa, ainda que tardiamente, apresentou conduta menos reprovável que as demais empresas arroladas no processo, visto que foi a primeira a claramente confessar sua participação no ilícito, mantendo, até o momento, coerência com suas colaborações em outros órgãos. Assim, entende-se que sua colaboração deve ser considerada na dosimetria da sanção de inidoneidade em aderência ao princípio da proporcionalidade, e, sobretudo, atentando para a preservação do interesse público.

108. Em relação à dita ‘sentença de morte’, a declaração de inidoneidade, considerando o porte e a expertise do grupo empresarial, que poderia atuar sem restrições no mercado privado, onde não há a limitação de preços prevista em contratos administrativos, podendo o grupo buscar ampliar a sua lucratividade, tal declaração não significa ‘sentença de morte’, como pretende o apelo da empresa CCCC. Vale gizar que não consta nos autos uma única evidência que valide tal hipótese.

109. Ademais, terá reflexo mitigado para a atuação da empresa, haja vista que a aplicação da pena de inidoneidade, em razão das atenuantes consideradas, deverá ser reduzida em relação às demais empresas participantes da conduta ilícita, e **não implicará a rescisão dos contratos administrativos que estiverem vigendo**.

110. Esclarece-se ainda que, no período em que a empresa estiver impedida de contratar com a Administração Pública **Federal**, terá ainda a possibilidade de contratar com todos os demais entes da administração pública, que somam 27 unidades federativas e mais de 5.500 municípios, desde que não estejam sendo aplicados recursos públicos federais em tais contratos.

(II.6) Controle do TCU sobre Acordos de Leniência

111. A empresa alega que o TCU não poderia revisar os acordos firmados com o MPF e com o CADE e, por isso, não *‘cumpra a esse e. Tribunal, com a devida vênia, a análise de eventual aplicação de sanção de inidoneidade à CCCC(...)’*, e que o papel do TCU seria o de análise de legalidade desses acordos, citando os Acórdãos 1.207/2015 e 824/2015, ambos do Plenário do TCU, como jurisprudência para alegar a necessidade de o TCU avaliar a legalidade dos acordos para aplicar a sanção de inidoneidade.

112. Adiante, afirma que seria contraditório o TCU aplicar a pena de inidoneidade à signatária dos acordos com o Poder Público. Ademais, se fosse inabilitá-la, incidiria em *bis in idem*. Alega que também haveria a impossibilidade desta Corte de Contas sancionar os atos ilícitos praticados pela empresa CCCC em razão do teor dos acordos. Complementa que, para o TCU inabilitar a empresa, teria que antes declarar a plena nulidade dos acordos e responsabilizar os agentes públicos que os celebraram (peça 217, ps. 19 a 22).

Análise

113. Quanto à alegação de que o TCU não poderia revisar os acordos firmados com o MPF e com o CADE, cumpre apenas destacar que a análise do conteúdo desses acordos não é objeto do presente processo de responsabilização, portanto, a tese não socorre à querelante.

114. Tampouco merece acolhida a alegação de que o TCU teria que anular os acordos para aplicar a sanção, pois os órgãos MPF e CADE têm competências específicas e atuações distintas das competências constitucionais de controle externo do TCU. Ademais, como já apresentado acima, a empresa e seus diretores foram amplamente beneficiados, conforme itens 7.7 e 7.8 do Acordo de Leniência 06/2015 (peça 91, p. 15), inclusive com o compromisso do MPF de, entre outros, abster-se de propor ação de natureza criminal contra prepostos ou acionistas que subscrevessem o Acordo de Leniência, conforme Cláusula 8ª, não havendo em nenhum dos acordos, como era esperado, qualquer menção de anistia à sanção de competência do TCU.

115. Portanto não há óbices jurídicos quanto à atuação do TCU para, cumprindo sua competência constitucional, aplicar à empresa fraudadora a sanção de inidoneidade.

(II.7) Legalidade e Conveniência de Sanção de Inidoneidade

116. Por fim, a CCCC argumenta que, caso suas objeções jurídicas desenvolvidas sejam superadas, o TCU deve pontuar as consequências de eventual aplicação de sanção de inidoneidade, classificadas pela CCCC de nefastas. Continua alegando que ‘(...) as informações levadas ao conhecimento das diversas instâncias investigativas e fiscalizatórias advieram exclusivamente do conteúdo dos acordos firmados pela CCCC com CADE e MPF.’ que teria colaborado com informações ‘(...) a partir da confiança legítima de que seria beneficiária da extinção de punibilidade prevista em lei (...)’, e que ‘(...) a CCCC, como contrapartida para a celebração dos acordos, teve garantida a ela a extinção de punibilidade pela confessa participação na fraude ao processo licitatório, tanto em âmbito administrativo como judicial, (...)’. Conclui a CCCC pedindo que ‘(...) essa e. Corte tome em conta, além dos impedimentos jurídicos supramencionados, as nefastas consequências que poderiam impactar todo o sistema jurídico caso se optasse por punir a signatária de acordo’.

Análise

117. Conforme análises precedentes, as alegações de óbices jurídicos restaram superadas e insuficientes para afastar a punibilidade da empresa no âmbito do TCU em razão de ela ter firmado os acordos de leniência com o CADE e MPF.

118. Ressalta-se que a segurança jurídica desses acordos é mantida à medida que o TCU avalia o reflexo deles e a efetiva colaboração da empresa na resolução da lide processual neste Tribunal a título de elementos atenuantes na dosimetria da sanção.

119. Portanto, não há que se falar em impossibilidade de o TCU declarar a inidoneidade de empresa que participa de fraude à licitação, nos termos do art. 46 da Lei 8.443/1992, senão estar-se-ia permitindo a utilização indevida dos referidos acordos como instrumento de proteção e incentivo às empresas fraudadoras, pois, se descobertas, bastaria que buscassem o ‘manto protetor’ desses instrumentos de leniência ou acordos, que, vale recordar, são instrumentos criados para combater a corrupção e não para auxiliar sociedades empresárias cometedoras de ilícitos.

120. Noutra linha, conforme afirma o Min. Relator Walton Alencar Rodrigues, no Voto que fundamentou o Acórdão 348/2016-TCU-Plenário, **a efetiva aplicação da pena é que desestimula a continuidade da prática delituosa**, cumprindo as finalidades retributiva e preventiva da sanção:

‘A aplicação da penalidade ao fraudador dá concretude à norma legal sancionadora que alberga a tutela ao bem jurídico protegido, ao mesmo tempo em que **retribui ao agente o mal por ele causado à coletividade** (finalidade retributiva), e **o afasta de futuros certames por prazo determinado** (finalidade preventiva especial)’

121. Quanto às consequências de eventual aplicação da sanção de Inidoneidade, não cabe ao TCU avaliar tais consequências para decidir aplicar ou não a sanção, posto que o artigo 46 da Lei 8.443/92 é claro ao determinar que ‘Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de

licitação na Administração Pública Federal'. Não se condiciona, portanto, a declaração de inidoneidade aos resultados de quaisquer análises dos efeitos provocados pela saída de determinada empresa do mercado junto a Administração Pública Federal. Com isso, inverte-se a lógica aventada pela CCCC, de modo que tal sociedade empresária é quem deveria de antemão ponderar os impactos de eventuais sanções por fraude a licitações.

122. Quanto à suposta garantia de extinção da punibilidade como contrapartida pela celebração dos acordos, não há nada nos citados acordos que confirme esta alegação, assim como não há fundamento legal para isto. Assim, verifica-se que os acordos de colaboração não geraram obrigações de anistias às penalidades previstas na Lei 8.443/1992, muito menos consubstanciaram-se em entraves às atuações do TCU.

(III) Da responsabilização e individualização das condutas da CCCC

123. **Responsáveis:** Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A. (CNPJ: 61.522.512/0001-02).

124. **Conduta:** Ação dolosa de participar de conluio entre as empresas dos consórcios UNA3 e ANGRA3 com o objetivo de fraudar licitação da Eletrobrás Termonuclear S/A - Eletronuclear relativa à montagem eletromecânica da Usina de Angra 3, atuando em cartel, por meio da divisão de mercado entre concorrentes para frustrar o caráter competitivo da licitação e fixação prévia de preços, condições e vantagens associadas, configurando fraude comprovada à licitação para fins do disposto no art. 46 da Lei 8.443/1992.

125. **Nexo de causalidade:** As práticas adotadas pela empresa supracitada resultaram nas fraudes às licitações, na restrição à competitividade, nas contratações de empresas e consórcios por valores acima daqueles que seriam praticados em ambiente competitivo, acarretando prejuízos ao erário.

126. A atuação da empresa Camargo Corrêa, juntamente com as demais empresas cartelizadas, foi confirmada pelas investigações da Operação Lava Jato, pela delação premiada de Ricardo Pessoa e pelo Acordo de Leniência 06/2015 entre o CADE e a CCCC.

(IV) Da Dosimetria da Sanção de Declaração de Inidoneidade da CCCC

127. Conforme fartamente exposto no exame técnico acima, restou comprovado que a empresa Camargo Corrêa participou ativamente de fraude à licitação da Eletronuclear mediante as seguintes condutas: conluio; combinação de preços; quebra de sigilo das propostas; divisão de mercado; combinação prévia de resultados e consequente direcionamento das licitações; para beneficiar a si e as demais empresas participantes do cartel.

128. A fraude à licitação é ato ilícito que ofende de forma grave preceitos constitucionais da Administração Pública, carecendo de sanção proporcional, de forma a punir o infrator e a repelir intenções futuras de prática de tal ato faltoso. Nesse mesmo sentido é a Declaração de Voto do Min. Relator Vital do Rêgo, que acompanha o Acórdão 348/2016-TCU-Plenário:

5. Aqueles que fraudam certames licitatórios com o objetivo de obter vantagens para si ou para terceiros, atitude que não se coaduna com os valores da nossa sociedade, comportamento que não se harmoniza com os princípios consagrados no nosso ordenamento jurídico, **devem ter reprimenda proporcional à gravidade de todas as irregularidades que vierem a ser por eles perpetradas em desfavor da regra constitucional da licitação.** (Grifos acrescidos)

129. Portanto, considerando que a sanção deve guardar proporção com a reprovabilidade da prática e com a gravidade dos atos ilícitos e das suas consequências, envolvendo diversos meios fraudulentos para obtenção do êxito no crime perpetrado; e de forma a garantir a função pedagógica e preventiva da sanção, **propugna-se, inicialmente, pela definição de 5 (cinco) anos de inidoneidade para contratar com a Administração Pública Federal com relação à fraude ora tratada.**

130. Contudo, há que se reconhecer que a confissão da empresa Construções e Comércio Camargo Corrêa S/A, assumindo a participação na conduta ilícita, contribuiu de forma efetiva para o deslinde dos autos.

131. A empresa, dentro do escopo aqui sopesado, foi a primeira a formalizar o Acordo de

Leniência junto ao CADE, o que contribuiu para o esclarecimento de detalhes das investigações até então desconhecidos. Também firmou Acordo de Leniência com o MPF em que se obriga a cooperar plena e permanentemente com autoridades mencionadas ou outras não mencionadas, desde que autorizados pelo MPF, nos procedimentos instaurados ou propostos por estes órgãos, além de se obrigar a pagar multa cível no valor de R\$ 700.000.000,00 (setecentos milhões de reais).

132. Assim, a consideração da confissão dos ilícitos no âmbito desta Corte de Contas, bem como dos acordos celebrados pela empresa CCCC na dosimetria da pena de declaração de inidoneidade atende ao disposto no Voto do Exmo. Min. Relator Benjamin Zymler, conforme excerto abaixo:

‘Como exposto anteriormente, diversas empresas e gestores da Petrobras se dispuseram a colaborar com as investigações, inclusive devolvendo aos cofres da Petrobras valores obtidos ilícitamente. Há notícias, ainda, que estão sendo negociados outros acordos, inclusive com base na Lei Anticorrupção Empresarial (Lei 12.846/2013).

Essas colaborações, por certo, não afastam o dever desta Corte de Contas de apurar os fatos que estejam sob sua jurisdição. Entretanto, essas práticas colaborativas **podem** ser consideradas quando da análise de mérito, repercutindo, caso confirmados os ilícitos ora noticiados, na dosimetria das penas.’ (grifos acrescidos)

133. Impende salientar que não há no art. 46, da Lei 8.443/1992 qualquer previsão para a consideração de atenuantes da aplicação da sanção de inidoneidade. Da mesma forma, no Regimento Interno do TCU, em seu art. 271, não há regulamentação da forma como aplicar as atenuantes da pena de inidoneidade.

134. Face tal cenário, o TCU, por meio do Acórdão 348/2016-TCU-Plenário, decidiu pela aplicação analógica da regra estampada no §§ 1º e 2º do art. 75 do Código Penal Brasileiro para a definição da acumulação de mais de uma sanção de declaração de inidoneidade cominada à mesma licitante faltosa. Nessa esteira, seria razoável aplicar também previsões de circunstâncias atenuantes da pena prevista nesse Código Penal (art. 65, da Lei 2.848/1940) para estabelecimento da redução da pena de inidoneidade em razão da confissão e da celebração dos acordos de colaboração com o Poder Público. Contudo, do disposto no art. 65 do Código Penal, não é possível extrair um valor objetivo a ser reduzido na pena de declaração de inidoneidade, a título de circunstâncias atenuantes:

‘Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

III - ter o agente:

d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;’

135. Além de não permitir estabelecer um valor para as atenuantes, apenas a alínea ‘d’ do inciso III, do art. 65, da Lei 2.848/1940, transcrito acima, se adequa às circunstâncias que teriam o condão de atenuar a aplicação da inidoneidade ao caso concreto.

136. Já o disposto no art. 16, da Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção - LAC), conforme transcrição a seguir, descreve as circunstâncias para a celebração dos acordos de leniência e, na segunda parte de seu §2º, define que o valor da multa aplicável poderá ser reduzido em até 2/3.

‘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.

§1º O acordo de que trata o caput somente **poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente**, os seguintes requisitos:

I - a pessoa jurídica **seja a primeira a se manifestar** sobre o seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;

II - a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo;

III - a pessoa jurídica **admita sua participação no ilícito** e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais até seu encerramento.

§2º A celebração do acordo de Leniência **isentará a pessoa jurídica das sanções prevista no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável.**

§3º O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.’ (Grifos acrescidos)

137. Considerando que a multa aplicável é uma sanção, *lato sensu*, tal qual a declaração de inidoneidade prevista no art. 46, da Lei 8.443/1992; considerando que a condição atenuante da confissão prevista no art. 65, inciso III, alínea ‘d’, do Código Penal Brasileiro está contemplada no art. 16, §1º, inciso III, da LAC; e considerando que esse é o parâmetro objetivo de quanto reduzir a pena de inidoneidade aplicável ao caso em análise, seria razoável utilizar, tendo por base a aplicação analógica da regra constante do §2º do art. 16 da Lei 12.846/2013, a redução de pelo menos 2/3 da pena de declaração de inidoneidade de contratar com a Administração Pública Federal aplicável à empresa CCCC, em face de ter admitido sua participação no ilícito e da contribuição dos acordos celebrados com o MPF e com o CADE para as investigações em curso naqueles órgãos.

138. Assim, pelos motivos expostos, considerando a gravidade e extensão dos danos causados pelos ilícitos, para garantir a função pedagógica e preventiva da sanção, **propõe-se a aplicação da declaração de inidoneidade para contratação com a Administração Pública Federal à empresa Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A. pelo tempo máximo previsto na Lei 8.443/92 de 5 (cinco) anos, reduzidos de pelo menos 2/3 deste prazo em razão das circunstâncias atenuantes já especificadas, resultando em uma pena máxima de 1 (hum) ano e 8 (oito) meses.**

(V) Das alegações da UTC e respectivas análises

139. Em sua manifestação, a UTC optou por não discutir o mérito, se abstendo de produzir qualquer tipo de prova, evidência ou até mesmo algum indício a seu favor que fosse capaz de alterar o entendimento da unidade técnica quanto aos indícios de restrição à competitividade e de formação de cartel, se limitando a questões preliminares, como será visto nos tópicos seguintes.

(V.1) Da Competência do CADE e do TCU

140. A UTC inicia sua manifestação mencionando a existência do processo nº 08700.007351/2015-51 em trâmite no CADE tratando das condutas anticompetitivas praticadas em licitação da Eletronuclear com relação à montagem eletromecânica na Usina Angra 3. Em seguida afirma ‘(...) que a competência para a apuração e combate de cartéis é atribuída, pelo ordenamento jurídico brasileiro, ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica, autarquia especializada na apuração e repressão desse tipo de conduta, sendo notória a complementariedade da atuação do TCU nesses casos.’ e conclui afirmando que ‘Neste caso, a atuação do CADE na apuração do alegado cartel é causa suspensiva para a atuação desta Corte de Contas, a qual possui competência complementar para apurar eventual dano ao erário, o que deve ser feito após o julgamento pelo CADE, levando-se em conta as conclusões por este apresentadas.

141. A UTC alega ainda que, à luz de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, ela pode inferir que enquanto o CADE detém a competência para a investigação e repressão das práticas prejudiciais à concorrência, o TCU possui legitimidade para a apuração de eventuais prejuízos aos cofres públicos advindos destas práticas.

Análise:

142. Assiste razão à UTC quando descreve parte das competências do CADE no que tange à

apuração e o combate aos carteis, mas não quando busca restringir a competência do TCU apenas à apuração de dano ao erário. As competências do TCU têm sede na Constituição Federal e em sua Lei Orgânica e em nada se confundem com as competências do CADE, conforme já abordado nas análises dos argumentos apresentados pela CCCC, em tópico acima pertinente.

143. No presente processo apura-se a ocorrência de fraude a licitação, que pode ou não se dar juntamente com a formação de cartel. Não pretende o TCU apurar ilícitos concorrenciais, como afirma a UTC em sua manifestação. O próprio CADE reconhece isso, conforme portaria SDE/MJ nº 51 de 03/07/2009. O Ofício 0053/2016-TCU/SeinfraOperações, de 12/4/2016 (peça 103), determina à UTC que apresente razões de justificativa quanto aos indícios de restrição à competitividade e de formação de cartel no âmbito dos processos de pré-qualificação e de concorrência citados e alerta que a não elisão da irregularidade poderá ensejar a declaração de inidoneidade prevista no artigo 46 da Lei 8.443/92, que trata exclusivamente de fraude comprovada à licitação.

(V.2) Da Violação ao Exercício da Ampla Defesa e do Contraditório

144. A UTC alega que ‘(...) a notificação da Empresa para a apresentação de declarações que possam eventualmente prejudicar o processo em trâmite perante o CADE enseja uma inequívoca violação ao exercício da ampla defesa e do contraditório no presente processo, uma vez que tais garantias, constitucionalmente resguardadas, estariam sendo inquestionavelmente feridas face à atuação em sobreposição por parte desta Corte de Contas em relação às competências definidas ao CADE’ e que ‘(...) a eventual resposta apresentada pela UTC neste procedimento poderá influenciar o processo em trâmite perante o CADE, (...)’.

Análise:

145. Não há que se falar em sobreposição de atuações entre o TCU e o CADE, mesmo que esta atuação se dê sobre os mesmos fatos. Conforme visto alhures, o Cade faz parte do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, atuando na prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, com base na Lei 12.529/2011, que é orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Em resumo, a atuação do CADE busca preservar as estruturas de mercado. Já o TCU, neste caso, apura a ocorrência de fraude à licitação, que por ter ocorrido por meio de cartel, atraiu também a competência do CADE. É cristalina a independência das instâncias entre o processo no CADE e o processo TCU, motivo pelo qual não procede a alegação de violação ao exercício da ampla defesa e do contraditório no presente processo. Neste sentido, cite-se o seguinte excerto:

‘Acórdão 344/2015 Plenário (Recurso de Revisão, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues)’

A independência entre as instâncias permite que uma mesma conduta seja valorada de forma diversa, em ações de natureza penal, civil e administrativa. A ação por improbidade administrativa, de natureza civil, não vincula o juízo de valor formado na seara administrativa. Apenas a sentença absolutória no juízo penal fundada no reconhecimento da inexistência material do fato tem habilidade para repercutir no TCU e afastar a imposição de obrigações e sanções de natureza administrativa.’

(V.3) Do Pedido de Suspensão do Processo

146. A UTC conclui sua manifestação requerendo que seja determinada a suspensão deste processo até o julgamento definitivo do processo em tramitação no CADE e que apenas posteriormente possa ser retomado este processo e que sejam observadas as conclusões exaradas pelo CADE e seja reaberto o prazo para que a UTC apresente suas razões de justificativa.

Análise:

147. O pedido da UTC não merece prosperar pelos seguintes motivos: (i) Não há direito subjetivo que assista à UTC neste sentido. Embora o artigo 157 do RITCU permita ao relator sobrestar o processo, não há obrigação legal ou no RITCU que obrigue tal suspensão pelo fato de haver

processo tramitando no CADE tratando dos mesmos fatos, haja vista a independência das instâncias; e (ii) A suspensão solicitada contraria o interesse público, os princípios constitucionais da moralidade e da eficiência e, tem caráter meramente protelatório, pois que a tramitação concomitante do processo no CADE em nada prejudica a possibilidade da UTC se defender e a decisão do TCU em nada depende da decisão que venha a ser tomada pelo CADE.

(VI) Da responsabilização e individualização das condutas da UTC

148. **Responsáveis:** UTC Engenharia S/A (CNPJ: 44.023.661/0001-08).

149. **Conduta:** Ação dolosa de participar de conluio entre as empresas dos consórcios UNA3 e ANGRA3 com o objetivo de fraudar licitação da Eletrobrás Termonuclear S/A - Eletronuclear relativa à montagem eletromecânica da Usina de Angra 3, atuando em cartel, por meio da divisão de mercado entre concorrentes para frustrar o caráter competitivo da licitação e fixação prévia de preços, condições e vantagens associadas, configurando fraude comprovada à licitação para fins do disposto no art. 46 da Lei 8.443/1992.

150. Conforme Acordo de Leniência 06/2015 firmado entre a CCCC e o CADE, a conduta foi implementada por meio de reuniões presenciais e trocas de mensagens eletrônicas entre os representantes das empresas integrantes do Consórcio Angramon e nas quais se discutiu e coordenou previamente o resultado da licitação. A UTC teve participação na conduta implementada pelos seus funcionários e/ou ex-funcionários Antonio Carlos D'Agosto Miranda (Diretor Superintendente), Humberto Barra Neto (Líder Operacional de Contrato e Diretor do Contrato do Consórcio Angramon) e Ricardo Ribeiro Pessoa (Presidente),

151. A UTC teve papel de liderança no cartel, tanto no âmbito do Consórcio UNA3 como no chamado 'Grupo', que veio a se tornar o Consórcio Angramon, conforme pode-se comprovar nas passagens abaixo transcritas do referido Acordo de Leniência, inclusive servindo a sua sede como ponto de encontro para reunião.

'90. Os acordos eram negociados em reuniões presenciais, tendo sido realizadas no Rio de Janeiro, por ao menos duas vezes na sede da Queiroz Galvão (...) e outras na sede da UTC (...). Tais reuniões não tinham periodicidade fixa, tendo sido agendadas diante do desejo dos envolvidos de finalizar as tratativas do cartel(...). Os integrantes do cartel sabiam da ilegalidade dos encontros e, por exemplo, entravam via porta lateral na sede da Queiroz Galvão no Rio de Janeiro a fim de evitar o registro da portaria (reuniões de 24/10/2013 e 08/11/2013).'

'97. Antônio Carlos D'Agosto Miranda (Diretor Superintendente da UTC) insistia em ter o controle do processo e assim, inicialmente, prevalecia em conversas informais entre os membros do consórcio o entendimento de que o Consórcio UNA3 deveria oferecer o menor preço (por diferença insignificante, como será visto adiante) nos dois pacotes. Essa posição era apoiada por Henrique Pessoa Mendes neto (Diretor de Contrato da Odebrecht) e Gustavo Ribeiro de Andrade Botelho (Diretor Superintendente da Andrade Gutierrez) - todos do consórcio UNA3 - mas combatida pelos membros do consórcio ANGRA3, em especial Odon David de Souza Filho (Diretor da Queiroz Galvão) e Guilherme Pires de Mello (Diretor da Techint). (...).'

'99. A reunião ocorreu, segundo os Signatários, na sede da Queiroz Galvão, no Rio de Janeiro (...). Estiveram presentes as sete empresas integrantes do cartel (o Grupo), assim representadas segundo melhor lembrança do representante da Signatária, LCM (Diretor Comercial de Energia da CCCC) presente na reunião: Antônio Carlos D'Agosto Miranda (Diretor Superintendente da UTC); Humberto Barra Neto (Líder Operacional de Contrato na UTC); Henrique Pessoa Mendes Neto (Diretor de Contrato da Odebrecht); LCM (Diretor Comercial de Energia da CCCC); Gustavo Ribeiro de Andrade Botelho (Diretor Superintendente da Andrade Gutierrez); Guilherme Pires de Mello (Diretor da Techint) e/ou Luís Guilherme de Sá (Diretor da Techint); Odon David de Souza Filho (Diretor da Queiroz Galvão); José Arnaldo Delgado (Engenheiro na Queiroz Galvão); Carlos Maurício de Paula Barros (Diretor Superintendente da EBE) e/ou Paulo Massa Filho (Diretor da EBE).'

'104. Embora agendada inicialmente para dia 05/11/2013, a referida reunião do 'Grupo / Conselho' ocorreu apenas em 08/11/2013 (...) também na sede da Queiroz Galvão no Rio de

Janeiro. Referida reunião contou com os seguintes representantes: **Antônio Carlos D'Agosto Miranda (Diretor Superintendente da UTC)**; Humberto Barra Neto (Líder Operacional de Contrato na UTC); Henrique Pessoa Mendes Neto (Diretor de Contrato da Odebrecht); LCM (Diretor Comercial de Energia da CCCC); Gustavo Ribeiro de Andrade Botelho (Diretor Superintendente da Andrade Gutierrez); Guilherme Pires de Mello (Diretor da Techint) e/ou Luís Guilherme de Sá (Diretor da Techint); Odon David de Souza Filho (Diretor da Queiroz Galvão); José Arnaldo Delgado (Engenheiro na Queiroz Galvão); Carlos Maurício de Paula Barros (Diretor Superintendente da EBE) e/ou Paulo Massa Filho (Diretor da EBE).'

'109. Esclarecem os Signatários que após a deliberação definitiva sobre o resultado da licitação entre os consórcios concorrentes, houve contato junto à Eletronuclear. A mensagem abaixo (Documento 34) foi enviada por Henrique Pessoa Mendes Neto (Diretor de Contrato da Odebrecht aos membros do Consórcio UNA3 [Gustavo Ribeiro de Andrade Botelho (Diretor Superintendente da Andrade Gutierrez), **Antonio Carlos D'Agosto Miranda (Diretor Superintendente da UTC)**; LCM (Diretor Comercial de Energia da CCCC); Adolfo de Aguiar Braid (Engenheiro e Gerente de Projetos da Odebrecht); **Humberto Barra Neto (Líder Operacional de Contrato na UTC)**] e relata conversa na Eletronuclear em 11/11/2013 em que foi discutida a junção dos dois consórcios em momento posterior à licitação e anterior à assinatura dos contratos (...). **Note-se que há conversa sobre a junção dos dois consórcios concorrentes antes mesmo da apresentação das propostas, o que evidencia a certeza de que venceriam o certame por meio do ajuste anticompetitivo.**'

'112. Em relação à proposta comercial, ainda na reunião supramencionado do dia 08/11/2013 **houve a definição da diferença entre os preços a serem apresentados pela proposta vencedora e pela proposta de cobertura. Sob a orientação de Antônio Carlos D'Agosto Miranda (Diretor Superintendente do UTC)** os preços fixados pelos membros do cartel para serem ofertados em cada um dos pacotes, ao final, foram definidos de modo que a proposta vencedora deveria ficar pouco abaixo do limite de até 5% acima do preço estabelecido como de referência teto no Item 10.3.2.1 do edital, (...), ao passo que a proposta perdedora teria uma diferença da vencedora de até 1%.'

'113. Segundo o Signatário LCM (Diretor Comercial da Unidade de Energia da CCCC), a equipe que elaborou esse estudo técnico era unificada, composta por profissionais das sete empresas, pertencente aos dois consórcios concorrentes, tamanha era a certeza de que o cartel seria implementado na licitação. Com o orçamento da obra definido, e **diante da orientação de Antonio Carlos D'Agosto Miranda (Diretor Superintendente da UTC)** - cancelada pelos demais participantes da reunião do Conselho - de qual o percentual a ser aplicado na proposta. A equipe técnica unificada simplesmente executou esse percentual.'

'127. Conforme informado pelos Signatários, em 03/12/2013, **as sete empresas reuniram-se na sede da UTC no Rio de Janeiro** (...) com objetivo de discutir uma estratégia comum de negociação com a estatal e de definir alguns aspectos sobre a execução conjunta da obra. A reunião contou com os seguintes representantes: **Antonio Carlos D'Agosto Miranda (Diretor Superintendente na UTC)**, **com o apoio de Humberto Barra Neto (Líder Operacional de Contrato na UTC)**, Henrique Pessoa Mendes Neto (Diretor de Contrato da Odebrecht). LCM (Diretor Comercial da Unidade de Energia da CCCC), Gustavo Ribeiro de Andrade Botelho (Diretor Superintendente da Andrade Gutierrez), Guilherme Pires de Mello (Diretor da Techint) e/ou Luís Guilherme de Sá (Diretor da Techint), Odon David de Souza Filho (Diretor da Queiroz Galvão) e Paulo Massa Filho (Diretor da EBE).'

'129. Abaixo segue cadeia de e-mails iniciada por Henrique Pessoa Mendes Neto (Diretor de Contrato da Odebrecht), em 09/12/2013, em que pede para remarcar reunião do 'Conselho' (Documento 37). As pessoas envolvidas na troca de e-mail são LCM (Diretor Comercial da Unidade de Energia da CCCC), Henrique Pessoa Mendes Neto (Diretor de Contrato da Odebrecht), Ronaldo Pavão Vieira (Gerente na Odebrecht), **Antonio Carlos D'Agosto Miranda (Diretor Superintendente da UTC)**, Gustavo Ribeiro de Andrade Botelho (Diretor Superintendente da Andrade Gutierrez), Guilherme Pires de Mello (Diretor da Techint), José Arnaldo Delgado (Engenheiro na Queiroz Galvão), Odon David de Souza Filho (Diretor da Queiroz Galvão), Arcy

Motta (Diretor da EBE) e Benno Trau (Gerente de Projetos da EBE). A data tentativa para a reunião era 20/12/2013 em São Paulo, mas, por problemas de agenda, foi adiada para janeiro de 2014. Ao final da cadeia de e-mails, Henrique Pessoa Mendes Neto (Diretor de Contrato da Odebrecht) questiona LCM (Diretor da Unidade de Energia da CCCC) sobre novidades em relação ao tema 'Cardeal', evidenciando preocupação com o tema. Valter Luiz Cardeal de Souza (Diretor de Geração da Eletrobrás) é referido por vezes como 'sua santidade'; 'o eclesiástico' ou 'Cardeal', conforme relato dos Signatários.'

'130. Conforme troca de emails abaixo (Documento 40), Henrique Pessoa Mendes Neto (Diretor de Contrato da Odebrecht) relata, em 21/02/2014, a **Antonio Carlos D'Agosto Miranda (Diretor Superintendente da UTC)**, **Humberto Barra Neto (Líder Operacional de Contrato na UTC)**, Gustavo Ribeiro de Andrade Botelho (Diretor Superintendente da Andrade Gutierrez), LCM (Diretor 'Comercial da Unidade de Energia da CCCC), LALS (Gerente de Desenvolvimento Comercial da CCCC) e Mauro Gonçalves Faísca (Engenheiro e Gerente de Projeto da Andrade Gutierrez) o ocorrido em 20/02/2014 em jantar entre Valter Luiz Cardeal de Souza (Diretor de Geração da Eletrobras) e Luiz Soares (Diretor Técnico da Eletronuclear), no qual foi abordada a questão da reavaliação das propostas.' (Todos os grifos foram acrescentados)

152. **Nexo de causalidade:** As práticas adotadas pela empresa supracitada resultaram em restrição à competitividade, nas contratações dos dois consórcios por valores acima daqueles que seriam praticados em ambiente competitivo, configurando a fraude à licitação.

153. A atuação da empresa UTC, juntamente com as demais empresas cartelizadas, foi confirmada pelas investigações da Operação Lava Jato, pela delação premiada de Ricardo Pessoa (Presidente da própria empresa), pelo Relatório de Auditoria do TCU e pelo Acordo de Leniência 06/2015 entre o CADE e a CCCC.

(VII) Da Dosimetria da Sanção de Declaração de Inidoneidade da UTC

154. Conforme fartamente exposto no exame técnico acima, restou comprovado que a empresa UTC participou ativamente de fraude à licitação da Eletronuclear mediante as seguintes condutas: conluio, combinação de preços; quebra de sigilo das propostas; divisão de mercado; combinação prévia de resultados e consequente direcionamento das licitações; para beneficiar a si e as demais empresas participantes do cartel.

155. Portanto, considerando que a sanção deve guardar proporção com a reprovabilidade da prática e com a gravidade dos atos ilícitos e das suas consequências, envolvendo diversos meios fraudulentos para obtenção do êxito no crime perpetrado; e de forma a garantir a função pedagógica e preventiva da sanção, **propugna-se pela definição da pena máxima de 5 (cinco) anos de inidoneidade para contratar com a Administração Pública Federal com relação à fraude ora tratada.**

156. Conforme já citado, o CADE celebrou recentemente TCC (Termos de Compromisso de Cessação de Prática) com as empresas UTC e Andrade Gutierrez. Embora os requisitos para celebração de TCC sejam que os compromissários cessem seu envolvimento no ilícito, reconheçam participação na conduta investigada e colaborem de forma efetiva com as investigações, no âmbito deste processo não houve reconhecimento de participação nem colaboração por parte da UTC. Desta forma, não há que se falar em atenuação da pena.

(VIII) Das alegações da Andrade Gutierrez e respectivas análises

(VIII.1) Da Alegação de Reabertura de Questão já enfrentada pelo TCU

(VIII.1.1) Da Coisa Julgada Administrativa

157. A Andrade Gutierrez inicia sua manifestação alegando que '(...) a questão da fraude ou frustração à licitação, objeto do presente processo, foi amplamente debatida no TCU e no Poder Judiciário, à época do certame, tendo sido declarada a: (i) legalidade das exigências de habilitação técnica; (ii) economicidade do orçamento (...)'

Análise:

158. Observa-se que nesse tópico de defesa, a manifestante contesta a postura da unidade técnica do Tribunal (SeinfraOperações) em revisitar pontos que já foram julgados anteriormente por esse Tribunal, chegando mesmo a concluir que as decisões do TCU aprovam os atos e fatos ocorridos. Desta forma, não caberia alteração de posicionamento quanto aos julgados ocorridos no passado, sobre essa matéria.

159. Ocorre que, conforme trouxe o Relatório de Auditoria, as premissas adotadas nas análises que embasaram os julgados anteriores desta Corte de Contas não foram verificadas, o que era condição para as conclusões ali emanadas.

160. Vale destacar que o TCU realiza auditorias e inspeções, o que não tem o condão de ser o controle e fiscalização da obra, tarefa incumbida a quem está permanentemente no canteiro de obras e tem a obrigação legal de fiscalizar, ou sejam a Eletronuclear. As auditorias do Tribunal não têm por finalidade aprovar um orçamento, uma conta ou um ato, mas sim, verificar a legalidade, regularidade e aplicação dos princípios constitucionais aos atos de gestão de um órgão público responsável pela guarda e aplicação de recursos públicos.

161. Desta forma, não é demais destacar jurisprudência desta própria corte de contas, em que entende que as auditorias realizadas não atestam a regularidade ao período ou ao objeto de fiscalização, conforme depreende-se no Acórdão 1001/2015-TCU-Plenário - Ministro Relator Benjamin Zymler:

‘As auditorias realizadas pelo TCU não conferem atestado de regularidade ao período ou ao objeto da fiscalização, pois apresentam exames específicos realizados de acordo com o escopo de cada fiscalização. Julgamentos pretéritos não fazem coisa julgada administrativa em relação a irregularidades não identificadas, por quaisquer motivos, na auditoria apreciada e posteriormente verificadas em novas fiscalizações.’

162. No mesmo sentido, observa-se entendimento de que os julgamentos deste Tribunal não possuem o condão de fazer a coisa julgada, sendo que novos elementos podem alterar suas próprias conclusões. É o que trata o Acórdão 1884/2014-TCU-Plenário - Ministro Relator Augusto Sherman:

‘Na busca da verdade material, julgamentos pretéritos não têm o condão de fazer coisa julgada e não impedem que diante de novas situações se apontem falhas anteriormente não identificados por quaisquer motivos.’

163. Também cumpre lembrar que as deliberações emanadas por essa corte de contas não atestam a regularidade de atos e fatos que não foram identificados nas auditorias, conforme Acórdão 1989/2015-TCU-Plenário - Ministro Relator Benjamin Zymler:

‘As deliberações proferidas pelo TCU em processos de auditoria não atestam a regularidade do objeto fiscalizado em relação a irregularidades não identificadas na auditoria. O julgamento de auditoria não faz coisa julgada administrativa em relação a irregularidades não identificadas.’

164. Isso por que novos elementos, coletados durante a fiscalização empreendida por esta Seinfra Operações, alteraram sensivelmente todo o entendimento construído quando da prolação dos julgados anteriores deste Tribunal acerca da matéria em comento.

(VIII.1.2) Do Surgimento de Elementos Novos

165. Continuando o raciocínio do tópico anterior, a Andrade Gutierrez afirma que ‘(...) essa Corte de Contas retornou à questão, sob a alegação do surgimento de ‘elementos novos, até então alheios ao conhecimento dos órgãos de fiscalização e controle’, cita três evidências; Denúncia do MPF (peça 90); AL CADE 06/2015 CCCC (peça 91); e Colaboração Premiada de Ricardo Pessoa (peça 92), e conclui afirmando que ‘(...) a lei brasileira não atribui força probatória a meras versões unilaterais que estejam desacompanhadas de elementos aptos a corroborá-las’.

Análise:

166. A Andrade Gutierrez tenta alegar que as evidências citadas são meras versões unilaterais desacompanhadas de outros elementos que as corroborem, porém, o próprio TCU já havia

identificado indícios de ausência de competitividade da licitação em auditoria do Fiscobras 2013, conforme transcrição abaixo de trecho da instrução da unidade técnica (peça 93, pgs. 5 e 6).

‘Na auditoria do Fiscobras 2013 (TC 009.439/2013-7), a unidade técnica recomendou a paralisação da Concorrência GAC.T/CN-003/2013 (IGP), tendo em vista a **ausência de competitividade do certame**, dado que haviam restado apenas dois licitantes, sendo que o mesmo licitante não poderia sagrar-se vencedor de ambos os pacotes. Na oportunidade, também foram constatados indícios de sobrepreço de R\$ 314 milhões no edital (que representava 10,5% de sobrepreço em relação ao preço total paradigma dos pacotes 1 e 2) e realização de licitação sem que fossem contemplados os requisitos mínimos exigidos pela Lei 8.666/93. Na época, os envelopes com documentos de habilitação e propostas comerciais dos licitantes ainda não haviam sido entregues à Eletronuclear.

Após análise da oitiva da Eletronuclear, a unidade técnica relatou que ainda persistiam indícios de irregularidade que apontavam a existência de sobrepreço de R\$ 96 milhões, relacionados a: (i) erros de cálculo de encargos sociais; (ii) reajuste indevido no valor adotado para cesta básica; (iii) valoração equivocada dos custos indiretos; (iv) a necessidade de correção do BDI referencial; e (v) reflexos negativos decorrentes do critério de aceitabilidade de preços das propostas dos licitantes até 5% superior ao orçamento de referência. Dessa forma, considerando que a materialidade relativa do sobrepreço remanescente passou a ser da ordem de 3,2% (R\$ 96 milhões de um total de R\$ 2,98 bilhões), a unidade técnica propôs, com base no art. 93, § 1º, inciso IV, da Lei 12.708/2012 (LDO 2013), a reclassificação da irregularidade de IGP para IGC e a correção do sobrepreço.

Esta Corte, por meio do Acórdão 2.603/2013-TCU-Plenário, acolheu parcialmente a proposta da unidade técnica, temperando, em prol da continuidade e potenciais prejuízos decorrentes da paralisação, a decisão de: i) reclassificar a irregularidade de IGP para IGC; ii) determinar à Eletronuclear que excluísse do orçamento base da licitação (R\$ 2.983.901.257,50) o montante de R\$ 10.105.631,90 (concernentes a encargos sociais, cesta básica, alimentação, transporte e outros itens de custos indiretos); iii) determinar que fossem ajustadas as cláusulas das minutas contratuais para se prever que os valores de R\$ 20.325.442,47 (folgas de campo) e R\$ 24.340.228,15 (extensão de plano médico e odontológico aos dependentes dos funcionários) somente fossem pagos às contratadas, caso exigidos por meio de Acordo/Convenção Coletiva de Trabalho; e iv) determinar que fossem ajustadas as cláusulas das minutas contratuais para destacar que as contratadas deveriam reduzir os preços contratuais, de modo a considerar o impacto positivo da suspensão do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) e Imposto de Importação (II), no caso de aprovação da UTN Angra III no Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento de Usinas Nucleares (Renuclear), bem como a desoneração da folha de pagamentos, instituída pela Lei 12.546/2011.’

167. Posteriormente, com a celebração de acordos de colaboração premiada e de leniência, as provas fornecidas pelos colaboradores apenas confirmaram e detalharam os indícios de ausência de competitividade apontados pela unidade técnica em 2013.

168. Para compreender claramente porque um acordo de leniência com base na Lei 12.529/2011, a exemplo do celebrado com a CCCC, não é uma ‘mera versão unilateral’, mas um relato qualificado, **com documentos que comprovam a infração**, é necessário entender os requisitos para a celebração.

‘Art. 86. **O Cade**, por intermédio da Superintendência-Geral, **poderá celebrar acordo de leniência**, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, **com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:**

I - a identificação dos demais envolvidos na infração; e

II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.’

169. Ao contrário do afirmado pela Andrade Gutierrez, existem diversos indícios e provas convergentes que demonstram a ocorrência de fraude à licitação por meio de conluio entre as empresas integrantes do Consórcio Angramon. Estes indícios e provas são suficientes para

comprovar a conduta ilícita para fins de responsabilização com base no artigo 46 da LOTCU, conforme jurisprudência abaixo.

Acórdão 1223/2015 Plenário (Tomada de Contas Especial, Relatora Ministra Ana Arraes)

‘É lícito ao julgador formar seu convencimento com base em prova indiciária quando os indícios são vários, fortes e convergentes, e o responsável não apresenta contraindícios de sua participação nas irregularidades.’

Acórdão 333/2015 Plenário (Pedido de Reexame, Relator Ministro Bruno Dantas)

‘A prova indiciária, constituída por somatório de indícios que apontam na mesma direção, é suficiente para caracterizar fraude a licitação por meio de conluio de licitantes, não se exigindo prova técnica inequívoca para tanto.’

Acórdão 834/2014 Plenário (TCE, Relator Ministro-Substituto André Luís de Carvalho)

‘Constitui prova a existência de indícios vários, convergentes e concordantes, o que, sinalizando para a manipulação de procedimento licitatório, autoriza o TCU a declarar a inidoneidade das empresas envolvidas na fraude, assim como multar os gestores públicos responsáveis.’

(VIII.2) Da Pré-Qualificação GAG-T/CN-005/2011

(VIII.2.1) Da alegação de ausência de elementos probatórios mínimos

170. A Andrade Gutierrez passa a analisar os seguintes indícios de fraude: denúncia do MPF; acordo de colaboração premiada do Sr. Dalton Avancini; Acórdão 3238/2012-P; histórico de conduta do acordo de leniência 06/2015 do CADE; e a colaboração premiada de Ricardo Pessoa, com a intenção de provar que tais indícios consistem em trechos unilaterais de peças relativas a processos sem nenhuma conexão com o caso em comento.

Denúncia do MPF e Acórdão 3238/2012-P

171. A Andrade Gutierrez relembra a representação do Consórcio Construcap/Orteng junto ao TCU em 2012 e que na ocasião o Procurador-Geral do MP/TCU emitiu parecer no sentido de que as exigências editalícias, deveriam realmente ser ‘excessivamente rigorosa porque se trata de uma obra nuclear’ tendo em vista a natureza excepcional do empreendimento, citando trechos do voto do Ministro relator analisando as 3 cláusulas indicadas como restritivas à competitividade pela Secob-3. Além disso, lembra que o Plenário considerou que as exigências impugnadas não poderiam ser afastadas, sendo imprescindíveis à execução e à segurança do empreendimento.

172. A construtora menciona ainda que ‘as empresas inabilitadas impetraram na Justiça Federal do Rio de Janeiro 04 Mandados de Segurança, com o objetivo de declarar inválidos os atos administrativos de inabilitação dos Consórcios para os 02 pacotes e o reconhecimento de que as impetrantes teriam atendido a todas as exigências contidas no edital. Após a análise dos processos ajuizados pelo Consórcio Construcap/Orteng (...), o Juiz proferiu as sentenças concluindo que não houve interpretação excessiva e restritiva às normas do Edital.’

173. Desta forma, conclui seu raciocínio afirmando que ‘(...) todos os elementos decorrentes das análises das cláusulas editalícias empreendidas no âmbito do TCU e do Judiciário, até o momento, concluem que a Pré-Qualificação no processo licitatório cumpriu seu objetivo precípua: habilitação dos licitantes aptos a executarem o empreendimento.’ E que ‘(...) os elementos trazidos ao presente processo acerca da suposta prática de atos ilícitos na licitação não possuem o condão de afastar as conclusões obtidas nas análises anteriores realizadas por essa Corte e pelo Poder Judiciário.’

Análise:

174. Assim como já feito no item (VIII.1.1), a Andrade Gutierrez volta a alegar coisa julgada administrativa por já haver o julgado do TCU citado. Porém, como já dito, o fato da licitação em questão já ter sido objeto de fiscalização por parte do TCU não confere atestado de regularidade a esta licitação, de forma que não assiste razão à Andrade Gutierrez.

Histórico de Conduta do AL 06/2015/CADE e Colaboração Premiada do Sr. Dalton Avancini

175. A Andrade Gutierrez inicia este tópico alegando que na descrição realizada pelo CADE as conclusões alcançadas se basearam apenas em versões unilaterais de ex-integrantes da Camargo Corrêa, sem apresentação de documentos que corroborassem suas alegações. Afirmar também que o teor da colaboração do Sr. Dalton Avancini indica que o colaborador não tinha conhecimento direto dos fatos relatados e que a colaboração premiada do Sr. Luís Cláudio Martins não confirma as informações do primeiro e conclui alegando que, por isto, este elemento indiciário não possui qualquer força e devem ser desconsideradas todas as interpretações feitas a partir dele.

Análise:

176. A análise da unidade técnica não se baseia apenas nas conclusões do histórico de conduta do acordo de leniência 06/2015 celebrado pelo CADE com a CCCC ou em qualquer outra evidência isolada, e sim no conjunto de evidências convergentes entre si e coerentes com os fatos incontroversos, de forma que o simples fato da colaboração do Sr. Luís Cláudio Martins não confirmar alguma informação da colaboração do Sr. Dalton Avancini não tem o condão de alterar o entendimento da unidade técnica. Foram obtidas mensagens eletrônicas e outras provas que mostram cabalmente a concertação entre empresas suficientes para caracterizar a fraude.

Colaboração Premiada do Sr. Ricardo Ribeiro Pessoa

177. A Andrade Gutierrez afirma que a análise da integralidade da colaboração não permite chegar à conclusão de que ‘as evidências que apontam para a existência de fraude à licitação têm se tornado cada vez mais robustas’, como interpretado pela SeinfraOperações e que a colaboração é clara ao afirmar que todas as empresas foram desqualificadas por não reunirem experiência para obras sofisticadas.

Análise:

178. Inicialmente a Andrade Gutierrez emite uma opinião, a de que a análise da colaboração em questão não permite a conclusão a que chegou a SeinfraOperações e em seguida cita outra opinião sobre a clareza da colaboração de que todas as empresas foram desqualificadas regularmente. Como já dito no item anterior, as conclusões da unidade técnica se baseiam na análise de diversas evidências, que no caso concreto são convergentes entre si e com fatos já provados e incontroversos.

(VIII.2.2) Da Alegação de vinculação da penalidade do artigo 46 da LOTCU ao tipo penal do artigo 90 da Lei 8.666/90

179. A Andrade Gutierrez (AG) tenta vincular a aplicação do artigo 46 da LOTCU à caracterização do ato ilícito no tipo penal disposto no artigo 90 da Lei 8.666/93. A AG argumenta que ‘(...) para a tipificação do delito previsto no art. 90 da Lei n. 8.666/93 é necessário que fique caracterizado expediente que frustre ou fraude o caráter competitivo do procedimento licitatório, retirando a igualdade e imparcialidade do certame, além da vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação’ e que a SeinfraOperações descreve a conduta como fraude, mas que na verdade se trata da modalidade frustração e que, nesse caso, a configuração do tipo penal dependeria de dois agentes em concurso, um deles o funcionário público responsável pela licitação. Continua a AG seu raciocínio alegando que ‘(...) a completa ausência de elementos aptos para imputar a existência de um concurso de agentes torna inaplicável o art. 90 da Lei Federal n. 8.666/93 à espécie. Ademais, a conduta em questão, para ser penalmente ilícita, depende da demonstração do dolo específico’.

180. Por fim, a construtora conclui que ‘(...) a descaracterização no caso concreto da fraude ou frustração a que remete o art. 90 da Lei Federal n. 8.666/93 afasta, por decorrência lógica, a aplicação de suas eventuais consequências jurídicas, entre as quais, a inidoneidade prevista no art. 46 da Lei Federal n. 8.443/93.’

Análise:

181. A sanção tipificada pelo artigo 46 da LOTCU possui natureza administrativa, é dirigida às pessoas jurídicas infratoras e sua aplicação é de competência exclusiva do TCU. Já a sanção tipificada pelo artigo 90 da Lei 8.666/93 possui natureza penal, portanto dirigida às pessoas físicas autoras e, assim como todos os crimes definidos na Lei 8.666/93, é de ação penal pública

incondicionada, cabendo sua promoção ao Ministério Público competente. Feitas as distinções pode-se ver que não há qualquer relação de dependência entre os dois dispositivos citados, inclusive por falta de qualquer amparo legal vinculando a declaração de inidoneidade de pessoas jurídicas pelo TCU à ocorrência do crime tipificado no artigo 90 da Lei 8.666/93.

(VIII.3) Da Concorrência GAC.T/CN-003/13

182. A AG passa a analisar alguns documentos acostados no Histórico de Conduta do Acordo de Leniência 06/2015 do CADE e faz a seguinte consideração: ‘(...) à primeira vista os e-mails citados envolvem discussões técnicas, bem como tratativas para a futura formação do Consórcio Integrado, tudo isso dentro do previsto pelo item 12.8 Edital, sendo que eventuais discussões a respeito de quem seria o vencedor de cada lote - se existiram - não é possível crer que tiveram resultado prático prejudicial ao erário. Isso porque realmente não havia como um licitante responsável dar qualquer desconto em relação a orçamento demasiadamente apertado.’

Análise:

183. A Andrade Gutierrez alega que eventuais discussões entre as empresas a respeito de quem seria o vencedor da licitação, se existiram, não tiveram resultado prático prejudicial ao erário, dando a entender que o resultado da conduta é condição para a caracterização da fraude. Porém, como podemos ver no trecho do acórdão abaixo, este entendimento não está de acordo com a jurisprudência do TCU, de modo que não assiste razão à Andrade Gutierrez em sua alegação.

Acórdão 48/2014 Plenário (Embargos de Declaração, Relator Ministro Benjamin Zymler)

‘Com relação à afirmação de que a alegada falsificação do documento não teve qualquer influência no processo licitatório, na medida em que não favoreceu qualquer licitante, muito menos a recorrente, registro que a configuração da fraude à licitação não está associada ao seu resultado, ou seja, ao sucesso da empreitada. Fazendo analogia ao Direito Penal, trata-se de ilícito de mera conduta, sendo suficiente a demonstração da combinação entre as partes, visando simular uma licitação perfeitamente lícita para, assim, conferir vantagem para si ou outrem.

Considerando que a licitação é um processo público, não restrito aos eventuais participantes da fraude, é plenamente possível que um terceiro, estranho à simulação, participe e ao final se sagre vencedor do certame. No caso, o resultado da fraude dependerá do envolvimento, da disposição e da possibilidade fática de a entidade promotora do certame conduzir ou não ao resultado desejado.’

184. Ademais, conforme pôde ser visto no histórico de condutas, os licitantes, formados por dois consórcios (consórcio Angra 3 e consórcio Uma 3), combinaram os preços, no limite superior do critério de aceitabilidade de preços estabelecidos no edital de concorrência, demonstrando, por si só, o ato ilícito da combinação dos preços e a ausência de competição no certame.

(IX) Da responsabilização e individualização das condutas da Andrade Gutierrez

185. **Responsáveis:** Construtora Andrade Gutierrez S/A (CNPJ: 17.262.213/0001-94).

186. **Conduta:** Ação dolosa de participar de conluio entre as empresas dos consórcios UNA3 e ANGRA3 com o objetivo de fraudar licitação da Eletrobras Termonuclear S/A - Eletronuclear relativa à montagem eletromecânica da Usina de Angra 3, atuando em cartel, por meio da divisão de mercado entre concorrentes para frustrar o caráter competitivo da licitação e fixação prévia de preços, condições e vantagens associadas, configurando fraude comprovada à licitação para fins do disposto no art. 46 da Lei 8.443/92.

187. Conforme Acordo de Leniência 06/2015 firmado entre a CCCC e o CADE, a conduta foi implementada por meio de reuniões presenciais e trocas de mensagens eletrônicas entre os representantes das empresas integrantes do Consórcio Angramon e nas quais se discutiu e coordenou previamente o resultado da licitação. A Andrade Gutierrez teve participação na conduta implementado pelos seus funcionários e/ou ex-funcionários Flávio David Barra (CEO da Divisão de Energia) e Gustavo Ribeiro de Andrade Botelho (Diretor Superintendente).

188. A Andrade Gutierrez teve papel ativo no cartel, conforme pode-se comprovar nas passagens abaixo transcritas do referido Acordo de Leniência, assim como nas passagens transcritas no item

VI.

‘99. A reunião ocorreu, segundo os Signatários, na sede da Queiroz Galvão, no Rio de Janeiro (...). Estiveram presentes as sete empresas integrantes do cartel (o Grupo), assim representadas segundo melhor lembrança do representante da Signatária, LCM (Diretor Comercial de Energia da CCCC) presente na reunião: Antônio Carlos D'Agosto Miranda (Diretor Superintendente da UTC); Humberto Barra Neto (Líder Operacional de Contrato na UTC); Henrique Pessoa Mendes Neto (Diretor de Contrato da Odebrecht); LCM (Diretor Comercial de Energia da CCCC); **Gustavo Ribeiro de Andrade Botelho (Diretor Superintendente da Andrade Gutierrez)**; Guilherme Pires de Mello (Diretor da Techint) e/ou Luís Guilherme de Sá (Diretor da Techint); Odon David de Souza Filho (Diretor da Queiroz Galvão); José Arnaldo Delgado (Engenheiro na Queiroz Galvão); Carlos Maurício de Paula Barros (Diretor Superintendente da EBE) e/ou Paulo Massa Filho (Diretor da EBE).’

189. **Nexo de causalidade:** As práticas adotadas pela empresa supracitada resultaram em efetiva restrição à competitividade, nas contratações dos dois consórcios por valores acima daqueles que seriam praticados em ambiente competitivo, configurando a fraude à licitação.

190. A atuação da empresa Andrade Gutierrez, juntamente com as demais empresas cartelizadas, foi confirmada pelas investigações da Operação Lava Jato, pela delação premiada de Ricardo Pessoa e pelo Acordo de Leniência 06/2015 entre o CADE e a CCCC.

(X) Da Dosimetria da Sanção de Declaração de Inidoneidade da Andrade Gutierrez

191. Conforme fartamente exposto no exame técnico acima, restou comprovado que a empresa Andrade Gutierrez participou ativamente de fraude à licitação da Eletronuclear mediante as seguintes condutas: conluio, combinação de preços; quebra de sigilo das propostas; divisão de mercado; combinação prévia de resultados e consequente direcionamento das licitações; para beneficiar a si e as demais empresas participantes do cartel.

192. Portanto, considerando que a sanção deve guardar proporção com a reprovabilidade da prática e com a gravidade dos atos ilícitos e das suas consequências, envolvendo diversos meios fraudulentos para obtenção do êxito no crime perpetrado; e de forma a garantir a função pedagógica e preventiva da sanção, **propugna-se pela definição da pena máxima de 5 (cinco) anos de inidoneidade para contratar com a Administração Pública Federal com relação à fraude ora tratada.**

193. Conforme já citado, o CADE celebrou recentemente TCC (Termos de Compromisso de Cessação de Prática) com as empresas UTC e Andrade Gutierrez. Embora os requisitos para celebração de TCC sejam que os compromissários cessem seu envolvimento no ilícito, reconheçam participação na conduta investigada e colaborem de forma efetiva com as investigações, no âmbito deste processo não houve reconhecimento de participação nem colaboração por parte da Andrade Gutierrez. Desta forma, não há que se falar em atenuação da pena.

(XI) Das alegações da Odebrecht e respectivas análises

(XI.1) Da alegação da relativa força probatória dos documentos baseados em acordos de colaboração premiada

194. A Odebrecht alega que ‘(...) todos os novos documentos considerados como probatórios de uma nova realidade para imputar os indícios de restrição à competitividade e de suposta formação de cartel são fundamentados precipuamente em depoimentos prestados em sede de colaboração premiada(...)’, que ‘(...) informações oriundas de colaborações premiadas não são meios de prova hábeis a demonstrar, por si só, a materialidade ou a autoria de qualquer ato ilícito, dependendo sempre de outros elementos aptos a confirmá-las’ e que ‘(...) ao serem produzidos em processos dos quais a empresa não é parte ou em que ainda não houve contraditório, entende-se que esses documentos não são suficientes, por si só, para justificar a reabertura da discussão no âmbito do TCU e tampouco para fundamentar eventual aplicação de sanção administrativa a esta Empresa.’

Análise:

195. Apesar de não ser a única, como afirma a Odebrecht, o Acordo de Leniência 06/2015 é a principal evidência para a caracterização da fraude e isto é natural pelo fato da fraude ter sido feita por meio de cartel, e a ferramenta do acordo de leniência ser apropriada para combater carteis. Conforme já citado, antes da celebração do acordo de leniência o TCU já havia identificado indícios de restrição à competitividade.

Acórdão 1223/2015 Plenário (Tomada de Contas Especial, Relatora Ministra Ana Arraes)

‘É lícito ao julgador formar seu convencimento com base em prova indiciária quando os indícios são vários, fortes e convergentes, e o responsável não apresenta contraindícios de sua participação nas irregularidades.’

Acórdão 333/2015 Plenário (Pedido de Reexame, Relator Ministro Bruno Dantas)

‘A prova indiciária, constituída por somatório de indícios que apontam na mesma direção, é suficiente para caracterizar fraude a licitação por meio de conluio de licitantes, não se exigindo prova técnica inequívoca para tanto.’

Acórdão 834/2014 Plenário (TCE, Relator Ministro-Substituto André Luís de Carvalho)

‘Constitui prova a existência de indícios vários, convergentes e concordantes, o que, sinalizando para a manipulação de procedimento licitatório, autoriza o TCU a declarar a inidoneidade das empresas envolvidas na fraude, assim como multar os gestores públicos responsáveis.’

196. Também não assiste razão à Odebrecht em relação à sua última alegação, já que o processo no TCU é totalmente independente do processo no CADE e a alegada ausência de contraditório no processo do CADE não afeta o processo no TCU, até porque está sendo estabelecido nesta fase processual o contraditório e a ampla defesa.

197. Ademais, já foram tratados, nos tópicos anteriores, todos os assuntos pertinentes às alegações ora apresentadas, não cabendo repisá-los.

(XI.2) Da alegação da regularidade da licitação reconhecida pelo TCU e Poder Judiciário

198. A Odebrecht alegou que o TCU já analisou a legalidade das exigências de habilitação técnica concluindo pela continuidade do certame, e que também o Poder Judiciário teve a oportunidade de examinar os termos do Edital de Pré-Qualificação GAC. T/CN-005/11 e reconheceu sua regularidade e adequação ao caso concreto, conforme destacado pelo Juízo da 24ª Vara Federal do Rio de Janeiro em decisão proferida em Mandado de Segurança. Também alegou que o apontamento de cartel pelos fundamentos expostos contraria o entendimento predominante da doutrina e jurisprudência, inclusive do próprio Tribunal de Contas da União: necessidade de comprovação de conduta fraudulenta para o apontamento.

Análise:

199. Cumpre inicialmente lembrar que esse mesmo argumento foi apresentado pela Construtora Andrade Gutierrez, e devidamente analisado no tópico específico.

200. Desta forma, não assiste razão à Odebrecht quanto à alegação de que o TCU já analisou a legalidade do certame, configurando coisa julgada administrativa, pois o fato da licitação em questão já ter sido objeto de fiscalização por parte do TCU não confere atestado de regularidade a esta licitação,

201. Também não assiste razão quanto à alegação de que o Poder Judiciário reconheceu a regularidade dos termos do edital, pois os processos do TCU são independentes e não se vinculam às decisões do judiciário, com exceção no caso da existência de uma sentença penal absolutória resultante do **reconhecimento da inexistência de autoria do fato** ou da **inocorrência material do próprio evento**, o que não é o caso. Além disso, o escopo do presente processo não é o mesmo do processo judicial citado.

202. Também não assiste razão à Odebrecht quando alega que o apontamento de cartel contraria a jurisprudência do próprio TCU, conforme jurisprudência citada no item XI.2.

(XI.3) Da análise dos demais elementos constantes dos novos documentos juntados aos autos

203. A Odebrecht alega que efetivamente novo são apenas os e-mails anexos ao Histórico de Conduta do CADE, trocados durante a fase de concorrência pública e que a troca de e-mails internos ocorrida não tem o condão de servir de prova para tais apontamentos, citando alguns e-mails. Continua afirmando que os documentos existentes no processo evidenciam o tratamento pelas empresas de assuntos técnicos e operacionais, como clara medida adotada visando viabilizar o próprio empreendimento, não correspondendo às alegadas ilegalidades.

204. Por fim a Odebrecht conclui que ‘(...) a partir da análise dos e-mails juntados aos autos e que, realmente, se confirmam como documentos novos, até então desconhecidos por essa Corte de Contas, não há como afirmar, de forma categórica, sobre a existência de irregularidades e/ou ilicitudes eventualmente ocorridas ao longo do processo licitatório das obras de montagem de Angra 3.’

Análise:

205. Realmente nem todos os e-mails apontados no histórico de conduta permitem apontar a ocorrência de fraude de forma conclusiva e outros realmente tratam de questões técnicas e operacionais. Porém existem e-mails que demonstram claramente a ocorrência de acertos para fraudar a licitação, a exemplo dos citados abaixo:

- ☐ Imagem 5-Documento 32-Email Interno às páginas 57 e 58 do Histórico de Conduta
- ☐ Imagem 6-Documento 34-Email Externo às páginas 61 e 62 do Histórico de Conduta
- ☐ Imagem 7-Documento 37-Email Externo’ às páginas 70 a 75 do Histórico de Conduta
- ☐ Imagem 8-Documento 40-Email Externo’ às páginas 76 a 79 do Histórico de Conduta

206. Apesar da importância destes e-mails na caracterização da conduta, a Odebrecht não forneceu qualquer informação ou documento capaz de contradizer particularmente estas evidências, se limitando a apenas negar a existência de irregularidades. De acordo com a jurisprudência do TCU, a existência de indícios diversos apontando para a mesma direção é suficiente para caracterizar a fraude, não sendo necessária a existência de uma prova material incontestável, como uma gravação por exemplo, pois isto praticamente inviabilizaria a responsabilização por atos ilícitos cometidos através da formação de cartel ou de organizações criminosas.

(XI.4) Das consequências do suposto cartel - Da estimativa do suposto dano

207. Neste tópico, a Odebrecht abordou a questão da estimativa do dano ao erário. Como o despacho do Exmo. Ministro Relator Bruno Dantas determina a realização de audiência das empresas é específico quanto ao tema objeto das presentes manifestações e este assunto não faz parte do objeto, que se limita ao achado III.1 do relatório de auditoria. Assim, não será feita a análise deste tópico. Em algumas passagens de outros tópicos a Odebrecht também citou questões sobre superfaturamento e dano ao erário que, da mesma forma, não foram analisadas por não fazerem parte do escopo das manifestações, e terão suas devidas considerações quando da análise de possível tomada de contas especial.

(XI.5) Da alegação de gravidade da penalidade aventada

208. A Odebrecht inicia este tópico de defesa considerando a extensão do dano que estaria sendo causado, com a eventual aplicação da penalidade prevista no artigo 46 da LOTCU, declaração de inidoneidade para participar de licitações da Administração Pública Federal, e que esta é a sanção mais severa para o ato tipificado. Continua o raciocínio alegando que o impedimento para contratar com a Administração Pública Federal pode representar o comprometimento das atividades da empresa e que seria medida desproporcional, extremamente gravosa e com diversos desdobramentos prejudiciais ao próprio interesse público e à população, por supostamente impactar na geração de empregos.

Análise:

209. Não assiste razão à Odebrecht quanto à desproporcionalidade entre a sanção de inidoneidade e

o ato ilícito de fraudar licitação pública, pois que este juízo de valor coube aos legisladores, que entenderam ser a punição proporcional à gravidade do ato.

210. Quanto à alegação da gravidade da pena e seus desdobramentos para a Odebrecht, não cabe à unidade técnica levar estas questões em consideração pela simples falta de previsão legal. O comando do artigo 46 da LOTCU é claro ao determinar que ‘Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal’. Há discricionariedade apenas quanto ao prazo de inidoneidade.

211. É importante ressaltar que a gravidade da sanção tem como objetivo principal dissuadir a prática da fraude e que a análise dos riscos e das consequências da possível aplicação da sanção deve ser feita por cada pessoa, física ou jurídica, que cogite fraudar licitação pública. Não é razoável que a Odebrecht apele para que o TCU pondere as consequências graves da aplicação da sanção quando ela própria não o fez antes de praticar fraude à licitação visando obtenção de vantagens indevidas.

(XII) Da responsabilização e individualização das condutas da Odebrecht

212. **Responsáveis:** Construtora Norberto Odebrecht S/A (CNPJ: 15.102.288/0001-82).

213. **Conduta:** Ação dolosa de participar de conluio entre as empresas dos consórcios UNA3 e ANGRA3 com o objetivo de fraudar licitação da Eletrobras Termonuclear S/A - Eletronuclear relativa à montagem eletromecânica da Usina de Angra 3, atuando em cartel, por meio da divisão de mercado entre concorrentes para frustrar o caráter competitivo da licitação e fixação prévia de preços, condições e vantagens associadas, configurando fraude comprovada à licitação para fins do disposto no art. 46 da Lei 8.443/92.

214. Conforme Acordo de Leniência 06/2015 firmado entre a CCCC e o CADE, a conduta foi implementada por meio de reuniões presenciais e trocas de mensagens eletrônicas entre os representantes das empresas integrantes do Consórcio Angramon e nas quais se discutiu e coordenou previamente o resultado da licitação. A Odebrecht teve participação na conduta implementado pelos seus funcionários e/ou ex-funcionários Adolfo de Aguiar Braid (Engenheiro e Gerente de projetos), Fábio Andreani Gandolfo (Diretor Superintendente) e Henrique Pessoa Mendes Neto (Diretor de Contrato).

215. A Odebrecht teve papel ativo no cartel, conforme pode-se comprovar nas passagens abaixo transcritas do referido Acordo de Leniência, assim como nas passagens transcritas no item VI.

‘131. Na ocasião, Valter Luiz Cardeal de Souza (Diretor de Geração da Eletrobras) teria expressado a Luiz Soares (Diretor Técnico da Eletronuclear) o desejo de obter, sobre cada proposta apresentada pelos consórcios vencedores, desconto de 20%. **Luiz Soares e Luiz Manuel Amaral Messias (Superintendente da Eletronuclear) reportam as informações colhidas a Antonio Carlos D'Agosto Miranda (Diretor Superintendente da UTC) e Henrique Pessoa Mendes Neto (Diretor de Contrato da Odebrecht), que as repassam aos demais representantes das empresas integrantes do cartel (...)**’

216. **Nexo de causalidade:** As práticas adotadas pela empresa supracitada resultaram em restrição à competitividade, nas contratações dos dois consórcios por valores acima daqueles que seriam praticados em ambiente competitivo, configurando a fraude à licitação.

217. A atuação da empresa Odebrecht, juntamente com as demais empresas cartelizadas, foi confirmada pelas investigações da Operação Lava Jato, pela delação premiada de Ricardo Pessoa e pelo Acordo de Leniência 06/2015 entre o CADE e a CCCC.

(XIII) Da Dosimetria da Sanção de Declaração de Inidoneidade da Odebrecht

218. Conforme fartamente exposto no exame técnico acima, restou comprovado que a empresa Odebrecht participou ativamente de fraude à licitação da Eletronuclear mediante as seguintes condutas: conluio, combinação de preços; quebra de sigilo das propostas; divisão de mercado; combinação prévia de resultados e consequente direcionamento das licitações; para beneficiar a si e

as demais empresas participantes do cartel.

219. Portanto, considerando que a sanção deve guardar proporção com a reprovabilidade da prática e com a gravidade dos atos ilícitos e das suas consequências, envolvendo diversos meios fraudulentos para obtenção do êxito no crime perpetrado; e de forma a garantir a função pedagógica e preventiva da sanção, e tendo em vista que até o presente momento a empresa não assumiu perante esta Corte a sua participação na ocorrência dos fatos aqui tratados, **propugna-se pela definição da pena máxima de 5 (cinco) anos de inidoneidade para contratar com a Administração Pública Federal com relação à fraude ora tratada.**

(XIV) Das alegações da Queiroz Galvão e respectivas análises

(XIV.1) Das Questões Preliminares

(XIV.1.1) Da alegação da necessidade de se aguardar pela manifestação conclusiva do CADE

220. A Queiroz Galvão alega que o TCU não possui competência para processar e decidir acerca de aspectos relacionados à defesa da ordem econômica e da livre concorrência no país e que o TCU não exerce um controle finalístico paralelo ao exercido pelo CADE no campo da repressão aos abusos do poder econômico, bem como que as competências do CADE são distintas em larga escala daquelas detidas pelo TCU.

221. Alega também a Queiroz Galvão que ‘(...) o controle cabível por parte do TCU no âmbito de fiscalizações de licitações e contratos administrativos somente pode ser exercido quando da fiscalização sobre agentes e órgãos públicos, zelando para que, por exemplo, (1) os preços dos contratos sejam adequados; (2) as exigências de habilitação ou os critérios de classificação das propostas não sejam instrumento para direcionamento do resultado; ou (3) o objeto seja fracionado’ e que decidir sobre a existência ou não de cartel ou infração à ordem econômica está dentro da competência do CADE.

222. Por fim, a Queiroz Galvão conclui que ‘(...) a continuidade do presente feito partindo já do pressuposto da existência do suposto cartel ofende a competência do CADE e exaspera a competência desta Corte de modo que a suspensão do presente feito até a deliberação do órgão competente é medida que se impõe.’

Análise:

223. Assiste razão à Queiroz Galvão quanto à competência do CADE no que tange à apuração e o combate aos cartéis, mas não quando busca restringir a competência do TCU apenas à fiscalização dos preços dos contratos, exigências de habilitação, entre outros citados em sua manifestação.

224. As competências do TCU têm sede na Constituição Federal e em sua Lei Orgânica, e em nada se confundem com as competências do CADE. No presente processo apura-se a ocorrência de fraude a licitação, que pode ou não se dar juntamente com a formação de cartel. Não pretende o TCU apurar ilícitos concorrenciais, como afirma a Queiroz Galvão em sua manifestação.

225. Não custa lembrar que o Ofício 0057/2016-TCU/SeinfraOperações, de 12/4/2016 (peça 107) determinou à Queiroz Galvão que apresente razões de justificativa quanto aos indícios de restrição à competitividade e de formação de cartel no âmbito dos processos de pré-qualificação e de concorrência citados e alerta que a não elisão da irregularidade poderá ensejar a declaração de inidoneidade prevista no artigo 46 da Lei 8.443/1992, que trata exclusivamente de fraude comprovada à licitação.

226. Por sua vez, o pedido da Queiroz Galvão de suspensão do processo não merece prosperar pelos seguintes motivos: (i) Não há direito subjetivo que assista à Queiroz Galvão neste sentido. Embora o artigo 157 do RITCU permita ao relator sobrestar o processo, não há obrigação legal ou no RITCU que obrigue tal suspensão pelo fato de haver processo tramitando no CADE tratando da mesma conduta, haja vista a independência das instâncias; e (ii) A suspensão solicitada contraria o interesse público, os princípios constitucionais da moralidade e da eficiência e, tem caráter meramente protelatório, pois que a tramitação concomitante do processo no CADE em nada prejudica a possibilidade da Queiroz Galvão se defender e a decisão do TCU em nada depende da

decisão que venha a ser tomada pelo CADE.

(XIV.1.2) Da alegação de falta de individualização da conduta

227. A Queiroz Galvão inicia o tópico alegando que ‘(...) a acusação formulada viola o direito de defesa ao não especificar quaisquer fatos que pudessem dar ensejo a pretensão punitiva com relação à CQG, impossibilitando o exercício do direito de defesa pela ora petionária. Foi anexado, aos autos deste processo, extensa documentação, contudo, não há qualquer delimitação sobre ao que deve a CQG se manifestar.’

228. A Queiroz Galvão também alega que ‘(...) o histórico de conduta no âmbito do CADE juntado aos autos (peça 91) contém diversas partes suprimidas que impossibilitam o conhecimento do teor integral da acusação, tornando-o inapto a permitir o exercício do direito de defesa da empresa.’

229. A Queiroz Galvão conclui afirmando que ‘(...) como não foram anexados aos autos do TCU eventuais documentos que instruíam a denúncia ou a delação, resta materialmente impossibilitado que essa petionária possa exercer o contraditório, que necessariamente inclui a possibilidade de conhecer e de impugnar eventuais documentos, ou de produzir contraprova’ e pedindo a extinção do processo ou a eventual formulação de acusação específica, com a reabertura dos prazos para a apresentação de defesa e de eventuais provas.

Análise:

230. O Ofício 0057/2016-TCU/SeinfraOperações, de 12/4/2016 é claro ao determinar à Queiroz Galvão que apresente:

‘1.1. razões de justificativa quanto aos indícios de restrição à competitividade e de formação de cartel no âmbito dos processos de Pré-qualificação GAG-T/CN-005/2011 e de Concorrência GAC.T/CN-003/13, que deram origem aos Contratos GAC.T/CT- 4500167239 e GAC.T/CT-4500167242.

2. No mais, alerta de que a não elisão da irregularidade poderá ensejar a declaração de inidoneidade prevista no art. 46 da Lei 8.443/1992, independentemente da apuração de eventual prejuízo ao erário, citada no art. 16, § 14, da Lei 12.846/2013, à luz da competência atribuída ao TCU pelo art. 71, inciso II, da Constituição Federal, bem como demais sanções previstas em lei e aplicáveis ao caso (Achado III.1 do relatório de auditoria e Tópico I da instrução produzida pela unidade técnica).’

231. Os fatos constam do relatório de auditoria citado no mesmo ofício, bem como das diversas evidências anexadas ao processo. Além disto, o Ministro Bruno Dantas concedeu dilação de 30 dias ao prazo inicial de 15 dias após pedidos de prorrogação de prazo feitos pela Techint (peça 126), pela CCCC (peça 147), pela EBE (peça 149), pela UTC (peça 150) e pela própria Queiroz Galvão (peça 128), que justificou seu pedido pelo fato de ‘(...) estar reunindo as informações necessárias para elucidação dos fatos, com vistas a poder exercer em plenitude seu direito de defesa’. Portanto, não há que se falar em impossibilidade de exercício do direito de defesa pelos motivos alegados.

232. Não assiste razão à Queiroz Galvão quanto à segunda afirmação, pois que nenhuma informação suprimida foi utilizada ou necessária para a elaboração do relatório de auditoria bem como não são necessárias para a defesa da empresa. Todas as informações e documentos necessários para a defesa da empresa e a presente análise encontram-se no processo. Importante também destacar que a Queiroz Galvão não especifica qual ou quais informações suprimidas ou documentos não anexados prejudicaram seu direito de defesa.

233. Quanto à alegação de falta de individualização da conduta, também não assiste razão à Queiroz Galvão, pois que a delimitação precisa da conduta de cada empresa é realizada após a análise das manifestações apresentadas e das provas produzidas nos autos, respeitando sempre o contraditório. Além disto, há diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça que rejeitam a alegação de inépcia de denúncia por falta de individualização das condutas em infrações de autoria coletiva.

‘É idônea a denúncia que narra crime de autoria coletiva, sem a particularização das condutas dos

agentes, mas que permite o exercício da ampla defesa’.

(excerto de ementa no HC 111.215/SP, STJ, Relatora Ministra Jane Silva (Desembargadora Convocada do TJ/MG), Sexta Turma, julgado em 06/02/2009, DJe 13/04/2009) e

(excerto de ementa no RHC 16.244/PR, Relator Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 01/07/2008, DJe 18/08/2008).

‘Em faltando à Acusação Pública, no ensejo do oferecimento da denúncia, elementos bastantes ao rigoroso atendimento do seu estatuto legal, como por vezes ocorre nos casos de concurso de agentes, é válida a imputação do fato-crime sem a particularização das condutas dos agentes, co-autores e partícipes, até porque a lei processual penal admite que as suas omissões possam ser supridas a todo tempo antes da sentença final (Código de Processo Penal, artigo 569)’.

(excerto de ementa no RHC 18.257/PE, STJ, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 25/09/2007, DJ 29/10/2007).

‘Não há que se falar em inépcia da denúncia por falta de rigor em detalhar as condutas individuais dos envolvidos, pois, admite a jurisprudência, nos chamados crimes coletivos ou societários, com suficiente a mera descrição genérica, calcada, todavia, em fatos, com remessa da eventual pormenorização para a instrução criminal’.

(excerto de ementa no HC 6.077/AM, STJ, Relator Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, julgado em 06/10/1997, DJ 20/10/1997).

‘STJ - AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGENCIA EM RECURSO ESPECIAL AgRg nos EREsp 1182734 RS 2011/0041223-5 (STJ)

Data de publicação: 23/04/2012

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PENAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. IMPROCEDÊNCIA. **CRIME COLETIVO**. DESCRIÇÃO MÍNIMA DE CONDUTAS. CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA. SÚMULA 168/STJ. DOSIMETRIA DA PENA. INDICAÇÃO DE PARADIGMAS ORIUNDOS DE HABEAS CORPUS. INADMISSIBILIDADE. DISSÍDIO NÃO DEMONSTRADO. RECURSO DESPROVIDO. (...) 3. Consoante jurisprudência pacífica deste Tribunal Superior, nos crimes de autoria **coletiva**, embora a denúncia não possa ser de todo genérica, é válida quando, apesar de não descrever minuciosamente as atuações individuais dos acusados, demonstrar um liame entre o agir e a suposta prática delitosa, estabelecendo a plausibilidade da imputação e possibilitando o exercício da ampla defesa, em conformidade com o art. 41 do CPP. (...) 5. Agravo regimental a que se nega provimento.

‘PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 4º, INCISO I, ALÍNEA A, DA LEI Nº 8.137/90. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO PARTICULARIZADA EM RELAÇÃO AOS PACIENTES.

(...)

III - Além disso, havendo descrição do liame entre a conduta dos pacientes e os fatos tidos por delituosos, evidenciado nas assertivas constantes na denúncia, não há que se falar em inépcia da denúncia por falta de individualização da conduta. A circunstância, por si só, de o Ministério Público ter imputado a mesma conduta aos dois denunciados não torna a denúncia genérica (HC 89.240/DF, Segunda Turma, Rel. Min. Eros Grau, DJU de 27/04/2007).

IV - Ainda, é geral, e não genérica, a denúncia que atribui a mesma conduta a todos os denunciados, desde que seja impossível a delimitação dos atos praticados pelos envolvidos, isoladamente, e haja indícios de acordo de vontades para o mesmo fim (STJ: RHC 21284/RJ, 5ª Turma, Relatora Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), 5ª Turma, DJU de 01/10/2007) Habeas corpus denegado.’

(STJ. HC 91725/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 20/11/2007, DJ 18/02/2008, p. 58).

(XIV.1.3) Da alegação de necessidade de aplicação do princípio da subsidiariedade

234. A Queiroz Galvão alega a necessidade de respeito ao princípio da subsidiariedade na atuação do TCU e que por uma questão de racionalidade do sistema de controles, o controle externo deve ser exercido de maneira subsidiária ao controle interno.

235. Alega ainda que ‘(...) se o controle externo for exercido concomitantemente ao controle interno, certamente irá prejudicá-lo, mormente diante da possibilidade de decisões conflitantes concomitantes.’

236. A Queiroz Galvão conclui pedindo que ‘(...) ao menos enquanto perdurarem os processos de responsabilização da empresa perante outros órgãos, como a Eletronuclear, o CADE, o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle, ou o próprio Ministério Público Federal, não tramite processo paralelo perante esta Corte com o mesmo objeto.’

Análise:

237. A própria Queiroz Galvão reconhece que não há nenhuma norma que determine esta suposta subsidiariedade na atuação do TCU em relação ao controle interno. As competências do TCU são atribuídas pela Constituição Federal, que em momento nenhum faz tal limitação à atuação do TCU. A alegação de que o TCU somente pode agir após atuação do controle interno carece de qualquer fundamentação legal. Em adição, importa ressaltar que o controle externo não atua de forma subsidiária ao controle interno. De acordo com o art. 50 da Lei 8.443/1992, os órgãos integrantes do sistema de controle interno é que apoiarão o controle externo. Registre-se, ainda, a título de exemplo, que as tomadas de contas especiais, quando instauradas por outros órgãos e entidades da Administração Pública Federal, inclusive pelo Controle Interno, são julgadas por esta Corte, o que comprova não se estar tratando de competência subsidiária.

238. Cumpre ainda ressaltar que as sete empresas integrantes do consórcio Angramon responderam a processo administrativo da Eletronuclear sobre os mesmos fatos do presente processo, que culminou com a anulação dos contratos GAC.T/CT 4500167239 e GAC.T/CT 4500167242, relativos à montagem eletromecânica de Angra 3 - Consórcio Angramon (peça 271) por meio da Resolução de Diretoria Executiva - RDE nº 1291.001/2016, datada de 24/05/2016, que foi ratificada pelo Conselho de Administração da Eletronuclear - DCA nº 345.001/16, datada de 30/09/2016.

(XIV.1.4) Da alegação de coisa julgada administrativa

239. A Queiroz Galvão invoca os acórdãos 3238/2012-P, 2603/2013-P e 2390/2014-P, todos do TCU, para alegar a existência de coisa julgada administrativa e alega que ‘(...) o certame licitatório passou diversas vezes pelo crivo dessa Egrégia Corte de Contas, gerando aos contratantes a segurança de que a relação jurídica estava apoiada em legítima decisão.’

Análise:

240. Não assiste razão à Queiroz Galvão a alegação quanto à coisa julgada administrativa, pois o fato da licitação em questão já ter sido objeto de fiscalização por parte do TCU não confere atestado de regularidade a essa licitação.

241. Insta observar que essa mesma argumentação foi explanada pelas defendentes e devidamente analisada, não cabendo repisá-las.

(XIV.1.5) Da alegação de vícios das supostas provas emprestadas

242. A Queiroz Galvão afirma que se impõe considerar a nulidade e a imprestabilidade das provas que levaram à instauração da auditoria de conformidade alegando que estas foram baseadas exclusivamente em elementos extraídos de outros autos e que os requisitos para o ‘empréstimo’ válido não teriam sido preenchidos. A Queiroz Galvão subdividiu este tópico em dois: do não atendimento aos requisitos; e da imprestabilidade das supostas provas, mas que serão analisados em

conjunto por tratarem do mesmo tema.

243. A Queiroz Galvão alega que ‘(...) os elementos trazidos aos presentes autos foram produzidos no âmbito de processos dos quais a ora peticionária não é parte ou em relação aos quais não tenha sido oportunizado à CQG o direito à ampla defesa e ao contraditório, o que, de logo, já impossibilitaria sua utilização a título de prova emprestada em outros foros.’ e que ‘(...) o aproveitamento desses elementos na qualidade de provas emprestadas somente poderia ser considerado legítimo se tivesse sido atendido, no âmbito dos foros em que tais elementos foram produzidos, ao devido processo legal (efetivo) e assegurado o contraditório e a ampla defesa, conforme artigo 5º, incisos LIV e LV, Constituição Federal.’

Análise:

244. A alegação da Queiroz Galvão não procede, pois, além do respeito ao princípio da verdade material, a partir de 2015, o Novo Código de Processo Civil (NCPC) tornou típica a prova emprestada, conforme o seu art. 372: ‘O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório’.

245. Além disto, a utilização do Histórico de Conduta do Acordo de Leniência 06/2015 do CADE (peça 91), da denúncia do MPF (peça 90), da delação do Sr. Ricardo Pessoa (peça 92), entre outros documentos, segundo o Ministro do STF Marco Aurélio, não se trata propriamente de prova emprestada, mas de mero traslado de documentos, que foram incorporados ao processo do TCU não como prova tecnicamente e sim como elemento sujeito ao amplo contraditório.

‘(...) no que tange ao argumento de que não seria possível a utilização de prova emprestada por aquele que não compôs a relação processual em que produzida a prova, esclareço, primeiramente, que **não se trata aqui, propriamente de empréstimo de prova. Aqui, contudo, o que se pretende é o traslado de documentos encartados em procedimento administrativo, deles extraindo-se cópias. Esses documentos serão incorporados à ação cível, não como prova tecnicamente, mas como elementos sujeitos ao amplo contraditório sob a condução do juízo competente.** Aliás, essa é a condição imprescindível até mesmo para o empréstimo de provas, conforme jurisprudência assentada na Corte Especial do STJ (EResp 617.428-SP, DJe 17/6/2014). Isso porque, como bem assinalado pela Corte Especial naquela oportunidade, a admissão da prova emprestada cumpre o objetivo precípuo de otimização da prestação jurisdicional, incrementando a celeridade e economia processuais, sendo recomendável sua utilização quando possível a observância do necessário contraditório. Assim, reconhecida pelo Tribunal de origem a relevância e utilidade do traslado de documentos do procedimento administrativo para instrução da demanda reparatória, não há óbice que inviabilize a juntada destes, tampouco sigilo que impeça a parte de ter acesso aos referidos documentos, mormente quando a ação tramita na origem sob o igual manto do sigilo processual.’

REsp n. 1.554.986-SP, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 8/3/2016, DJe 5/4/2016.

246. O próprio CADE utiliza em seus processos documentos obtidos através de outros órgãos públicos, inclusive do TCU, a exemplo do Apartado Restrito nº 08700.010716/2014-43, relacionado ao Processo Administrativo nº 08012.003321/2004-71 que trata de Cartel em licitações promovidas pelo Ministério da Saúde para aquisição de hemoderivados (Operação Vampiro).

‘9. Em 16/06/2004, por meio do Ofício nº 356, o TCU encaminhou cópia do acórdão nº 215/2004, proferido no âmbito do TC nº 012.762/2003-9[8], que trata de Relatório de Auditoria realizada para verificar a regularidade das aquisições de hemoderivados pelo Ministério da Saúde no exercício de 1996 até 2002. Posteriormente, em 22/06/2004, por meio do Ofício nº 372, o TCU encaminhou cópia do inteiro teor do TC nº 012.762/2003-9 para adoção das providências cabíveis

10. Em 21/07/2004, por meio do Ofício nº 142/2004, a Polícia Federal encaminhou o relatório de inteligência formulado pela Superintendência Regional do Distrito Federal, referente aos fatos que indicavam possível formação de cartel por empresas do ramo de laboratórios de hemoderivados

(...)

12. A instauração do presente Processo Administrativo fundamentou-se a partir dos fatos narrados

em auditoria realizada pelo TCU (processo TC nº 012.762/2003-9), que analisou licitações realizadas pelo Ministério da Saúde para aquisição de hemoderivados entre 1998 e 2002. A partir do relatório dessa auditoria foram identificadas possíveis práticas anticoncorrenciais como a divisão de mercado entre os participantes, a combinação de preços previamente às licitações e a baixa incidência de recursos e impugnações nos certames.

13. Da mesma forma, também fundamentou a instauração do Processo Administrativo a investigação da Polícia Federal, que, por meio do documento ‘Consolidação de informações do relatório de inteligência policial atinentes à Operação Vampiro: atividades que lesionam a ordem econômica’, identificou fortes indícios de combinação de preços entre empresas concorrentes na forma de rodízio, acerto prévio dos vencedores, eliminação dos concorrentes não participantes do conluio e maximização dos lucros das empresas envolvidas.

14. Além disso, embora o TCU só tenha apontado indícios de infração à ordem econômica entre os anos de 1998 e 2002, a investigação empreendida pela Polícia Federal trouxe indícios de práticas que teriam ocorrido em um lapso temporal mais longo, desde 1997 até pelo menos 2004.

(...)

43. Na oportunidade, **após extensa e fundamentada análise, foram indeferidas as seguintes preliminares processuais, as quais foram consideradas carentes de fundamento e/ou de amparo legal:**

(...)

m) **Nulidade das provas emprestadas** - interceptações telefônicas e o uso exclusivo para fins de investigação criminal -, arguida pelos Representados CRISTÁLIA, ALPHA e UNITED;

n) **Irregularidade na utilização do relatório do TCU como prova emprestada**, arguida pela Representada UNITED;’ (Todos os grifos foram acrescentados)

247. Também o CADE vem indeferindo este tipo de alegação em seus processos, conforme pode-se comprovar através do voto do Conselheiro do CADE Márcio de Oliveira Júnior no Processo Administrativo 08012.007818/2004-68

‘3.5. Da Suposta Ilegalidade da Utilização da Prova Emprestada

68. O Representado Sr. Raymond Reber alegou que as provas da Ação Cautelar 2004.61.00.015522-1 não poderiam ter sido utilizadas, uma vez que os polos passivos do processo judicial e do processo administrativo são diferentes (fls. 5148/5149).

69. O Representado Sr. Eric Mignonat aduziu que a prova emprestada só poderia ser utilizada quando as partes do segundo processo tiverem participado do processo em que a prova foi produzida (fls. 5230/5234, 5365/5369, 5668/5673).

70. No caso concreto, a regularidade é determinada pelas garantias processuais concedidas no respectivo âmbito de investigação. Em outras palavras, havendo prova emprestada de outra instância ou seara administrativa, é o fornecimento de ampla defesa e contraditório que determina a validade da instrução. Nesse sentido, a participação do Representado originário é prescindível ao passo que houve regular exercício do direito de defesa nos presentes autos. Esse é o entendimento do STJ e do STF, os quais incorporo à motivação do presente voto:

CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DISCRIMINATÓRIA. TERRAS DEVOLUTAS. COMPETÊNCIA INTERNA. 1ª SEÇÃO. NATUREZA DEVOLUTA DAS TERRAS. CRITÉRIO DE EXCLUSÃO. ÔNUS DA PROVA. PROVA EMPRESTADA. IDENTIDADE DE PARTES. AUSÊNCIA. CONTRADITÓRIO. REQUISITO ESSENCIAL. ADMISSIBILIDADE DA PROVA.

3. Cinge-se a controvérsia em definir: i) a Seção do STJ competente para julgar ações discriminatórias de terras devolutas; ii) a quem compete o ônus da prova quanto ao caráter devoluto das terras; iii) se a ausência de registro imobiliário acarreta presunção de que a terra é devoluta; iv) se a prova emprestada pode ser obtida de processo no qual não figuraram as mesmas partes; e v)

em que caráter deve ser recebida a prova pericial emprestada.

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.

11. Embargos de divergência interpostos por WILSON RONDÓ JÚNIOR E OUTROS E PONTE BRANCA AGROPECUÁRIA S/A E OUTRO não providos.

Julgados prejudicados os embargos de divergência interpostos por DESTILARIA ALCÍDIA S/A.

(EResp 617.428/SP, STJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 04/06/2014, DJe 17/06/2014).

 ‘EMENTA: PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. **Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra outros servidores, cujos eventuais ilícitos administrativos teriam despontado à colheita dessa prova. Admissibilidade.** Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Precedente. Voto vencido.

(...)

Mas o que de todo me não parece ajustar-se às normas discerníveis nos textos constitucional e legal, enquanto ingredientes do sistema, é que os resultados prático-retóricos da interceptação autorizada não possam produzir efeitos ou ser objeto de consideração nos processos e procedimentos não penais, perante o órgão ou órgãos decisórios competentes, contra a mesma pessoa a que se atribua, agora do ponto de vista de outra qualificação jurídica de ilicitude em dano do Estado, a prática ou autoria do mesmo ato que, para ser apurado na sua dimensão jurídico-criminal, foi alvo da interceptação lícita, como exigência do superior interesse público do mesmíssimo Estado, **ou, ainda, contra pessoa que, posto não sendo suspeita nem investigada originária, apareceu, no curso da colheita da prova contra outrem, como tal.**

Dito de maneira mais direta não posso conceber como insultuoso à Constituição nem à lei o entendimento de que a prova oriunda de interceptação lícita, autorizada e realizada em procedimento criminal, trate-se de inquérito ou processo-crime, contra certa pessoa, na condição de suspeito, indiciado ou réu, pode ser-lhe oposta, na esfera competente, pelo mesmo Estado, encarnado por órgão administrativo ou judiciário a que esteja o agente submisso, como prova do mesmíssimo ato, visto agora sob a qualificação jurídica de ilícito administrativo ou disciplinar. O raciocínio vale, mutatis mutandis, em relação a quem, como servidor do mesmo Estado, despontou como possível autor de crime ou de infração administrativa (Segunda Questão de Ordem suscitada nos autos do Inquérito 2424, STF, Ministro-Relator Cezar Peluso, julgado em 20/06/2007).

71. Nesse raciocínio, rejeito a preliminar.’ (Grifos acrescidos).

(XIV.2) Das Questões de Mérito

(XIV.2.1) Considerações acerca da insubsistência dos documentos acostados aos autos

248. A Queiroz Galvão inicia o tópico alegando que as ‘(...) mensagens eletrônicas reproduzidas no corpo da peça tratam-se de mensagens parciais, e fora da cadeia de custódia, tendo valor probatório nulo, portanto. Ademais, como se pode perceber, as mensagens não possuem representantes da ora petionária copiados, tampouco há manifestação destes. Desta forma, foram produzidas sem

qualquer participação da CQG, não comprovando, portanto, que a CQG esteve presente nas ditas reuniões. Não bastasse isso, houve supressão de diversos trechos na reprodução, o que, de todo modo, impede seja exercido o contraditório por parte da CQG.’

249. Alega ainda que ‘Todos os e-mails transcritos no corpo do documento são internos do UNA3. Os e-mails em que há cópias dirigidas a representantes da ora peticionária são posteriores à abertura de preço (momento no qual não há mais, qualquer concorrência e, portanto, não se pode falar em cartel, tampouco em ilicitude). Os demais (em que sequer verifica-se participação da CQG) são posteriores à fase de pré-qualificação e, portanto, referem-se a momento a partir do qual já se sabia quem seriam necessariamente os vencedores do certame. Desse modo, impossível a verificação de efeitos danosos à Eletronuclear (...)’.

Análise:

250. A análise das evidências, em especial do Histórico de Conduta do Acordo de Leniência 06/2015 do CADE contrariam as alegações da Queiroz Galvão. As mensagens eletrônicas confirmam os indícios de fraude e envolvem três representantes da Queiroz Galvão, conforme transcrição abaixo:

‘III.1 PESSOAS JURÍDICAS PARTICIPANTES DA CONDUTA (NÃO SIGNATÁRIOS)

Construtora Queiroz Galvão

17. A Queiroz Galvão teve participação na conduta anticompetitiva implementado pelos seus funcionários (atualmente funcionários ou ex-funcionários) José Arnaldo Delgado (Engenheiro na Diretoria de Desenvolvimento Comercial do Mercado de Energia até outubro de 2014). Odon David de Souza Filho (Diretor) e Petrônio Braz Júnior (Diretor Presidente), e está evidenciada, por exemplo, nos Documentos 28, 31, 32, 37, 40, 41, 43, 50 e 57, nos parágrafos 1, 17, 29, 30, 31, 81, 88, 90, 91, 97, 99, 100, 104, 122, 123, 127, 129, 134, 137, 138, 140, 144 e 149, e nas tabelas III, VI, X, XL, XXIII deste Histórico da Conduta.

III.2 PESSOAS FÍSICAS PARTICIPANTES DA CONDUTA (NÃO SIGNATÁRIOS)

José Arnaldo Delgado

De acordo com os Signatários, José Arnaldo Delgado foi, durante a conduta, Engenheiro na Diretoria de Desenvolvimento Comercial do Mercado de Energia da Construtora Queiroz Galvão S/A, participante do cartel. José Arnaldo Delgado estava em processo de aposentadoria, assim estava transferindo as atividades em UNA3 Para Odon David de Souza Filho (Diretor da Queiroz Galvão), Ele era representante do escalão operacional, cuja participação na conduta consistiu nas articulações para fixação de preços e para divisão de mercado da licitação, bem como no comparecimento a reuniões para discussão e na tomada de decisões referentes ao cartel e posterior orientação de seus subordinados nas negociações e está evidenciada, por exemplo, no Documento 37, nos parágrafos 17, 29, 90, 99, 104, 122 e 123 e nas tabelas VI, X e XI deste Histórico da Conduta.

Odon David de Souza Filho

De acordo com os Signatários, Odon David de Souza Filho foi, durante a conduta, Diretor da Construtora Queiroz Galvão S.A., participante do Cartel. Ele era representante do alto escalão, cuja participação na conduta consistiu nas articulações para fixação de preços e para divisão de mercado da licitação, bem como no comparecimento a diversas reuniões para discussão e na tomada de decisões referentes ao cartel e posterior orientação de seus subordinados nas negociações, e está evidenciada, por exemplo, nos Documentos 28, 31, 32, 37, 41, 43 e 57, nos parágrafos 17, 30, 81, 88, 90, 97, 99, 100, 104, 122, 127, 129, 134, 137, 138, 140 e 144 e nas Tabelas VI, X, XI e XXIII deste Histórico da Conduta.

Petrônio Braz Júnior

De acordo com os Signatários, Petrônio Braz Júnior foi, durante a conduta, Diretor Presidente da Construtora Queiroz Galvão S.A., participante do cartel. Ele era representante do ‘altíssimo’ escalão, cuja participação na conduta consistiu no controle das articulações para fixação de preços

e para divisão de mercado da licitação, bem como no comparecimento à reunião de 01.09.2014 na sede da UTC do Rio de Janeiro, discutiu ‘compromissos’ assumidos com outras pessoas por terem conseguido vencer a licitação por meio do cartel, e está evidenciada, por exemplo, no Documento 50, nos parágrafos 17, 31 e 149, e nas Tabelas III, VI, X e XI deste Histórico da Conduta.’

251. Todos os documentos necessários para o pleno exercício do contraditório estão anexados aos autos.

252. Em relação à alegação de ser impossível verificar os efeitos danosos à Eletronuclear, também não assiste razão à Queiroz Galvão, pois que a caracterização da fraude a licitação não está condicionada ao resultado, conforme jurisprudência do TCU.

Acórdão 48/2014 Plenário (Embargos de Declaração, Relator Ministro Benjamin Zymler)

‘A caracterização de fraude à licitação não está associada ao seu resultado, ou seja, ao sucesso da empreitada. Configura, em analogia ao direito penal, ilícito de mera conduta, sendo suficiente a demonstração de o fraudador ter praticado simulação para conferir vantagem para si ou para outrem.’

Acórdão 3617/2013 Plenário (Pedido de Reexame, Relator Ministro José Jorge)

‘A aplicação, pelo Tribunal, da sanção de inidoneidade para participar de licitação na Administração Pública Federal (art. 46 da Lei 8.443/92) não depende da ocorrência de dano ao erário ou frustração da licitação. Basta estar caracterizada a conduta legalmente reprovada de fraude a licitação. Não há que se comprovar ou explicitar o alcance pretendido pelos licitantes fraudadores’

(XIV.2.2) Da alegação de poder de decisão exclusivo da ETN

253. A Queiroz Galvão alega que ‘(...) o resultado da licitação (incluindo vencedores e preços) é obra única e exclusiva do poder concentrado de forma absoluta que a Eletronuclear teve de determinar as condições da contratação, por meio do Edital’ e que ‘(...) seria economicamente razoável esperar lances muito semelhantes entre os dois licitantes pré-qualificados. Natural, portanto, que os consórcios apresentassem ambos lances conservadores, de valor mais próximo possível do teto permitido no edital. Isso tudo sem a necessidade de qualquer tipo de coordenação ou ajuste prévio’ devido, segundo a Queiroz Galvão, a quase inexistência de margem para variações radicais de práticas competitivas.

Análise:

254. A Queiroz Galvão tenta construir uma tese em que reconhece a falta de competitividade do certame, mas atribui isto a uma consequência natural das circunstâncias e das exigências do edital e que como só restaram dois consórcios habilitados e consequentemente cada um ganharia algum contrato não haveria porque cada consórcio ser competitivo nos lances. Porém, esta tese da Queiroz Galvão não leva em consideração o fato de que os pacotes não eram iguais, havendo uma diferença de quase R\$ 400 milhões entre eles, conforme tabela abaixo extraída do relatório de auditoria.

Empresa	Orçamento (R\$)	Limite de Aceitabilidade (R\$)	Proposta (R\$)	Valor acima do Orçamento (R\$)	Percentual Acima do Orçamento (%)	Valor Abaixo do Limite (%)	Percentual Abaixo do Limite (%)
Consórcio UNA 3	1.304.890.885,77	1.370.135.430,06	1.369.928.898,02	65.038.012,25	4,9849%	(206.532,04)	-0,0151%
Consórcio Angra 3			1.370.110.460,65	65.219.574,88	4,9982%	(24.969,41)	-0,0018%
Consórcio UNA 3	1.668.904.877,60	1.752.350.121,48	1.752.082.180,26	83.177.302,66	4,9847%	(267.941,22)	-0,0153%
Consórcio Angra 3			1.752.331.435,04	83.426.557,44	4,9989%	(18.686,44)	-0,0011%
Preço Global UNA 3	2.973.795.763,37	3.122.485.551,54	3.122.011.078,28	148.215.314,91	4,9848%	(474.473,26)	-0,0152%
Preço Global Angra 3			3.122.441.895,69	148.646.132,32	4,9986%	(43.655,85)	-0,0014%
Menor Preço Global	Consórcio UNA 3		3.122.011.078,28				
Vencedor Pacote 1	Consórcio Angra 3		1.369.928.898,02				
Vencedor Pacote 2	Consórcio UNA 3		1.752.082.180,26				
Total da Contratação			3.122.011.078,28				
Desconto Pacote 1 (R\$)			181.562,63				
Desconto Pacote 1 (%)			0,0133%				

255. O comportamento racional e, portanto, esperado nesta situação seria que os dois consórcios competissem para ganhar o pacote 2 por ter um valor substancialmente maior que o pacote 1. Os lances no pacote 1 poderiam estar no limite de aceitabilidade, pois este já estava ‘garantido’ para

quem perdesse o pacote 2. Os lances ofertados pelos consórcios UNA3 e ANGRA3, tão próximos do limite de aceitabilidade e tão próximos uns dos outros, são uma clara evidência do acordo orquestrado entre os consórcios que deveriam ser concorrentes, pois não teriam como ocorrer em um ambiente competitivo, de forma que a tese da Queiroz Galvão não se sustenta. Ademais, o fato de serem ambos consórcios formados pelas maiores empreiteiras do país, detentoras de vasto know-how em obras complexas, seria mais um fator a propiciar a construção de propostas com ganhos de escala na medida da especialidade de cada integrante do consórcio. Vale frisar, que tal percepção é impossível de ser retratada no orçamento da ETN.

(XIV.2.3) Da alegação de inexistência de restrição à competitividade

256. Em relação ao direcionamento do edital, a Queiroz Galvão alega que não há provas efetivas e que a inserção de cláusulas com vistas ao direcionamento não ocorreu ou não contou com a sua participação. Alega ainda que os requisitos do edital foram absolutamente razoáveis e rigorosamente dentro dos limites legais e conclui afirmando que se impõe o afastamento da acusação de limitação de competitividade.

Análise:

257. A conduta específica de direcionar o edital da concorrência em questão não está atribuída à Queiroz Galvão ou qualquer das demais empresas do consórcio Angramon neste processo, de modo que não serviu de base para a caracterização da fraude. A conduta atribuída é a de restrição à competitividade da licitação, que pode ser feita de diversas maneiras.

258. No caso concreto a restrição à competitividade se deu por meio da divisão dos pacotes e da combinação dos lances culminando em lances praticamente idênticos entre os dois consórcios e no limite de aceitabilidade.

(XIV.2.4) Da alegação da inexistência de formação de cartel

259. A Queiroz Galvão alega que a acusação de formação de cartel deve ser afastada e, em resumo, utiliza o seguinte raciocínio:

‘239. Ora, uma vez que após a fase de pré-qualificação (com a habilitação de apenas 02 consórcios) o resultado final da licitação já era previsto (em razão da prescrição unilateral do comprador (Eletronuclear), validado pelo controle externo (TCU)) o que, portanto, retirou por completo todo e qualquer incentivo para efetiva concorrência durante a fase de apresentação de propostas, cai fulminada, por ausência de lógica, a tese que houve conluio para comprometer a competitividade (que de antemão já se sabia ter encerrado durante a fase de pré-qualificação).

240. Repita-se: após a fase de pré-qualificação, os dois consórcios habilitados já tinham pleno conhecimento de que a cada um seria adjudicado um dos pacotes licitados. Inexistia, portanto, necessidade ou razoabilidade na coordenação entre as empresas de diferentes consórcios, pois, além de previsível o resultado, os limites de preço também já estavam definidos no edital. Destarte, com a desclassificação dos demais consórcios, foram retirados os incentivos para efetiva concorrência durante a fase de apresentação de propostas pelos dois únicos consórcios habilitados, sendo óbvio concluir que os preços finais seriam próximos ao máximo.’

260. A Queiroz Galvão também afirma que ‘(...) a quantidade de participantes, depurados após pré-qualificação, acabou sendo igual ao número de lotes em licitação. Esse fato, cotejado com a vedação a adjudicação de ambos os lotes a um mesmo licitante resultava no fato de que, aos dois consórcios, bastava apresentar preços máximos para ambos os lotes que, ainda assim, teriam assegurada a adjudicação de um dos lotes, sem qualquer deságio ao teto estabelecido pelo edital.’

Análise:

261. A tese criada pela Queiroz Galvão para alegar a inexistência de conluio somente faria algum sentido se os dois pacotes da concorrência em questão fossem idênticos em escopo e valor, porém o pacote 2 possuía um valor de quase R\$ 400 milhões superior ao pacote 1, de modo que os dois consórcios teriam competido para vencer o pacote 2 caso já não houvesse um acerto prévio. Ver resposta ao item XIV.2.2.

262. Além disso, os consórcios possuem expertises ímpares que lhes confeririam alguma vantagem na contratação de algum contrato específico, o que por si só conferiria competitividade ao certame, o que de fato não houve.

263. Soma-se isso às tratativas delatadas, e que definiram quem seria o vencedor de um ou outro pacote, o que coaduna com todos os elementos que apontam a fraude ocorrida na referida licitação.

(XIV.2.5) Da alegação de inexistência de danos ou prejuízos ao erário

264. Neste tópico a Queiroz Galvão abordou questões relativas a dano ao erário. Como o despacho do Ministro Bruno Dantas que determina a audiência das empresas é específico quanto ao tema objeto das presentes manifestações e este assunto não faz parte do objeto, que se limita ao achado III.1 do relatório de auditoria, não será feita a análise deste tópico.

(XV) Da responsabilização e individualização das condutas da Queiroz Galvão

265. **Responsáveis:** Construtora Queiroz Galvão S/A (CNPJ: 33.412.792/0001-60).

266. **Conduta:** Ação dolosa de participar de conluio entre as empresas dos consórcios UNA3 e ANGRA3 com o objetivo de fraudar licitação da Eletrobras Termonuclear S/A - Eletronuclear relativa à montagem eletromecânica da Usina de Angra 3, atuando em cartel, por meio da divisão de mercado entre concorrentes para frustrar o caráter competitivo da licitação e fixação prévia de preços, condições e vantagens associadas, configurando fraude comprovada à licitação para fins do disposto no art. 46 da Lei 8.443/92.

267. Conforme o Acordo de Leniência 06/2015 firmado entre a CCCC e o CADE, a conduta foi implementada por meio de reuniões presenciais e trocas de mensagens eletrônicas entre os representantes das empresas integrantes do Consórcio Angramon e nas quais se discutiu e coordenou previamente o resultado da licitação. A Queiroz Galvão teve participação na conduta implementado pelos seus funcionários e/ou ex-funcionários José Arnaldo Delgado (Engenheiro na Diretoria de Desenvolvimento Comercial do Mercado de Energia), Odon David de Souza Filho (Diretor) e Petrônio Braz Júnior (Diretor Presidente).

268. A Queiroz Galvão teve papel destacado no cartel, chegando a utilizar sua sede para a realização de encontros do cartel, inclusive utilizando-se de acesso lateral para evitar o registro de entrada dos participantes, conforme pode-se comprovar nas passagens abaixo transcritas do referido Acordo de Leniência, assim como nas passagens transcritas no item VI.

‘99. **A reunião ocorreu, segundo os Signatários, na sede da Queiroz Galvão, no Rio de Janeiro (...). Estiveram presentes as sete empresas integrantes do cartel (o Grupo),** assim representadas segundo melhor lembrança do representante da Signatária, LCM (Diretor Comercial de Energia da CCCC) presente na reunião: Antônio Carlos D'Agosto Miranda (Diretor Superintendente da UTC); Humberto Barra Neto (Líder Operacional de Contrato na UTC); Henrique Pessoa Mendes Neto (Diretor de Contrato da Odebrecht); LCM (Diretor Comercial de Energia da CCCC); Gustavo Ribeiro de Andrade Botelho (Diretor Superintendente da Andrade Gutierrez); Guilherme Pires de Mello (Diretor da Techint) e/ou Luís Guilherme de Sá (Diretor da Techint); **Odon David de Souza Filho (Diretor da Queiroz Galvão); José Arnaldo Delgado (Engenheiro na Queiroz Galvão);** Carlos Maurício de Paula Barros (Diretor Superintendente da EBE) e/ou Paulo Massa Filho (Diretor da EBE).’

‘100. Na ocasião, foi rediscutida a estratégia inicial dos consórcios sobre as propostas e finalmente decidido que o Consórcio ANGRA3 (Composto por **Queiroz Galvão**, EBE e Techint) venceria o Pacote 1, enquanto o Consórcio UNA3 (composto por Andrade Gutierrez, Odebrecht, CCCC e UTC) venceria o Pacote 2, de maior valor, em estratégia de divisão de mercado entre concorrentes. (...)’

‘105. Nessa reunião do dia 08/11/2013 houve manutenção da estratégia inicial do cartel, em vista de desconforto com o cliente Eletronuclear. Decidiu-se, então, que o Consórcio UNA3 (...) seria o vencedor dos dois pacotes, escolheria o pacote de sua preferência (Pacote 2, por ser o de maior valor) e o outro pacote ficaria com o Consórcio ANGRA3 (...).’

269. **Nexo de causalidade:** As práticas adotadas pela empresa supracitada resultaram em restrição à competitividade, nas contratações dos dois consórcios por valores acima daqueles que seriam praticados em ambiente competitivo, configurando a fraude à licitação.

270. A atuação da empresa Queiroz Galvão, juntamente com as demais empresas cartelizadas, foi confirmada pelas investigações da Operação Lava Jato, pela delação premiada de Ricardo Pessoa e pelo Acordo de Leniência 06/2015 entre o CADE e a CCCC.

(XVI) Da Dosimetria da Sanção de Declaração de Inidoneidade da Queiroz Galvão

271. Conforme fartamente exposto no exame técnico acima, restou comprovado que a empresa Queiroz Galvão participou ativamente de fraude em licitação da Eletronuclear mediante as seguintes condutas: conluio, combinação de preços; quebra de sigilo das propostas; divisão de mercado; combinação prévia de resultados e consequente direcionamento das licitações; para beneficiar a si e as demais empresas participantes do cartel.

272. Portanto, considerando que a sanção deve guardar proporção com a reprovabilidade da prática e com a gravidade dos atos ilícitos e das suas consequências, envolvendo diversos meios fraudulentos para obtenção do êxito no crime perpetrado; e de forma a garantir a função pedagógica e preventiva da sanção, **propugna-se pela definição da pena máxima de 5 (cinco) anos de inidoneidade para contratar com a Administração Pública Federal com relação à fraude ora tratada.**

(XVII) Das alegações da Techint e respectivas análises

(XVII.1) Das Questões Preliminares

(XVII.1.1) Da alegação de indefinição, imprecisão e vagueza da acusação imputada

273. A Techint pede que seja reconhecida a nulidade do achado III.1 do Relatório de Auditoria (peça 79) por inépcia alegando indefinição, imprecisão e vagueza da acusação imputada e que nenhuma das imputações resulta de fatos concretos e específicos imputáveis à Techint e que, por isto, a ampla defesa ficou inviabilizada.

Análise:

274. O Ofício 0059/2016-TCU/SeinfraOperações, de 12/4/2016 (peça 109) é claro ao determinar à Techint que apresente:

‘1.2. razões de justificativa quanto aos indícios de restrição à competitividade e de formação de cartel no âmbito dos processos de Pré-qualificação GAG-T/CN-005/2011 e de Concorrência GAC.T/CN-003/13, que deram origem aos Contratos GAC.T/CT- 4500167239 e GAC.T/CT-4500167242.

2. No mais, alerta de que a não elisão da irregularidade poderá ensejar a declaração de inidoneidade prevista no art. 46 da Lei 8.443/1992, independentemente da apuração de eventual prejuízo ao erário, citada no art. 16, § 14, da Lei 12.846/2013, à luz da competência atribuída ao TCU pelo art. 71, inciso II, da Constituição Federal, bem como demais sanções previstas em lei e aplicáveis ao caso **(Achado III.1 do relatório de auditoria e Tópico I da instrução produzida pela unidade técnica).**’ (Grifos acrescidos).

275. Os fatos constam do relatório de auditoria citado no mesmo ofício, bem como das diversas evidências anexadas ao processo. Além disto, o Ministro Bruno Dantas concedeu dilação de 30 dias ao prazo inicial de 15 dias após pedidos de prorrogação de prazo feitos pela própria Techint (peça 126), pela CCCC (peça 147), pela EBE (peça 149), pela UTC (peça 150) e pela Queiroz Galvão (peça 128), que justificou seu pedido pelo fato de ser um processo complexo, mas em nenhum momento solicitou maior clareza ou precisão na acusação imputada. Fazer esta alegação apenas depois dos 45 dias concedidos para a defesa demonstra a falta de intenção em colaborar com o bom termo do processo, buscando sua nulidade por não ter como se defender no mérito de forma efetiva.

276. É importante ressaltar que as sete empresas integrantes do consórcio Angramon responderam

a processo administrativo da Eletronuclear sobre os mesmos fatos do presente processo, que culminou com a anulação dos contratos GAC.T/CT 4500167239 e GAC.T/CT 4500167242, relativos à montagem eletromecânica de Angra 3 - Consórcio Angramon (peça 271) por meio da Resolução de Diretoria Executiva - RDE nº 1291.001/2016, datada de 24/05/2016, que foi ratificada pelo Conselho de Administração da Eletronuclear - DCA nº 345.001/16, datada de 30/09/2016. Portanto não há que se falar em impossibilidade de exercício do direito de defesa pelos motivos alegados.

(XVII.1.2) Da alegação de violação do princípio da presunção de inocência

277. A Techint alega violação à presunção de inocência pelo fato do processo do CADE estar em tramitação e o processo criminal movido pelo MPF encontra-se em fase de instrução e que entre os denunciados não estão incluídos funcionários ou diretores da Techint. Assim conclui ser precipitada a instauração do presente processo pelo TCU.

Análise:

278. Não há que se falar em violação à presunção de inocência, pois que a Techint está tendo todos os seus direitos garantidos, como o direito ao devido processo legal, ao contraditório, à ampla defesa, ao juiz natural, entre outros. Além disto, nenhuma sanção foi imputada à Techint, de forma que esta alegação não possui nenhum fundamento.

279. Como já dito, não há sobreposição de atuações entre o TCU e o CADE ou entre o TCU e a Justiça Federal, mesmo que esta atuação se dê sobre os mesmos fatos, prevalecendo a independência entre as instâncias.

280. O CADE faz parte do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, atuando na prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, com base na Lei 12.529/2011, que é orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Em resumo, a atuação do CADE busca preservar as estruturas de mercado.

281. Já o TCU, neste caso, apura a ocorrência de fraude à licitação, que por ter ocorrido por meio de cartel, atraiu também a competência do CADE. É cristalina a independência das instâncias entre o processo no CADE e o processo no TCU, motivo pelo qual não procedem a alegação de precipitação na instauração do presente processo.

(XVII.1.3) Da alegação de ausência de competência do TCU para analisar condutas anticoncorrenciais

282. A Techint alega vício de competência, pois que o TCU não poderia concluir pela ocorrência de cartel e violação à ordem econômica pelo fato de tais matérias serem de competência privativa do CADE e de que o RITCU não dá competência ao TCU para analisar qualquer tipo de ilícito econômico, concluindo assim que o presente processo transcende a competência do TCU.

283. A Techint alega também que a matéria analisada pelo CADE é questão prejudicial para o presente processo, porque caso haja reconhecimento da inexistência de cartel/conluio pelo CADE, o argumento de fraude à licitação estaria esvaziado.

Análise:

284. A alegação da Techint de vício de competência não possui fundamento. As competências do TCU têm sede na Constituição Federal e em sua Lei Orgânica e em nada se confundem com as competências do CADE. Esse ponto já foi analisado em tópico específico nesta instrução

285. No presente processo apura-se a ocorrência de fraude à licitação, que pode ou não se dar juntamente com a formação de cartel. Não pretende o TCU apurar ilícitos concorrenciais, como afirma a Techint em sua manifestação. O Ofício 0059/2016-TCU/SeinfraOperações, de 12/4/2016 determina à Techint que apresente razões de justificativa quanto aos indícios de restrição à competitividade e de formação de cartel no âmbito dos processos de pré-qualificação e de concorrência citados e alerta que a não elisão da irregularidade poderá ensejar a declaração de inidoneidade prevista no artigo 46 da Lei 8.443/92, que trata exclusivamente de fraude comprovada

à licitação.

286. Também a alegação de que o processo no CADE é questão prejudicial o processo do TCU não possui fundamento tendo em vista a total independência entre as instâncias. Ainda que, por remota hipótese, o CADE possa vir a concluir pela inexistência de participação da Techint no cartel, isto não vincula a decisão do TCU, que possui competência para apurar a ocorrência de fraude a licitações, sejam elas feitas através de cartel ou não.

287. A tramitação concomitante do processo no CADE em nada prejudica a possibilidade da Techint se defender no presente processo e a decisão do TCU em nada depende da decisão que venha a ser tomada pelo CADE.

(XVII.1.4) Da alegação de ausência dos requisitos legais para utilização de provas emprestadas

288. A Techint alega que estão ausentes os requisitos legais para a utilização como prova emprestada dos elementos processuais anexados aos autos, pois que foram produzidos de modo não contraditório em processo em que não figura a Techint como parte.

Análise:

289. Essa matéria já foi tratada em análise anterior, conforme subitem XIV.1.5, não cabendo repisar nesse momento.

(XVII.1.5) Da alegação de violação à coisa julgada administrativa

290. A Techint alega que tanto o TCU como o Poder Judiciário reconheceram que o rigor das exigências de habilitação era lícito e que os fatos novos apontados não são suficientes para alterar decisões pretéritas e que a reanálise das decisões anteriores caracteriza afronta direta à segurança jurídica.

Análise:

291. Não assiste razão à Techint a alegação quanto à coisa julgada administrativa, pois o fato da licitação em questão já ter sido objeto de fiscalização por parte do TCU não confere atestado de regularidade a esta licitação. Esse ponto foi tratado no tópico VIII.1.1, não cabendo repetir a mesma análise nesse momento.

(XVII.2) Das Questões de Mérito

(XVII.2.1) Da alegação de inexistência de ilicitude na conduta da Techint

292. A Techint afirma que a contratação que celebrou com a Eletronuclear foi precedida de procedimentos seletivos regulares e que a Techint jamais foi acusada de condutas fraudulentas em licitações públicas e que, por isto, nenhuma mácula pode ser apontada à empresa, que se pauta por procedimentos e controles internos de compliance e alega que a instauração do presente processo desconsidera a inexistência de antecedentes da Techint.

293. Por fim, alega que ‘(...) qualquer apontamento de ilicitude que supostamente a Techint teria perpetrado não passa de alegação vã, sem valor, desprovida de substrato fático ou jurídico que possa manchar a imagem dessa empresa que há décadas atua no mercado brasileiro’.

Análise:

294. A Techint não traz argumentos que possam alterar o entendimento técnico. Apela para a sua alegada boa reputação, para a inexistência de antecedentes e para o fato de atuar há décadas no mercado brasileiro, porém não traz nenhum elemento, informação e/ou documento que adentre no mérito deste processo. O simples fato da empresa ter boa reputação e se pautar por procedimentos e controles internos de compliance não é suficiente para comprovar a sua não participação no ato ilícito em questão quando há indícios vários, fortes e convergentes que apontam a sua participação.

(XVII.2.2) Da alegação da legalidade da pré-qualificação e da concorrência

295. A Techint se esforça para demonstrar que não houve qualquer irregularidade no edital da

licitação e que suas cláusulas não limitaram a competição e que o reduzido número de concorrentes habilitados se deveu à complexidade da obra e ao planejamento inadequado das empresas e consórcios inabilitados.

Análise:

296. A teoria da Techint não se adequa às evidências dos autos e nem mesmo aos fatos incontroversos, como o resultado da licitação em que os lances vencedores ficaram praticamente no limite de aceitação, demonstrando a falta de competitividade.

297. Ainda que o edital não possuísse qualquer ilegalidade patente, o que não se coaduna com as fiscalizações do TCU, e que os dois consórcios (ANGRA3 e UNA3) tenham sido os únicos habilitados de forma totalmente regular, o simples fato de terem combinado quem sairia vencedor de cada pacote, permitindo darem lances no limite de aceitação, já é suficiente para a caracterização da fraude à licitação.

(XVII.2.3) Da alegação de inexistência de conduta fraudulenta ou cartelizada da Techint

298. A Techint alega que os elementos extraídos do Acordo de Leniência 06/2015 do CADE são insuficientes para concluir que houve qualquer conduta fraudulenta ou participação da Techint, que afirma também que ‘(...) é fundamental ressaltar que as afirmações de que poderia ter havido atuação cartelizada de licitantes e de que teria sido feito um acordo anticompetitivo não se sustentam, tendo em vista que o resultado da licitação foi determinado por vários fatores, nenhum deles relacionado com suposta atuação fraudulenta ou cartelizada, principalmente da Techint.

Análise:

299. A análise das evidências, em especial do Histórico de Conduta do Acordo de Leniência 06/2015 do CADE contrariam as alegações da Techint, demonstrando que houve fraude à licitação com a participação da Techint. As mensagens eletrônicas confirmam os indícios de fraude e envolvem três representantes da Techint, conforme transcrição abaixo:

‘III.1 PESSOAS JURÍDICAS PARTICIPANTES DA CONDUTA (NÃO SIGNATÁRIOS)

Techint Engenharia e Construção S.A.

19. A Techint teve participação na conduta anticompetitiva implementado pelos seus funcionários (atualmente funcionários ou ex-funcionários) Guilherme Pires de Mello (Diretor de Operações) e Ricardo Ourique Marques (Diretor Geral e Diretor Administrativo Financeiro), e está evidenciada, por exemplo, nos Documentos 28, 31, 32, 37, 40, 41, 44, 50 e 55, nos parágrafos 1, 19, 38, 39, 40, 50, 81, 88, 90, 97, 99, 100, 104, 105, 107, 122, 127, 128, 134, 137, 138, 144 e 149, e nas tabelas III, VIII, X, XI, XIV, XXII e XXIII deste Histórico da Conduta.

III.2 PESSOAS FÍSICAS PARTICIPANTES DA CONDUTA (NÃO SIGNATÁRIOS)

Guilherme Pires de Mello

De acordo com os Signatários, Guilherme Pires de Mello foi, durante a conduta, Diretor da Techint Engenharia e Construção S.A, participante do cartel e representante da Techint no Conselho do Consórcio Angramon. Guilherme Pires de Mello foi cotado para ser o Diretor do Contrato do Consórcio Angramon com a Eletronuclear em novembro de 2013, mas declinou em dezembro de 2013, e ficou como representante da Techint no Conselho do Consórcio. Pelo seu conhecimento técnico, teve forte presença nas decisões do Angramon. Ele era representante do alto escalão, cuja participação na conduta consistiu nas articulações para fixação de preços e para divisão de mercado da licitação, bem como no comparecimento a diversas reuniões para discussão e na tomada de decisões referentes ao cartel e está evidenciada, por exemplo, nos Documentos 28, 31, 32, 37, 40, 41, 44 e 55, nos parágrafos 19, 38, 81, 90, 97, 99, 104, 107, 122, 127, 128, 129 e 137 e nas Tabelas VIII, X, XI, XIV e XXIII deste Histórico da Conduta.

Luís Guilherme de Sá

De acordo com os Signatários, Luís Guilherme de Sá foi, durante a conduta, Diretor Comercial da Techint Engenharia e Construção S.A, participante do cartel. Ele era representante do alto escalão,

cujas participações na Conduta consistiu nas articulações para fixação de preços e para divisão de mercado da licitação, bem como no comparecimento a diversas reuniões para discussão e na tomada de decisões referentes ao cartel, e está evidenciada, por exemplo, nos Documentos 31, 32 e 37, nos parágrafos 19, 39, 90, 99, 104, 122 e 127, e nas Tabelas VII, X e XI deste Histórico da Conduta.

Ricardo Ourique Márques

De acordo com os Signatários, Ricardo Ourique Marques foi, durante a conduta, Diretor Geral da Techint Engenharia e Construção S.A., participante do cartel. Ele era representante do ‘altíssimo’ escalão, cuja participação na conduta consistiu no controle das articulações para fixação de preços e para divisão de mercado da licitação, bem como no comparecimento à reunião de 01.09.2014 na sede da UTC do Rio de Janeiro, na qual se celebrou o êxito do cartel na sua estratégia de negociação com a Eletronuclear, e está evidenciada, por exemplo, no Documento 50, nos parágrafos 19, 40 e 149, e nas Tabelas III, VIII, X, XI e XXII deste Histórico da Conduta.’

(XVII.2.4) Da alegação de ausência de responsabilidade da Techint por eventual ilegalidade praticada por terceiros

300. A Techint alega que integrava o consórcio ANGRA3, enquanto a CCCC (empresa que confessou a fraude à licitação) integrava o consórcio UNA3 e que somente passou a integrar o consórcio ANGRAMON a partir da execução do contrato. Afirmar também que o consórcio ANGRAMON se tratou apenas de arranjo para a gestão do empreendimento, que cada consórcio assinou contrato em separado com a Eletronuclear. Com este raciocínio a Techint busca afastar a responsabilidade solidária dos integrantes de consórcios previsto na Lei 8.666/93, artigo 33, inciso V.

Análise:

301. Quando contratam com a Administração Pública os consórcios submetem-se, excepcionalmente e por força de lei, à responsabilidade solidária pelos atos praticados nessa condição, tanto na fase da licitação, quanto na de execução contratual, consoante prevê o artigo 33, inciso V, da Lei 8.666/93.

‘Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.’

‘A solução adotada pela Lei de Licitações no ponto revela-se logicamente adequada, haja vista que a Administração considera, para contratar, a unidade dos consorciados. Isso porque eles se juntam para atender ao conjunto de exigências estabelecidas no edital do certame para sua habilitação e, sendo assim, a Administração considera o conjunto dos recursos por eles apresentados (tanto os de ordem técnica como os econômico-financeiros) para declarar o vencedor e com ele contratar. Justamente porque se apresentam perante a Administração como unidade, os consorciados devem responder juridicamente como unidade, a justificar a responsabilidade solidária dos envolvidos (MARÇAL, 2012, p.565).’

302. Não se sustenta o argumento da Techint de que não haveria responsabilidade solidária da sua parte porque não participava do mesmo consórcio da CCCC, pois que há evidências da participação no cartel de todas as empresas dos dois consórcios, ANGRA3 e UNA3, inclusive da participação da Techint, conforme será visto no tópico XVIII.

(XVII.2.5) Da alegação de ausência de prova de prejuízo

303. Neste tópico a Techint abordou questões relativas a dano ao erário. Como o despacho do Ministro Bruno Dantas que determina a audiência das empresas é específico quanto ao tema objeto das presentes manifestações e este assunto não faz parte do objeto, que se limita ao achado III.1 do relatório de auditoria, não será feita a análise deste tópico.

(XVIII) Da responsabilização e individualização das condutas da Techint

304. **Responsáveis:** Techint Engenharia e Construção S/A (CNPJ: 61.575.775/0001-80).

305. **Conduta:** Ação dolosa de participar de conluio entre as empresas dos consórcios UNA3 e ANGRA3 com o objetivo de fraudar licitação da Eletrobras Termonuclear S/A - Eletronuclear relativa à montagem eletromecânica da Usina de Angra 3, atuando em cartel, por meio da divisão de mercado entre concorrentes para frustrar o caráter competitivo da licitação e fixação prévia de preços, condições e vantagens associadas, configurando fraude comprovada à licitação para fins do disposto no art. 46 da Lei 8.443/92.

306. Conforme Acordo de Leniência 06/2015 firmado entre a CCCC e o CADE, a conduta foi implementada por meio de reuniões presenciais e trocas de mensagens eletrônicas entre os representantes das empresas integrantes do Consórcio Angramon e nas quais se discutiu e coordenou previamente o resultado da licitação. A Techint teve participação na conduta implementado pelos seus funcionários e/ou ex-funcionários Guilherme Pires de Mello (Diretor de Operações) e Ricardo Ourique Marques (Diretor Geral e Diretor Administrativo Financeiro).

307. A Techint tomou parte no cartel, conforme pode-se comprovar nas passagens abaixo transcritas do referido Acordo de Leniência, assim como nas passagens transcritas no item VI.

‘99. A reunião ocorreu, segundo os Signatários, na sede da Queiroz Galvão, no Rio de Janeiro (...). **Estiveram presentes as sete empresas integrantes do cartel (o Grupão)**, assim representadas segundo melhor lembrança do representante da Signatária, LCM (Diretor Comercial de Energia da CCCC) presente na reunião: Antônio Carlos D'Agosto Miranda (Diretor Superintendente da UTC); Humberto Barra Neto (Líder Operacional de Contrato na UTC); Henrique Pessoa Mendes Neto (Diretor de Contrato da Odebrecht); LCM (Diretor Comercial de Energia da CCCC); Gustavo Ribeiro de Andrade Botelho (Diretor Superintendente da Andrade Gutierrez); **Guilherme Pires de Mello (Diretor da Techint) e/ou Luís Guilherme de Sá (Diretor da Techint)**; Odon David de Souza Filho (Diretor da Queiroz Galvão); José Arnaldo Delgado (Engenheiro na Queiroz Galvão); Carlos Maurício de Paula Barros (Diretor Superintendente da EBE) e/ou Paulo Massa Filho (Diretor da EBE).’

‘100. Na ocasião, foi rediscutida a estratégia inicial dos consórcios sobre as propostas e finalmente decidido que o Consórcio ANGRA3 (Composto por Queiroz Galvão, EBE e **Techint**) venceria o Pacote 1, enquanto o Consórcio UNA3 (composto por Andrade Gutierrez, Odebrecht, CCCC e UTC) venceria o Pacote 2, de maior valor, em estratégia de divisão de mercado entre concorrentes. (...)’

‘105. Nessa reunião do dia 08/11/2013 houve manutenção da estratégia inicial do cartel, em vista de desconforto com o cliente Eletronuclear. Decidiu-se, então, que o Consórcio UNA3 (...) seria o vencedor dos dois pacotes, escolheria o pacote de sua preferência (Pacote 2, por ser o de maior valor) e o outro pacote ficaria com o **Consórcio ANGRA3** (...).’

308. **Nexo de causalidade:** As práticas adotadas pela empresa supracitada resultaram em restrição à competitividade, nas contratações dos dois consórcios por valores acima daqueles que seriam praticados em ambiente competitivo, configurando a fraude à licitação.

309. A atuação da empresa Techint, juntamente com as demais empresas cartelizadas, foi confirmada pelas investigações da Operação Lava Jato, pela delação premiada de Ricardo Pessoa e pelo Acordo de Leniência 06/2015 entre o CADE e a CCCC.

(XIX) Da Dosimetria da Sanção de Declaração de Inidoneidade da Techint

310. Conforme fartamente exposto no exame técnico acima, restou comprovado que a empresa Techint participou ativamente de fraude à licitação da Eletronuclear mediante as seguintes condutas: conluio, combinação de preços; quebra de sigilo das propostas; divisão de mercado; combinação prévia de resultados e consequente direcionamento das licitações; para beneficiar a si e as demais empresas participantes do cartel.

311. Portanto, considerando que a sanção deve guardar proporção com a reprovabilidade da prática e com a gravidade dos atos ilícitos e das suas consequências, envolvendo diversos meios fraudulentos para obtenção do êxito no crime perpetrado; e de forma a garantir a função

pedagógica e preventiva da sanção, **propugna-se pela definição da pena máxima de 5 (cinco) anos de inidoneidade para contratar com a Administração Pública Federal com relação à fraude ora tratada.**

(XX) Das alegações da EBE e respectivas análises

(XX.1) Das Questões Preliminares

(XX.1.1) Competência exclusiva do CADE para decidir sobre práticas anticoncorrenciais

312. A EBE alega falta de interesse de agir do TCU por não ser sua atribuição a investigação acerca da existência ou não de práticas anticoncorrenciais, que são atribuições exclusivas do CADE.

313. Alega também que ‘(...) se deve aguardar que o órgão competente (CADE) avalie a controvérsia em sua plenitude e de forma imparcial, sob o contraditório, em busca da verdade material, de modo a se evitar atropelos e injustiças’ e conclui afirmando ‘verifica-se a impossibilidade de prosseguimento do presente Processo Administrativo para tratar do tema em questão, sob pena de indevida usurpação da competência do CADE.’

Análise:

314. Não assiste razão à EBE. Conforme já dito nas análises supra. As competências do TCU têm sede na Constituição Federal e em sua Lei Orgânica e em nada se confundem com as competências do CADE. No presente processo apura-se a ocorrência de fraude a licitação, que pode ou não se dar juntamente com a formação de cartel. Não pretende o TCU apurar ilícitos concorrenciais, como afirma a EBE em sua manifestação. O Ofício 0058/2016-TCU/SeinfraOperações, de 12/4/2016 (peça 108) determina à EBE que apresente razões de justificativa quanto aos indícios de restrição à competitividade e de formação de cartel no âmbito dos processos de pré-qualificação e de concorrência citados e alerta que a não elisão da irregularidade poderá ensejar a declaração de inidoneidade prevista no artigo 46 da Lei 8.443/92, que trata exclusivamente de fraude comprovada à licitação.

315. Também a alegação de que se deve aguardar o processo no CADE não possui fundamento tendo em vista a total independência entre as instâncias. Ainda que o CADE possa vir a concluir pela inexistência de cartel, isto não vincula a decisão do TCU, que possui competência para apurar a ocorrência de fraude a licitações sejam elas feitas através de cartel ou não. A tramitação concomitante do processo no CADE em nada prejudica a possibilidade da EBE se defender no presente processo e a decisão do TCU em nada depende da decisão que venha a ser tomada pelo CADE.

(XX.1.2) Discussão na Justiça Federal

316. A EBE alega que as acusações apresentadas pelo TCU são prematuras e a este Tribunal faltaria interesse de agir pelo fato de ainda não haver sentença penal condenatória transitada em julgado. Alega que há relação de prejudicialidade entre o fato objeto de apuração na Justiça Federal e o presente processo e que, por este motivo, se impõe o encerramento deste processo ou a suspensão de toda e qualquer iniciativa do TCU em relação à concorrência objeto desta audiência.

Análise:

317. A alegação da EBE não tem fundamentação legal, vai contra a independência das instâncias e a jurisprudência do STF, de forma que não há que se falar em encerramento ou suspensão do presente processo. Neste sentido, reproduz-se trechos selecionados de decisão do Ministro Dias Toffoli:

‘DECISÃO:

Vistos.

Cuida-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por J.E.C.A. Em face do CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, com o objetivo de anular decisão administrativa que determinou a instauração de processo administrativo disciplinar em seu desfavor.

Na peça vestibular, o impetrante narra que:

a) o c. CNJ instaurou, de ofício, sindicância administrativa em seu desfavor, com fundamento no art. 35 da LOMAN, a fim de apurar eventual caracterização de falta funcional dos envolvidos nos fatos revelados por cobertura jornalística acerca da operação da Polícia Federal denominada ‘Hurricane’;;

(...)

Nessa perspectiva, argumenta que o processo administrativo e o processo penal possuem idêntico conteúdo, razão pela qual a atuação da autoridade coatora viola ‘a posição doutrinária no sentido de que falece competência ao Poder Administrativo para dizer da existência de conduta criminosa - competência pétrea do Judiciário’ (fl. 11).

(...)

O impetrante argumenta, portanto, que a decisão proferida em processo penal repercute sobre a instância administrativa, não podendo esta última avançar sobre fatos investigados na esfera criminal antes de o juízo competente para conhecer originariamente do caso manifestar-se acerca da materialidade e da autoria do delito. Nesse sentido, conclui que:

(...)

Sustenta que a fixação de culpa em sede disciplinar antes de o Poder Judiciário manifestar-se sobre a matéria, por meio de decisão judicial transitada em julgado, viola o princípio constitucional da presunção de inocência.

(...)

O pedido de liminar foi indeferido pelo Ministro Eros Grau, então relator do processo, por ausência de plausibilidade da tese jurídica defendida pelo impetrante, estando consignado que:

‘22. Não há falar-se, pois, no sobrestamento do feito administrativo, eis que o ordenamento exige apenas a coordenação entre as instâncias, a fim de que não haja conflitos nem violação a decisão judicial.

23. O decurso do tempo é freqüentemente levado em consideração quando se trata da instrução processual penal, na medida em que se permite a produção antecipada de provas [art. 366 do CPP], inclusive com determinações específicas quanto à oitiva antecipada de testemunhas [art. 225 do CPP].

24. Não se aplica ao caso, ademais, a sistemática das chamadas prejudiciais heterogêneas do processo penal.

25. A uma, porque tais incidentes determinam a suspensão da ação penal para solução de questão no juízo cível, quando o impetrante, nestes autos, pretende o sobrestamento de procedimento administrativo-disciplinar em detrimento de inquérito judicial.

26. A duas, porque a suspensão da ação penal para a solução de questões prejudiciais devolutivas tem prazo determinado, durante o qual é possível a produção de provas urgentes.

Ante o exposto, indefiro o pedido de medida liminar pleiteado’ (fl. 253).

(...)

O impetrante interpôs agravo regimental contra decisão que indeferiu o pedido de liminar (fls. 350 a 361).

A douta Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da segurança em parecer assim ementado:

‘Mandado de Segurança contra ato do Plenário do CNJ, que instaurou processo administrativo disciplinar com base em fatos inicialmente apurados em Inquérito Policial.

- As instâncias administrativa, cível e criminal são independentes, assim como são as

respectivas sanções.

- Apenas a decisão criminal que reconheça a inexistência do fato ou da autoria repercute na esfera administrativa, restando a esta a possível sanção pela falta residual.

- Conforme precedentes do STF, admite-se a conclusão de processo administrativo disciplinar antes do desfecho do processo penal.

- Parecer pela denegação da segurança' (fl. 370).

(...)

É o relatório.

A tese do autor não deve prevalecer.

A jurisprudência desta Suprema Corte é pacífica no sentido da independência entre as instâncias cível, penal e administrativa, não havendo que se falar em violação ao princípio da presunção de inocência pela aplicação de sanção administrativa por descumprimento de dever funcional fixada em processo disciplinar legitimamente instaurado antes de finalizado o processo penal em que apurados os mesmo fatos.

(...)

Ausente direito líquido e certo a amparar a pretensão do impetrante, razão pela denego a ordem.

Nos termos do art. 205 do Regimento Interno desta Corte, em hipóteses como a presente, em que o mandado de segurança versa matéria objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal - **independência entre as instâncias cível, penal e administrativa** - pode o relator decidi-lo monocraticamente.

Ante o exposto, na linha da jurisprudência desta Corte, **nego seguimento** ao mandado de segurança (art. 21, § 1º, RISTF).

Publique-se.

Brasília, 23 de outubro de 2013.

Ministro **DIAS TOFFOLI**, Relator'

(XX.1.3) Falta de individualização da conduta

318. A EBE alega que o TCU deixou de individualizar a conduta de cada um dos integrantes do suposto esquema fraudulento, violando o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal e, por este motivo, se impõe o pronto encerramento deste processo.

Análise:

319. Quanto à alegação de falta de individualização da conduta, verifica-se análise similar em tópico acima. Assim, não assiste razão à EBE, pois que a delimitação precisa da conduta de cada empresa é realizada após a análise das manifestações apresentadas e das provas produzidas nos autos, respeitando sempre o contraditório, de forma que não há motivo para o encerramento do presente processo. Além disto, há diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça que rejeitam a alegação de inépcia de denúncia por falta de individualização das condutas em infrações de autoria coletiva. Ver transcrição dos julgados no parágrafo 233.

(XX.1.4) Ausência de documentos indispensáveis e restrição de acesso

320. A EBE 'chama a atenção' para a ausência de documentos indispensáveis ao exercício do contraditório e da ampla defesa. Alega que os seguintes documentos não foram disponibilizados em sua plenitude: (1) Denúncia do MPF (peça 90); (2) Acordo de Leniência 06/2015 CADE (peça 91); (3) Colaboração de Ricardo Pessoa (peça 92); e (4) Informações da Operação Lava Jato divulgadas na mídia nacional. Alega também que estes documentos não são suficientes para embasar a acusação.

321. A EBE acusa o TCU de reiteradamente estar vedando seu acesso aos autos deste processo em

razão da juntada de documentos tidos por sigilosos e que isto tem inviabilizado o acompanhamento do feito. Continua fazendo os seguintes comentários:

‘A situação pode parecer estranha, extraordinária, mas é a dura realidade daqueles que - como a EBE - pretendem se defender em um Processo Administrativo que desde logo se afigura estar solucionado.’

‘O sigilo, que muito se assemelha aos processos medievais de exceção, é implementado por esse TCU através de inexplicável restrição de acesso ao Processo Administrativo através do sistema eletrônico, nesta oportunidade comprovado através de ata notarial lavrada para este específico fim (doc. 05).’

322. Por fim, afirma que o *modus operandi* do TCU macula este processo e requer seu arquivamento.

Análise:

323. Não assiste razão à EBE quanto à primeira alegação, pois todas as informações e documentos necessários para a defesa da empresa encontram-se no processo e para essas peças, que foram disponibilizadas, oportunizou-se o contraditório, juntamente com o relatório de auditoria e demais documentos que embasam a irregularidade apontada.

324. Importante também destacar que a EBE não especifica qual ou quais informações suprimidas ou documentos não anexados prejudicaram seu direito de defesa. Abaixo pode-se observar a quantidade de documentos e tabelas que estão disponíveis apenas no Acordo de Leniência 06/2015-CADE. A EBE não se pronunciou sobre nenhum deles, preferindo alegar que outros documentos não foram disponibilizados.

EBE - Empresa Brasileira de Engenharia S.A.

A EBE teve participação na conduta anticompetitiva implementado pelos seus funcionários (atualmente funcionários e ou ex-funcionários) Arcy Mottá de Paiva (Diretor, falecido), Carlos Mauricio de Paula Barros (Diretor Superintendente), Paulo Massa Filho (Diretor) e Renato Ribeiro Abreu (Presidente do Conselho de Administração), e está evidenciada, por exemplo, nos Documentos 28, 31, 32, 37, 41, 44 e 50, nos parágrafos 1, 18, 33, 34, 35, 36, 50, 81, 88, 90, 99, 100, 104, 105, 122, 127, 129, 134, 137, 144 e 149 e nas tabelas III, VII, X e XI deste Histórico da Conduta.

325. Quanto à acusação de que o TCU estaria supostamente vedando reiteradamente o acesso da EBE aos autos, a própria ata notarial (peça 234, páginas 12 e 13), trazida pela EBE a estes autos, deixa claro que ao negar a **vista eletrônica remota de peça sigilosa**, em virtude de precauções necessárias às peças de caráter reservado, não vedou a sua vista presencial em qualquer unidade do TCU no país e mostra que o próprio sistema dá o seguinte aviso: ‘Apresente o requerimento de vista em uma das unidades do Tribunal para atendimento na modalidade presencial’. De forma que fica evidente a falta de fundamento da acusação da EBE, que se presta tão somente a tumultuar o processo e buscar sua nulidade a qualquer custo, por não conseguir êxito em sua argumentação de mérito, desacompanhada de provas robustas que sustentem suas alegações.

(XX.2) Das Questões de Mérito

326. A EBE dividiu sua manifestação quanto ao mérito em três partes, sendo a primeira dividida em três subcapítulos, quais sejam: A UTN Angra 3; Processo Licitatório; e Quem é a EBE. Como esta parte se presta apenas a relatar de forma geral o contexto histórico, as fases da licitação e uma descrição da EBE, não será objeto de análise.

(XX.2.1) Conduta dos Licitantes Pautada pelo Edital

327. A EBE alega que ‘(...) a conduta dos licitantes, a todo momento, foi estritamente pautada pelos parâmetros do Edital - todos devidamente aprovados tanto por esse TCU quanto pelo Poder Judiciário -, não havendo como se cogitar qualquer ilegalidade, muito menos a formação de suposto cartel, restrição à competitividade e/ou fraude à licitação.’

Análise:

328. A EBE tenta argumentar que apenas seguiu o edital e que a habilitação de apenas dois consórcios foi uma consequência das exigências do edital e das condições do projeto, porém a argumentação da EBE não se adequa às evidências dos autos e nem mesmo aos fatos incontroversos, como o resultado da licitação em que os lances vencedores ficaram praticamente no limite de aceitação, demonstrando a falta de competitividade.

329. Ainda que o edital não possuísse qualquer ilegalidade patente, o que se coloca de forma hipotética, apenas para fins de raciocínio, e que os dois consórcios (ANGRA3 e UNA3) tenham sido os únicos habilitados de forma totalmente regular, o fato de terem combinado quem sairia vencedor de cada pacote, permitindo darem lances no limite de aceitação, já é suficiente para a caracterização da fraude à licitação.

330. Por fim, cumpre estabelecer o já disposto em análise pretérita na presente instrução, acerca da revisitação de julgados do Tribunal com base em novos elementos que possam modificar seu posicionamento.

(XX.2.2) Decisões do TCU Atestam a Regularidade do Edital e da Licitação

331. A EBE alega que o TCU expressamente reconheceu que o edital não continha quaisquer irregularidades e que subverteu inúmeras decisões anteriores que teriam atestado a regularidade do certame e que o TCU deve reconhecer a ocorrência de coisa julgada administrativa. Alega ainda que a revisão de decisões sem a ocorrência de fatos novos enseja violação ao princípio da proteção da confiança, da segurança jurídica e de direitos adquiridos. Por fim destaca que o Poder Judiciário também atestou a regularidade do certame.

Análise:

332. Não assiste razão à EBE quanto à alegação de coisa julgada administrativa, pois o fato da licitação em questão já ter sido objeto de fiscalização por parte do TCU não confere atestado de regularidade a esta licitação.

333. Cumpre estabelecer o já disposto em análise pretérita na presente instrução, acerca da revisitação de julgados do Tribunal com base em novos elementos que possam modificar seu posicionamento.

334. Também não assiste razão quanto à alegação de que o Poder Judiciário reconheceu a regularidade dos termos do edital, pois os processos do TCU são independentes e não se vinculam às decisões do judiciário, com exceção no caso da existência de uma sentença penal absolutória resultante do **reconhecimento da inexistência de autoria do fato** ou da **inocorrência material do próprio evento**, o que não é o caso. Além disso, o escopo do presente processo não é o mesmo do processo judicial citado.

(XX.2.3) Suposta Fraude à Licitação

335. A EBE afirma que ‘(...) rechaça com veemência qualquer ilação de que tenha participado de reuniões com o Consórcio Una3 concorrente para qualquer finalidade anticompetitiva antes da submissão das propostas comerciais’. Faz ainda as seguintes afirmações: ‘(...) os documentos e/ou o Despacho não indicam qual a participação da EBE no suposto conluio.’; ‘Dentre as provas fornecidas não há uma única evidência direta em desfavor da EBE, tampouco qualquer comunicação ilícita entre concorrentes que tenha partido da EBE ou resposta da EBE a quaisquer mensagens de seus rivais.’; e ‘(...) a proximidade dos preços ofertados não se explica por uma eventual troca de informações concorrencialmente sensíveis entre os consórcios concorrentes, mas por uma tendência de ação empresarial relacionada com a própria especificidade do certame.’

Análise:

336. A análise das evidências, em especial do Histórico de Conduta do Acordo de Leniência 06/2015 do CADE contrariam as alegações da EBE, demonstrando que houve fraude à licitação com a participação da EBE. As mensagens eletrônicas confirmam os indícios de fraude e envolvem quatro representantes da EBE, conforme transcrição abaixo:

III.1 PESSOAS JURÍDICAS PARTICIPANTES DA CONDUTA (NÃO SIGNATÁRIOS)**EBE Empresa Brasileira de Engenharia S.A.**

18. A EBE teve participação na conduta anticompetitiva implementada pelos seus funcionários (atualmente funcionários ou ex-funcionários) Arcy Motta de Paiva (Diretor, falecido), Carlos Maurício de Paula Barros (Diretor Superintendente), Paulo massa Filho (Diretor) e Renato Ribeiro Abreu (Presidente do Conselho de Administração), e está evidenciada, por exemplo, nos Documentos 28, 31, 32, 37, 41, 44 e 50, nos parágrafos 1, 18, 33, 34, 35, 36, 50, 81, 88, 90, 99, 100, 104, 105, 122, 127, 129, 134, 137, 144 e 149, e nas tabelas III, VII, X e XI deste Histórico da Conduta.

III.2 PESSOAS FÍSICAS PARTICIPANTES DA CONDUTA (NÃO SIGNATÁRIOS)**Arcy Motta de Paiva (falecido)**

De acordo com os Signatários, Arcy Motta de Paiva foi, durante a conduta, Diretor na EBE - Empresa Brasileira de Engenharia S.A, participante do cartel. Ele era representante do alto escalão, cuja participação na conduta consistiu nas articulações para fixação de preços e para divisão de mercado da licitação, bem como troca de mensagens eletrônicas para tomada de decisões referentes ao cartel no segundo semestre de 2013, não tendo participado de reuniões (afastamento durante parte da duração da conduta em vista de doença, vindo a falecer em março de 2014), e esta evidenciada, por exemplo, no Documento 37, nos parágrafos 18, 33 e 129 e nas Tabelas VII, X e XI deste Histórico da Conduta.

Carlos Maurício de Paula Barros

De acordo com os Signatários, Carlos Mauricio de Paula Barros foi, durante a conduta, Diretor Superintendente da EBE - Empresa Brasileira de Engenharia S.A. Ele era representante do alto escalão, cuja participação na conduta consistiu nas articulações para fixação de preços e para divisão de mercado da licitação bem como no comparecimento a reuniões para discussão e na tomada de decisões referentes ao cartel e posterior orientação de seus subordinados nas negociações, sendo por vezes representado por Paulo Massa Filho nas reuniões, e está evidenciada, por exemplo, nos Documentos 28, 31, 32 e 41, nos parágrafos 18, 34, 90, 99, 104, 122 e 137 e nas Tabelas VII, X, XI e XIV deste Histórico da Conduta.

Paulo Massa Filho

De acordo Com os Signatários, Paulo Massa Filho foi, durante a conduta, Diretor da EBE - Empresa Brasileira de Engenharia S.A., participante do cartel. Ele era representante do alto escalão, cuja participação na conduta consistiu nas articulações para fixação de preços e para divisão de mercado da licitação, bem como no comparecimento a diversas reuniões para discussão e na tomada de decisões referentes ao cartel e posterior orientação de seus subordinados nas negociações, em conjunto com Carlos Mauricio de Paula Barros (Diretor Superintendente da EBE) e está evidenciada, por exemplo, nos Documentos 28, 31, 32 e 44, nos parágrafos 18, 35, 81, 90, 99, 104, 122, 127 e 144 e nas Tabelas VII, X e XI deste Histórico da Conduta.

Renato Ribeiro Abreu

De acordo com os Signatários, Renato Ribeiro Abreu foi, durante a conduta, Presidente do Conselho de Administração da EBE - Empresa Brasileira de Engenharia S.A., participante do cartel. Ele era representante do 'altíssimo' escalão, cuja participação na conduta consistiu nas articulações para fixação de preços e para divisão de mercado da licitação, bem como no comparecimento à reunião de 01.09.2014 na sede da UTC do Rio de Janeiro, discutiu 'compromissos' assumidos com outras pessoas por terem conseguido vencer a licitação por meio do cartel, e está evidenciada, por exemplo, no Documento 50, nos parágrafos 18, 36 e 149 e nas Tabelas III, VII e X deste Histórico da Conduta.

(XX.2.4) Impossibilidade de se impor qualquer sanção

337. A EBE alega a impossibilidade de aplicação da multa prevista no artigo 58 da Lei 8.443/92 (LOTUCU) por não haver praticado qualquer conduta prevista nos incisos deste artigo.

338. Alega também a impossibilidade de aplicação da sanção de inidoneidade prevista no artigo 46 da Lei 8.443/92 (LOTUCU) como decorrência das premissas e esclarecimentos constantes da sua manifestação.

Análise:

339. Quanto à possibilidade de aplicação da multa, o Ofício 0058/2016-TCU/SeinfraOperações, de 12/4/2016 dispõe que:

3. Outrossim, informo que a rejeição das razões de justificativa poderá ensejar a imputação de multa prevista no art. 58 da Lei 8.443/1992.

340. Quanto à aplicação da sanção de inidoneidade prevista no artigo 46 da Lei 8.443/1992, a EBE fundamenta a alegação de impossibilidade de aplicação nas próprias alegações feitas ao longo da sua manifestação, de modo que a rejeição dessas manifestações implica na rejeição da presente defesa, e, conseqüente, da imputabilidade das sanções previstas na legislação vigente.

(XXI) Da responsabilização e individualização das condutas da EBE

341. **Responsáveis:** Empresa Brasileira de Engenharia S/A (CNPJ: 33.247.271/0001-03).

342. **Conduta:** Ação dolosa de participar de conluio entre as empresas dos consórcios UNA3 e ANGRA3 com o objetivo de fraudar licitação da Eletrobras Termonuclear S/A - Eletronuclear relativa à montagem eletromecânica da Usina de Angra 3, atuando em cartel, por meio da divisão de mercado entre concorrentes para frustrar o caráter competitivo da licitação e fixação prévia de preços, condições e vantagens associadas, configurando fraude comprovada à licitação para fins do disposto no art. 46 da Lei 8.443/92.

343. Conforme Acordo de Leniência 06/2015 firmado entre a CCCC e o CADE, a conduta foi implementada por meio de reuniões presenciais e trocas de mensagens eletrônicas entre os representantes das empresas integrantes do Consórcio Angramon e nas quais se discutiu e coordenou previamente o resultado da licitação. A EBE teve participação na conduta implementado pelos seus funcionários e/ou ex-funcionários Arcy Motta de Paiva (Diretor, falecido), Carlos Mauricio de Paula Barros (Diretor Superintendente), Paulo Massa Filho (Diretor) e Renato Ribeiro Abreu (Presidente do Conselho de Administração).

344. A EBE tomou parte no cartel, conforme pode-se comprovar nas passagens abaixo transcritas do referido Acordo de Leniência, assim como nas passagens transcritas no item VI.

‘99. A reunião ocorreu, segundo os Signatários, na sede da Queiroz Galvão, no Rio de Janeiro (...). **Estiveram presentes as sete empresas integrantes do cartel (o Grupão)**, assim representadas segundo melhor lembrança do representante da Signatária, LCM (Diretor Comercial de Energia da CCCC) presente na reunião: Antônio Carlos D'Agosto Miranda (Diretor Superintendente da UTC); Humberto Barra Neto (Líder Operacional de Contrato na UTC); Henrique Pessoa Mendes Neto (Diretor de Contrato da Odebrecht); LCM (Diretor Comercial de Energia da CCCC); Gustavo Ribeiro de Andrade Botelho (Diretor Superintendente da Andrade Gutierrez); Guilherme Pires de Mello (Diretor da Techint) e/ou Luís Guilherme de Sá (Diretor da Techint); Odon David de Souza Filho (Diretor da Queiroz Galvão); José Arnaldo Delgado (Engenheiro na Queiroz Galvão); **Carlos Maurício de Paula Barros (Diretor Superintendente da EBE) e/ou Paulo Massa Filho (Diretor da EBE).**’

‘100. Na ocasião, foi rediscutida a estratégia inicial dos consórcios sobre as propostas e finalmente decidido que o Consórcio ANGRA3 (Composto por Queiroz Galvão, **EBE** e Techint) venceria o Pacote 1, enquanto o Consórcio UNA3 (composto por Andrade Gutierrez, Odebrecht, CCCC e UTC) venceria o Pacote 2, de maior valor, em estratégia de divisão de mercado entre concorrentes. (...)’

‘105. Nessa reunião do dia 08/11/2013 houve manutenção da estratégia inicial do cartel, em vista de desconforto com o cliente Eletronuclear. Decidiu-se, então, que o Consórcio UNA3 (...) seria o vencedor dos dois pacotes, escolheria o pacote de sua preferência (Pacote 2, por ser o de maior valor) e o outro pacote ficaria com o **Consórcio ANGRA3** (...).’

345. **Nexo de causalidade:** As práticas adotadas pela empresa supracitada resultaram em restrição à competitividade, nas contratações dos dois consórcios por valores acima daqueles que seriam praticados em ambiente competitivo, configurando a fraude à licitação.

346. A atuação da empresa EBE, juntamente com as demais empresas cartelizadas, foi confirmada pelas investigações da Operação Lava Jato, pela delação premiada de Ricardo Pessoa e pelo Acordo de Leniência 06/2015 entre o CADE e a CCCC.

(XXII) Da Dosimetria da Sanção de Declaração de Inidoneidade da EBE

347. Conforme fartamente exposto no exame técnico acima, restou comprovado que a empresa EBE participou ativamente de fraude em licitação da Eletronuclear mediante as seguintes condutas: conluio, combinação de preços; quebra de sigilo das propostas; divisão de mercado; combinação prévia de resultados e consequente direcionamento das licitações; para beneficiar a si e as demais empresas participantes do cartel.

348. Portanto, considerando que a sanção deve guardar proporção com a reprovabilidade da prática e com a gravidade dos atos ilícitos e das suas consequências, envolvendo diversos meios fraudulentos para obtenção do êxito no crime perpetrado; e de forma a garantir a função pedagógica e preventiva da sanção, **propugna-se pela definição da pena máxima de 5 (cinco) anos de inidoneidade para contratar com a Administração Pública Federal com relação à fraude ora tratada.**

CONCLUSÃO

349. Após a realização das audiências e recebimento das respectivas respostas, verificou-se que a empresa Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A (CCCC), diferentemente das outras 6 empresas implicadas no achado III.1 do Relatório de Auditoria (peça 79), admitiu sua participação nos atos ilícitos e firmou acordo de leniência junto ao CADE confessando a existência de fraude nas licitações em comento. As empresas UTC e Andrade Gutierrez, a despeito de terem celebrado junto ao CADE, por meio de Termos de Cessação de Conduta (TCC), admitindo também suas participações nos atos ilícitos, não fizeram o mesmo no presente processo.

350. Após a análise de suas manifestações (exame técnico desta Instrução), concluiu-se pela plena validade das evidências que atestam o envolvimento das sete empresas integrantes do consórcio Angramon no conluio e fraude à licitação da Eletronuclear. A conduta delitativa afrontou de forma grave os princípios constitucionais insculpidos no art. 37, *caput* e inciso XXI, no art. 173, §1º, inciso III, ambos da Constituição Federal (CF/1988), precipuamente os da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da igualdade de condições aos concorrentes em processo licitatório. A gravidade danosa requer a atuação exemplar deste Tribunal de Contas com a aplicação da declaração de inidoneidade para participar de licitação na Administração Pública Federal, com fundamento no art. 46 da Lei 8.443/1992.

351. Contudo, no caso específico da CCCC, considerando que esta empresa, diversamente das demais implicadas no esquema de fraude à licitação em análise, admitiu a sua participação na fraude e colaborou plenamente com autoridades investigativas, há que se considerar na dosimetria da pena de inidoneidade, a título de atenuante, o fato de ser a primeira a admitir a irregularidade, permitindo o deslinde célere deste litígio, bem como o reflexo dos acordos de leniência da empresa com o CADE e com o MPF na comprovação de participação das demais empresas.

352. Assim, conforme análise no tópico IV - da dosimetria da pena de inidoneidade da CCCC -, considerando que a multa aplicável é uma sanção, *lato sensu*, tal qual a declaração de inidoneidade prevista no art. 46, da Lei 8.443/1992; considerando que a condição atenuante da confissão prevista no art. 65, inciso III, alínea 'd', do Código Penal Brasileiro está contemplada no art. 16, §1º, inciso III, da LAC; e considerando que esse é um parâmetro **objetivo** de quanto reduzir a pena de inidoneidade aplicável ao caso em análise, seria razoável utilizar, tendo por base a aplicação analógica da regra constante do §2º do art. 16 da Lei 12.846/2013, a redução de pelo menos 2/3 da pena de declaração de inidoneidade de contratar com a Administração Pública Federal aplicável à empresa CCCC, em face de ter admitido sua participação no ilícito e da contribuição dos acordos celebrados com o MPF e com o CADE para as investigações em curso naqueles órgãos.

353. Pelos motivos expostos, considerando a gravidade e extensão dos danos causados pelos ilícitos, para garantir a função pedagógica e preventiva da sanção, **propõe-se a aplicação da declaração de inidoneidade para contratação com a Administração Pública Federal às sete empresas pelo tempo máximo previsto na Lei 8.443/1992 de 5 (cinco) anos. Porém, no caso específico da empresa Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A., propõe-se a redução de pelo menos 2/3 deste prazo em razão das circunstâncias atenuantes já especificadas, resultando em uma pena máxima de 1 (hum) ano e 8 (oito) meses.**

354. Propõe-se também encaminhar cópias do Acórdão que vier a ser proferido, acompanhado do Voto e Relatório que o fundamentarem, à Secretaria de Logística e Tecnologia de Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão sobre a declaração de inidoneidade proposta, para que atenda às recomendações exaradas no item 9.6 do Acórdão 1.986/2013-TCU-Plenário, no que se refere ao registro da inidoneidade no Sistema de Cadastro Unificado de Fornecedores (Sicaf), bem como à Força-Tarefa do Ministério Público Federal no Paraná, à Força-Tarefa da Advocacia-Geral da União no Paraná, ao Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU) e à Eletronuclear, para medidas consideradas cabíveis.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

355. Diante do exposto, submetem-se os autos à consideração superior, com as seguintes propostas de encaminhamento:

I) declarar a inidoneidade, com fundamento no art. 46 da Lei 8.443/1992, da empresa Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A. (CNPJ: 61.522.512/0001-02), para participar de licitação que utilize recursos públicos federais por um período máximo de 1 (um) ano e 8 (oito meses);

II) declarar a inidoneidade, com fundamento no art. 46 da Lei 8.443/1992, da empresa UTC Engenharia S/A (CNPJ: 44.023.661/0001-08), para participar de licitação que utilize recursos públicos federais pelo período de 5 (cinco) anos;

III) declarar a inidoneidade, com fundamento no art. 46 da Lei 8.443/1992, da empresa Construtora Andrade Gutierrez S/A (CNPJ: 17.262.213/0001-94), para participar de licitação que utilize recursos públicos federais pelo período de 5 (cinco) anos;

IV) declarar a inidoneidade, com fundamento no art. 46 da Lei 8.443/1992, da empresa Construtora Norberto Odebrecht S/A (CNPJ: 15.102.288/0001-82), para participar de licitação que utilize recursos públicos federais pelo período de 5 (cinco) anos;

V) declarar a inidoneidade, com fundamento no art. 46 da Lei 8.443/1992, da empresa Construtora Queiroz Galvão S/A (CNPJ: 33.412.792/0001-60), para participar de licitação que utilize recursos públicos federais pelo período de 5 (cinco) anos;

VI) declarar a inidoneidade, com fundamento no art. 46 da Lei 8.443/1992, da empresa Techint Engenharia e Construção S/A (CNPJ: 61.575.775/0001-80), para participar de licitação que utilize recursos públicos federais pelo período de 5 (cinco) anos;

VI) declarar a inidoneidade, com fundamento no art. 46 da Lei 8.443/1992, da empresa Empresa Brasileira de Engenharia S/A (CNPJ: 33.247.271/0001-03), para participar de licitação que utilize recursos públicos federais pelo período de 5 (cinco) anos;

VII) comunicar à Secretaria de Logística e Tecnologia de Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão sobre a declaração de inidoneidade do item I, para que atenda às recomendações exaradas no item 9.6 do Acórdão 1.986/2013-TCU-Plenário;

VIII) encaminhar cópia do acórdão que vier a ser proferido, acompanhado do Relatório e do Voto que o fundamentam, às empresas responsáveis, para ciência;

IX) encaminhar cópia do acórdão que vier a ser proferido, acompanhado do Relatório e do Voto que o fundamentam à Força-Tarefa do Ministério Público Federal no Rio de Janeiro e no Paraná, à Força-Tarefa da Advocacia-Geral da União no Rio de Janeiro e no Paraná, ao Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), ao CADE, à 7ª Vara Criminal Federal/Justiça Federal/Seção Judiciária do Rio de Janeiro e à Eletronuclear, para medidas

consideradas cabíveis.”.

3. O diretor manifestou-se da seguinte forma (peça 330):

“2. Conforme verificado na instrução apresentada, tratam os autos de processo de acompanhamento, no âmbito do Fiscobras 2016, e que apurou diversas irregularidades nos contratos de montagem eletromecânica da Usina Nuclear de Angra 3, em construção no litoral fluminense.

3. A referida instrução objetivou analisar as audiências promovidas às empresas integrantes do consórcio Angramon (formadas pelos consórcios Una 3 e Angra 3), no que tange à fraude à licitação apurada, e que, no caso de não elisão dessa irregularidade, o Tribunal poderia vir a decretar, com base no artigo 46 da Lei 8.443/92, a inidoneidade das empresas integrantes dos consórcios e participantes da referida fraude contra a Administração Pública Federal.

4. Para a contextualização da irregularidade, detalhadamente descrita no Relatório de Inspeção (peça 93), valeu-se de informações levantadas no âmbito de representação de licitante (TC 011.765/2012-7), dos levantamentos de auditoria nos Fiscobras 2013 e 2014 (TCs 012.293/2012-0 e 009.439/2013-7), e de acordo de leniência e colaborações premiadas efetuadas no âmbito da Operação Lava Jato, tais como: (i) Acordo de Leniência da Construções e Comércio Camargo Corrêa (CCCC) junto ao CADE, confessando a existência de cartel e fraude nas obras de montagem eletromecânica de Angra 3, apresentando farta documentação comprobatória; (ii) Colaboração premiada do Ex-Presidente da CCCC, Dalton Avancini, junto ao MPF, e que detalha a existência do cartel e da fraude nesta licitação, contemplando, também, farta documentação; e (iii) Colaboração premiada de Ricardo Ribeiro Pessoa, Ex-Presidente da UTC, junto ao MPF, trazendo novos elementos aos fatos então apurados.

5. Dessa forma, restou clara e comprovada a ocorrência de fraude na licitação dos pacotes eletromecânicos de Angra 3. Além disso, a própria CCCC assumiu, no presente processo, a ocorrência da fraude à licitação e tudo o que declarou perante o CADE. Basicamente, quando da desclassificação de concorrentes na fase de habilitação (Construcap/Orteng e Skanska), os licitantes remanescentes (consórcios Angra 3 e Una 3) combinaram previamente os lances para vencer os contratos de montagem eletromecânica a preços no limite superior da aceitabilidade proposta pela Eletronuclear (+5% além do orçamento-base da estatal).

6. Com toda essa documentação em mãos, foi oportunizado às empresas se manifestar, em sede de audiências, acerca dos fatos, não conseguindo demonstrar sua isenção quanto à fraude cometida. Do contrário, verificou-se apenas ataques a procedimentos e formas, como tentativa de desconstituir a competência do TCU para o julgamento deste caso, ou ainda que o TCU já havia julgado esse assunto, defendendo-se não caber revisitá-los.

7. Cumpre mencionar Manifestação do MP-TCU de 2/5/2011, no TC-008.472/2008-3, que trata de processo de fiscalização da obra da Refinaria Abreu e Lima, demonstra que em alguns casos os gestores intentam imputar ao TCU o ônus da prova pelo bom e regular uso dos recursos públicos federais, o que não é correto:

Observe, por oportuno, que a **cada avaliação técnica** produzida pela secretaria especializada, os interessados oferecem **nova impugnação**. Isso se deve ao fato, como já disse antes, de o procedimento de contratação adotado pela Petrobras não declarar adequadamente a motivação dos preços unitários máximos para a contratação. A situação enseja **anômala e improdutiva inversão de papéis**. O controle externo é quem busca motivar os preços que devem ser praticados, enquanto **as empresas** contratante e contratada **exercem suas críticas**.

Em minha manifestação anterior, destaquei a gravidade dessa irregularidade e os **transtornos que traz ao TCU no desempenho de sua missão constitucional** de avaliar a regularidade da contratação, em especial, o alinhamento dos preços praticados pela Petrobras com os preços de mercado. Mencionei, então, que, embora o TCU já tivesse observado o devido processo legal, concedendo ampla oportunidade de defesa, deveria insistir uma vez mais junto aos interessados para que apresentassem todas as composições de custos unitários, de forma a permitir o desenvolvimento de discussão exaustiva e definitiva de todos os fatores que teriam influência sobre

os preços controversos neste processo.

O **Consórcio contratado**, em vez disso, **insistiu na apresentação de novas impugnações** aos critérios adotados pela Secob. Mais uma vez foram respondidas suas indagações e apresentados novos cálculos. É certo que se pode esperar nova impugnação. (grifos acrescidos)

8. Em complemento, é oportuno descrever um trecho de texto disponível em apostila do curso de Tomada de Contas Especial promovido por essa Corte de Contas, reproduzido no Relatório que fundamentou o Acórdão 665/2011-TCU-1ª Câmara (item 6.2 da análise):

O princípio do *in dubio pro reo* não é cabível nos processos do TCU, porque, diferentemente do direito civil, em que a boa-fé é presumida, **nos processos referentes à comprovação de utilização regular de recursos públicos ocorre a inversão do ônus da prova**, de modo que não cabe ao Tribunal de contas provar a culpa do agente público, mas antes **exigir** do gestor que **comprove** a boa e regular aplicação dos recursos públicos sob sua responsabilidade. Caso o gestor não logre produzir tal **prestação de contas**, restará **presumida sua culpa**.

9. Desta forma, ao invés de as empresas comprovarem que não houve fraude à licitação, tentaram, de outras formas, atacar a forma com que foram apontadas as irregularidades, o que, detalhadamente, foram devidamente analisadas e refutadas.

10. Como resultado, a equipe propôs, então, a aplicação da pena de declaração de inidoneidade para contratação com a Administração Pública Federal à todas as empresas integrantes do Consórcio Angramon, com fundamento no art. 46 da Lei 8.443/1992 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União - LOTCU), pelo período máximo previsto, que é de 5 anos. A excessão ficou por conta da atenuante aplicada à CCCC, tendo em vista que, diversamente das demais empresas, admitiu a sua participação e celebrou acordos de cooperação com o MPF/PR e com o CADE, o que possibilitou dar mais robustez aos apontamentos efetuados por esta Colenda Corte de Contas. Com isso, considerou-se uma dosimetria da pena de inidoneidade, a título de atenuante, e propôs-se redução em 2/3 da pena, de 5 anos para **até 1 (um) ano e 8 (oito) meses**.

11. Estou de acordo com a análise e proposta da equipe técnica, que realizou um excelente trabalho, com algumas considerações apenas quanto à proposta de encaminhamento. Devido à relevância, complexidade e particularidade do tema, cabe aqui destacar alguns pontos, em especial a respeito dos 5 anos da penalização de inidoneidade para contratação com a Administração Federal e da atenuação dada pela análise da dosimetria.

12. O Brasil vive um momento único no combate à corrupção, às fraudes às licitações, formação de cartel e pagamento de propinas por construtoras aos agentes públicos e políticos. O trabalho do TCU e da Operação Lava Jato, bem como demais envolvidos nessas operações, têm começado a desmontar um esquema criminoso que já perdurava há décadas em nosso país. Não há dúvidas de que as colaborações (sob forma de acordos de leniência e acordos de delação premiada) tiveram papel fundamental no fornecimento de provas e evidências que permitiram mais efetividade no trabalho dos órgãos de controle.

13. Estes fatos contextualizam a importância do presente processo e das decisões dele oriundas. É preciso ser duro para que empresas e pessoas físicas que vêm fraudando licitações não fiquem impunes. Por outro lado, é necessário incentivar e consolidar no Brasil os instrumentos de colaboração, a exemplo da leniência, que permitirão que outros casos sejam detectados e combatidos. O ponto crucial é aqui atingir um equilíbrio entre o incentivo às delações e leniências e as punições para que o crime não compense, especialmente do ponto de vista econômico (incentivos e desincentivos).

14. Dessa forma, o disposto no art. 46, da Lei 8.443/1992: ‘verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação’, é claro ao afirmar que o Tribunal ‘**declarará a inidoneidade do licitante fraudador (...)**’. Considerando a amplitude dos danos causados pelo esquema fraudulento, com repercussão inclusive internacional, e acrescentando o comando decorrente do Poder Constituinte Originário (art. 71, inciso VIII, da CF/1988) para que o TCU aplique a corrigenda necessária aos infratores, **entende-se que deixar de aplicar qualquer sanção à empresa infratora seria descumprir o comando do artigo 46 da Lei Orgânica do TCU**.

15. Se a celebração de acordo de colaboração nas esferas criminal e cível implicar a completa anistia da aplicação de sanções pelo TCU, tal instrumento não seria um elemento de combate à corrupção e sim um elemento de incentivo à prática de atos administrativos ilícitos. A punição de inidoneidade para empresas fraudadoras de licitação não pode existir apenas no papel, ela deve ser efetivamente aplicada, com o rigor expresso no comando legal, mas seguindo o princípio da proporcionalidade.

16. Ademais, os acordos, por mais eficientes que possam ser, não elidem ou excluem do mundo jurídico a ocorrência do ato ilícito ou a sua ilicitude que, frise-se, ocasionou de forma gravosa e reiterada significativos prejuízos à sociedade, a qual espera do TCU a aplicação rigorosa da sanção em razão dos ilícitos, em respeito à Constituição de nosso país.

17. Mas, por outro lado, sem os referidos instrumentos de leniência celebrados pelo MPF e CADE, muito provavelmente não se teria fartos elementos comprobatórios dos esquemas de cartel, corrupção e de fraude à licitações públicas, pois são provas que não podem ser obtidas por meios tradicionais, uma vez que ficam adstritas às pessoas e empresas envolvidas nos esquemas. Assim, os acordos de leniência e de colaboração premiada **podem ser considerados pelo TCU como elementos atenuantes**. Adicionalmente, dever-se-á sopesar, para fins de aplicação das penas, o fato de ter sido a CCCC a primeira empresa a confessar os ilícitos neste processo, o que inegavelmente tende a contribuir nas análises de mérito vindouras do processo original.

18. Não obstante, punir empresas lenientes, da mesma maneira que outras não lenientes, pode prejudicar a atratividade desse mecanismo, podendo até mesmo inviabilizar sua futura utilização.

19. Conforme se sabe, outras empresas estão em processos de acordos junto ao Ministério da Transparência e Controladoria Geral da União (CGU) ou com o Ministério Público Federal, e que a aplicação da pena no limite máximo de 5 anos poderá prejudicar o instrumento intitulado Leniência. Dessa forma, a suspensão da aplicação da pena às empresas que se encontram em processo de Acordo parece uma medida adequada, no sentido de incentivar a utilização desse instrumento, não para sua proteção, mas sim para a colaboração com a administração pública no desenrolar de complexos processos pelos quais apuram-se diversas irregularidades decorrentes das fraudes cometidas por essas empresas.

20. No presente caso, sabe-se que a CCCC foi a primeira empresa a firmar Acordo de Leniência que, no caso, foi com o CADE, denunciando a formação de cartel e a ocorrência da fraude na licitação das obras de montagem eletromecânica de Angra 3. Sem dúvida, sua conduta foi ímpar na delimitação e comprovação da fraude.

21. Assim, além da aplicação da redução da pena em pelo menos 2/3, conforme proposta do auditor que subscreve a instrução, a suspensão dessa pena, pelo período em que a empresa estiver colaborando com as autoridades públicas (frise-se, todas as autoridades públicas) pode ser um fator atrativo para que as empresas, de fato, esclareçam e resolvam, com o poder público, as pendências provocadas por seus atos ilícitos, especialmente os débitos que encontram-se apontados em processos neste Tribunal de Contas.

22. Ademais, apenar em 5 (cinco) anos as demais empresas que podem estar em processo de colaboração com a administração pública, nesse ou em outros casos, pode ser um fator desmotivador para que essas empresas venham a colaborar. Assim, caso venham a comprovar ao TCU que se encontram efetivamente colaborando junto ao poder público, frise-se, com assinatura de acordos de leniência, a suspensão da pena pode ser um fator ainda mais motivador para que as empresas possam colaborar, definitivamente, com a administração pública. Pois, ao impedir o TCU de exercer sua missão constitucional de recuperar os recursos públicos desviados, automaticamente a empresa será declarada inidônea no limite máximo legal, o que é proporcional à gravíssima ilicitude cometida.

23. Por fim, cumpre mencionar que a presente instrução não abarca qualquer apuração de débito, dano ao erário ou prejuízos decorrentes do cartel - que serão analisados em Tomada de Contas Especial específicas. No entanto, a aplicação da pena de inidoneidade pelo TCU, de forma bem calibrada, pode ser a ferramenta para permitir uma otimização na quantificação e recuperação do

dano. Nada impede que esta pena possa ser revista em momento futuro de instrução da Tomada de Contas Especial, caso a empresa se comprometa a fornecer os dados requeridos pelo TCU, e efetivamente colaborar para correta quantificação do débito.

Encaminhamento

24. Diante do exposto, manifesto-me de acordo com a proposta de encaminhamento do auditor. Concorro com a proposta de aplicação da pena de declaração de inidoneidade para contratação com a Administração Pública Federal à empresa Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A., de até 1 (um) ano e 8 (oito) meses, referente à pena inicial de 5 (cinco) anos reduzida de 2/3 em razão das circunstâncias atenuantes, bem como pela aplicação da pena máxima de 5 (cinco) anos às demais empresas integrantes do consórcio Angramon.

25. No entanto, proponho adicionalmente a suspensão da aplicação da pena para todos os casos em que, comprovadamente, via acordos de leniência, as empresas passem a colaborar efetivamente com as apurações de débito em curso nesta Corte de Contas.”.

4. Em acréscimo, o titular da unidade instrutora apresentou as seguintes considerações (peça 331):

“Primeiramente, gostaria de ressaltar a qualidade técnica da instrução realizada no âmbito da 1ª Diretoria, a qual analisou detalhadamente cada um dos argumentos apresentados em cada uma das sete manifestações individuais das empresas do consórcio Angramon, em pleno respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa. A instrução traz elementos que levam à convicção, acima de qualquer dúvida razoável, acerca do nível de sofisticação dos ilícitos praticados contra a União, que é a vítima de todo o processo.

As provas indiciárias que comprovam a fraude são várias, concordantes e convergentes, conforme disposto nos Votos condutores dos Acórdãos 630/2006 e 1262/2007, ambos do Plenário, seguindo o julgado RE nº 68.006-MG do Supremo Tribunal Federal. Nessa mesma linha de raciocínio, o Voto condutor do Acórdão 57/2003-TCU-Plenário já esclarecia que a ‘prova inequívoca’ de conluio entre licitantes é algo extremamente difícil de ser obtida, já que acertos desse tipo não são suportados por qualquer tipo de registro escrito, e que o TCU não adota procedimentos de escuta telefônica. Assim, a fim de que o art. 46 da Lei 8.443/1992 não se transforme em ‘letra morta’, pode e deve este Tribunal declarar a inidoneidade com base na prova indiciária. De todo modo, no presente caso concreto, existe a confissão, além de farta documentação e da própria sentença condenatória da 7ª Vara Federal Criminal no Rio de Janeiro (Operação Radioatividade).

O desafio para o encaminhamento da proposta por esta unidade técnica reside basicamente em como aplicar o princípio da proporcionalidade na definição da sanção a ser aplicada às empresas envolvidas em um esquema de fraudes às licitações que se revelou de natureza continuada e de magnitude sem precedentes na história desta Corte de Contas. Neste processo, cabe a esta unidade técnica ponderar adequadamente os agravantes e os atenuantes de conduta presentes no caso concreto.

Ao longo do histórico de quase uma década de acompanhamento do empreendimento da usina nuclear de Angra 3, desde a retomada de contratos da década de 80, passando pela licitação de novos serviços e fornecimentos, e culminando na conturbada execução das obras, as quais se encontram paralisadas por falta de recursos desde outubro/2015, inúmeras irregularidades foram evidenciadas por esta Corte de Contas. As várias referências aos trabalhos do TCU na denúncia empreendida pelo Ministério Público Federal no âmbito da Operação Radioatividade (desdobramento da 16ª fase da Operação Lava Jato) comprovam a estreita colaboração entre os órgãos de controle. De igual modo, escutas autorizadas judicialmente demonstraram que houve embaraço aos trabalhos do TCU realizados em 2016, fornecendo provas que colaboraram nas investigações e deflagração da Operação Pripyat (sequência da Radioatividade), por meio da qual foi revelado que o esquema criminoso que operava na Eletronuclear iria muito além da atuação de seu ex-presidente (afastado em 2015), atingindo também outros Diretores e Superintendentes da estatal. Esses ex-funcionários se encontram presos preventivamente desde julho/2016, por ordem da 7ª Vara Federal Criminal, no Rio de Janeiro, conforme detalhadamente abordado neste e nos demais processos abertos (TC 002.651/2015-7 e TC 021.542/2016-3).

Particpei das auditorias à época da retomada das obras, seja integrando a equipe do Fiscobras 2008 (cujas discussões de preços se estenderam ao longo do ano de 2009), seja supervisionando a auditoria do Fiscobras 2010 (quando a obra civil ainda se encontrava na etapa de fundações). Retornei a auditar o empreendimento no Fiscobras 2016, como coordenador da equipe. Nesse sentido, testemunhei anos de exaustivo embate entre o TCU e os antigos gestores a Eletronuclear, que contavam com o apoio das empresas contratadas, especialmente no campo da defesa do superfaturamento apontado pelas auditorias nas obras, consequência mais evidente do ambiente de fraudes e corrupção generalizada. Posso, portanto, confirmar que as Operações Lava Jato, Radioatividade e Pripyat chegaram trazendo novos e indispensáveis elementos de provas, permitindo também ao TCU e à própria Eletronuclear, descortinar um cenário inimaginável de cartelização e fraudes em praticamente todas as licitações para a contratação dos principais projetos e obras do empreendimento de Angra 3, notadamente nas etapas de construção civil e de montagem eletromecânica. Além dos custos com os desvios de recursos em si, foram enormes os prejuízos com a perda de receita de venda de energia (estimados em bilhões de reais devidos aos mais de 5 anos de atrasos do empreendimento), sem falar nos custos das investigações internas para apurar os responsáveis pelo esquema de corrupção (contratação da empresa americana Hogan Lovells pela Eletrobras, por mais de R\$ 20 milhões, para investigar os ilícitos em Angra 3).

Apesar de todo o histórico de irregularidades, confirmadas pela própria Eletronuclear, que anulou de ofício os contratos de montagem eletromecânica, por conta das fraudes à pré-qualificação e à licitação dela decorrente, é possível afirmar que as análises lançadas pela subunidade técnica são de fato pioneiras, inovadoras. Isso porque é de fato escassa a jurisprudência existente nesta Corte de Contas sobre a aplicação da declaração de inidoneidade por fraude à licitação (art. 46 da Lei 8.443/1992), especialmente nas grandes obras públicas.

Manifesto desde logo minha concordância com as análises do auditor-instrutor e do titular da subunidade técnica. Contudo, diante da inquestionável relevância do tema, entendo pertinente apresentar algumas considerações adicionais, para, ao final, ofertar proposta de encaminhamento consolidada.

1- Balizadores jurisprudenciais de utilidade para a dosimetria da sanção-base de inidoneidade

O auditor-instrutor bem ponderou que, dada a extrema gravidade do caso, todas as empresas envolvidas estariam inicialmente sujeitas à pena máxima de 5 (cinco) anos como sanção-base.

Com efeito, a jurisprudência do Tribunal acolhe essa dosimetria, cabendo exemplificar por meio do Acórdão 1015/2013-TCU-Plenário, o qual, seguindo proposta da Secex-AL, deliberou pela aplicação da pena máxima de cinco anos diante do caso concreto de fraude à licitação.

Noutro giro, no relatório que fundamentou o Acórdão 299/2013-TCU-Plenário, após esclarecer que ‘a própria natureza da irregularidade - conluio entre licitantes - impede que se reconheça a boa-fé’, a Secretaria de Recursos do TCU (Serur) apresenta entendimentos que podem contribuir para discussões a respeito da dosimetria do prazo de inidoneidade. A título ilustrativo, foi trazido precedente mais brando no TCU, que imputou 1 (um) ano de inidoneidade (Acórdão 630/2006-TCU-Plenário), enquanto no caso do Acórdão 2.018/2010-TCU-Plenário os prazos foram medianos, pois as empresas que fraudaram uma única licitação foram condenadas a 2 anos, enquanto outra empresa que fraudou duas licitações foi condenada em 3 anos. Tal exemplo evidencia certo abrandamento da pena incremental para a licitação adicional fraudada, não duplicando a pena original ($2 + 2 = 4$ anos), mas sim a acrescentando em apenas 50% ($2 + 1 = 3$ anos).

A Serur também pondera, no mesmo relatório que antecedeu o julgado de 2013, que ‘tratando-se, pois, de licitações com valores diferentes, justifica-se a aplicação da penalidade por prazos diferentes’. Embora tenha sido encontrado precedente de declaração de inidoneidade por apenas 6 (seis) meses (Acórdão 1782/2012-TCU-Plenário), esta não é a regra, a exemplo do caso julgado inicialmente Acórdão 2.018/2010-TCU-Plenário, no qual as sanções entre 2 (dois) e 3 (três) anos se referiam a licitações da ordem de dezenas de milhares de reais. Nesse sentido, é autorizado inferir que, no presente caso concreto, no qual as licitações envolvem recursos da ordem de muitos bilhões de reais, com superfaturamentos também nessa ordem de grandeza, não se pode estipular outra

pena-base que não seja a máxima de 5 (cinco) anos, em pleno acordo com a manifestação do auditor-instrutor.

Nesse sentido, ressalto que foram apurados em processos nesta Corte cerca de R\$ 4,2 bilhões em superfaturamento, apenas em contratos nas obras da Rnest, Repar e Angra 3, pelos quais boa parte foram contratados com as mesmas empresas que estão, agora, a sofrer as devidas sanções por fraude. Considerando a gravidade dos danos causados à administração pública, esse prazo de cinco anos seria até mesmo pequeno.

2- Critérios para a redução da sanção-base diante de vetores atenuantes da conduta

Ocorre que o ponto de maior discussão da instrução é aquele no qual se propõe a redução da sanção-base da empresa que se dispõe a colaborar com a Administração Pública.

O critério adotado pela instrução buscou a analogia com a condição atenuante da confissão prevista no art. 65, inciso III, alínea 'd', do Código Penal Brasileiro. No tocante à dosimetria, ponderou o auditor-instrutor que o critério mais objetivo possível seria o disposto no art. 16, §2º, da Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção - LAC), o qual resultaria na redução de pelo menos 2/3 da pena de declaração de inidoneidade de contratar com a Administração Pública Federal. Consignou, no entanto, que tal critério seria aplicável apenas à empresa CCCC, em face de já ter admitido ao TCU sua participação no ilícito e de ter dado relevante contribuição por meio dos acordos celebrados com o MPF e com o CADE, os quais foram aproveitados de forma complementar para as análises nestes autos.

Com efeito, de acordo com o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942), tem-se que 'quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito', de modo que a análise seguiu as orientações aplicáveis ao caso concreto, no qual a Lei não fixa um critério para estabelecimento do período de inidoneidade.

Não obstante a analogia adotada pela instrução ser razoável, há que se reconhecer que outras analogias são possíveis, de acordo com o arcabouço legal vigente. A título ilustrativo, com vistas a se ter uma ideia da *mens legis* na fixação de limites mínimos de penas, com vistas a aplicar o princípio da proporcionalidade, seria possível comparar (i) as sanções de inidoneidade decorrentes de fraudes, que afastam as pessoas jurídicas do mercado de obras públicas (executadas com recursos federais), com (ii) as penas de detenção aplicadas às pessoas físicas, que afastam o indivíduo do convívio social, conforme disposições dos arts. 90 e 96 da Lei. 8666/1993:

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

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

(...)

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

I - **elevando** arbitrariamente **os preços**;

(...)

V - tornando, por qualquer modo, **injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato**:

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

Observa-se que a pena mínima a ser aplicada às pessoas físicas que atuam em fraudes à competitividade da licitação, mediante conluio, é de 2 anos, o que indica que a proposta do auditor se encontra próximo do mínimo estabelecido pelo legislador. Entretanto, no caso concreto, além da fraude que levou à adjudicação do objeto, há indícios de que a proposta e a execução do contrato estariam injustificadamente onerosas à Eletronuclear, estimados inicialmente em R\$ 78 milhões (na

data-base contratual, de fevereiro/2013, segundo relatório inicial de consultoria independente, visando encontro de contas para encerramento do contrato). Esse valor se deve apenas ao superfaturamento de serviços medidos, que correspondeu a apenas 10% de execução contratual. Assim, a pena mínima seria da ordem de 3 anos, pois caberia observância analógica do art. 96, incisos I e V. Nessa condição de dosimetria alternativa, revela-se bastante vantajosa à empresa a proposta de 1 ano e 8 meses calculada pela instrução, evidenciando que a situação da empresa após a leniência é bem melhor do que aquela situação na qual se encontraria se não tivesse colaborado com os órgãos de controle.

3- Considerações preliminares sobre os potenciais efeitos da declaração de inidoneidade do TCU sobre o cumprimento dos acordos de leniência celebrados pelo MPF

É importante compreender a extensão dos efeitos da sanção de inidoneidade aplicada pelo TCU.

Primeiramente, é necessário consignar que ela não atinge o andamento dos contratos vigentes que contem com recursos federais. Na prática, é sabido que as empresas já sofrem com a falta de pagamentos do governo federal, bem como com problemas para obtenção de crédito, mas a causa desses problemas não pode ser atribuída às ações dos órgãos de controle, mas sim à grave crise econômica, que provoca a escassez de crédito no sistema financeiro de um modo geral, associada ao evidente déficit fiscal nas três esferas de governo.

Outro ponto a considerar é que o efetivo cumprimento da sanção de inidoneidade ocorrerá somente após o trânsito em julgado da deliberação.

Adicionalmente, nos termos do Acórdão 348/2016-TCU-Plenário, de caráter normativo, os efeitos da sanção se estendem apenas às licitações realizadas com recursos federais, ainda que provenientes de transferências voluntárias da União, não abarcando, portanto, os recursos próprios dos demais entes federativos, cuja competência fiscalizatória recai exclusivamente sobre os respectivos Tribunais de Contas Estaduais e Municipais.

A mesma decisão do ano passado tratou do alcance e limite temporal da cumulação de declarações de inidoneidade pelo TCU a um mesmo agente privado, assentando a necessidade de somatório dos tempos de condenações em cada caso concreto, porém limitando tal cumulação ao limite máximo de 5 (cinco) anos previsto no art. 46, interpretação esta lastreada na aplicação analógica do art. 75, §§ 1º e 2º, do Código Penal Brasileiro.

Conforme informações obtidas nos Autos nº 5051170-64.2016.4.04.7000 (Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa), que tramita na 11ª Vara Federal, em Curitiba/PR, em 17 de agosto de 2015 foi celebrado acordo de leniência entre o Ministério Público Federal e a empresa CCCC, integrante do grupo capitaneado pela 'holding' Camargo Correa S/A, o qual foi homologado pelo Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba em 1 de outubro de 2015.

No âmbito do referido acordo de leniência a CCCC, teria se comprometido (i) a apresentar documentos e informações relevantes às investigações, cooperando permanentemente 'com o MPF e outras autoridades', (ii) a cessar suas participações nos fatos narrados, (iii) a implantar programa de *compliance* segundo padrões internacionais, dentre outras medidas. Na esfera patrimonial, o MPF ressaltou o acordo pelo pagamento de R\$ 700 milhões, como multa cível em nome das empresas e todos os seus prepostos beneficiados. Observa-se que o acordo prevê o dever de os signatários contribuírem com investigações na **esfera cível**:

Cláusula 2ª. O **interesse público** é atendido com a presente proposta tendo em vista a necessidade de conferir efetividade à **persecução criminal e cível** de outras pessoas físicas e jurídicas suspeitas e ampliar e aprofundar, em todo o País, as investigações em torno de **crimes** contra a Administração, contra o Sistema Financeiro Nacional, **crimes** de lavagem de dinheiro e **crimes** contra a Ordem Econômica e Tributária, entre outros, inclusive no que diz respeito à **repercussão** desses **ilícitos penais** na esfera cível, **administrativa e disciplinar**. (destaques acrescidos)

O acordo também prevê que o MPF pleiteará nas ações de improbidade administrativa a não aplicação das sanções do art. 12 da Lei 8.429/92 em face das pessoas abrangidas pelo acordo:

Cláusula 8ª. O Ministério Público Federal - MPF, **considerando** a gravidade e a repercussão social

dos fatos apurados, e a **eficácia da colaboração acordada**, compromete-se: [...]

d) a **não propor** qualquer ação de natureza **cível** pelos fatos ou condutas revelados em decorrência deste Acordo de Leniência, contra a COLABORADORA, e/ou empresas de seu grupo econômico, incluindo aqui a Camargo Corrêa S/A, e/ou seus prepostos ou acionistas que venham a subscrever este Termo de Leniência, **uma vez cumpridas integralmente as condições impostas** neste acordo, conforme entendimento fundamentado do MPF, nos termos da alínea anterior. [...]

Parágrafo 2º. Por força do que é declarado no presente termo, o Ministério Público Federal, no âmbito de suas atribuições, considera **suficientemente satisfeitas as repercussões cíveis** desses ilícitos penais praticados em benefício de Construções e Comércio Camargo Corrêa S/A.

Parágrafo 3º. O MPF compromete-se a postular **apenas o reconhecimento declaratório** dos atos de improbidade administrativa, **sem aplicação de sanções**, aos fatos objeto da Ação Civil Pública de Improbidade proposta em relação a Construções e Comércio Camargo Corrêa S/A e Camargo Corrêa S/A em curso na Quinta Vara Federal de Curitiba (autos nº 5006717-18.2015.404.7000). (destaques acrescidos)

Por abarcar repercussões na esfera cível, o acordo foi também submetido e homologado pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF, em seus efeitos cíveis, cabendo observar que em momento algum o Acordo de Leniência do MPF se propôs a anistiar sanções de natureza administrativa, como a declaração de inidoneidade do art. 46 da Lei Orgânica do TCU, muito menos se tratou de qualquer tipo de transação referente ao ressarcimento do débito resultante dessas fraudes.

4- Necessidade de as empresas lenientes colaborarem com o TCU e os demais órgãos da Rede de Controle para o cálculo do débito

Na sessão Plenária do TCU de 2/12/2015, diversos Ministros se pronunciaram enfaticamente sobre a necessidade de agilidade no cálculo do débito envolvendo as obras públicas nas quais foram identificadas inúmeras fraudes. Recordo-me claramente que o Ministro Benjamin Zymler ressaltou que, à época, o Projeto de Lei que alteraria o rito de celebração de acordos de leniência no âmbito da Lei Anticorrupção era extremamente danoso ao interesse público, na medida em que alijava o TCU do processo, ao passo que os Ministros Augusto Sherman e André Luís ressaltavam a possibilidade de responsabilização pessoal de agentes públicos que firmassem acordos de leniência dando quitação em valores que se mostrassem abaixo do débito real a ser apreciado por esta Corte de Contas, no âmbito das Tomadas de Contas Especiais.

A necessidade de as empresas colaborarem para descortinar as irregularidades de superfaturamentos decorrentes das fraudes é ponto pacífico entre os órgãos da rede de controle.

Na esfera administrativa os acordos são celebrados pelo Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria (CGU), com base na Lei 12.846, de 2013 (Lei Anticorrupção), sendo o acompanhamento de tais acordos regulamentado pela IN 74/2015, que prevê a manifestação do TCU sobre a legalidade, legitimidade e economicidade dos termos do acordo em suas distintas fases.

Embora o TCU não venha atualmente empreendendo fiscalizações sobre os acordos de leniência firmados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, uma vez que as eventuais sanções impostas pelo CADE a pessoas físicas e jurídicas privadas se limitam ao ilícito administrativo de cartel (Lei 12.529/2011 - Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência), essa possibilidade não é descartada.

Com efeito, há que se destacar que o TCU vem buscando atuar em sinergia com o CADE, especialmente nas questões envolvendo os cálculos dos danos causados pelos cartéis quando atuam visando fraudar licitações públicas. Exemplo disso foi o estudo econométrico apreciado pelo Acórdão 3.089/2015-TCU-Plenário.

Nesse sentido, os montantes de superfaturamento apurados nos contratos auditados pelo TCU, e impactados pela ação do Cartel, devem ser considerados quando da dosimetria da multa aplicada pelo CADE. Isso porque o artigo 37, inciso I, da Lei 12.529/2011 indica a punição dos

responsáveis com multa que ‘nunca será inferior à vantagem auferida’, nos casos de conluíus visando fraudes às licitações, como aquele prejuízo causado à Administração Pública Federal.

A busca por parâmetros criteriosos de sanção, visando desincentivar a corrupção, é objetivo comum tanto do TCU quanto do CADE. Nas palavras da doutora Cristiane Alkmin, Conselheira do CADE: ‘para se chegar a uma **sanção dissuasória** [que desestimule a empresa a participar de cartéis e fraudes] e **proporcional ao dano** causado à sociedade, **não há como evitar a estimação do dano**’ (Voto no Processo nº 08012.002568/2005-51, com destaques acrescidos).

É pacífico que o TCU não fiscaliza a celebração de acordos de leniência pelo Ministério Público, uma vez que se trata de atividade finalíssima vinculada ao exercício da atividade jurisdicional de tal instituição, com efeitos de natureza cível e criminal. Não obstante, no que tange ao cálculo do débito, cabe resgatar posicionamento da 5ª CCR/MPF, consignado no Voto nº 9212/2016, da lavra da Subprocuradora-Geral da República Mônica Nicida Garcia, o qual traz relevantes entendimentos acerca dos acordos celebrados pelo MPF (inquérito civil nº 1.30.001.001111/2014-42 - acordo de leniência com a empresa SBM Offshore).

Primeiro, a 5ª CCR confirma que, no âmbito da improbidade administrativa, são admitidos acordos que ‘envolvam a atenuação das sanções da Lei 8.429/92, ou mesmo sua não aplicação, a fim de **dar congruência ao microsistema de combate à corrupção** e de **defesa do patrimônio público** e da **probidade administrativa**, sistema esse que já contempla a possibilidade de realização de **acordos de delação ou colaboração premiada** no âmbito criminal’. Aduz ainda que, ‘se os acordos podem ser celebrados numa seara [penal], devem poder sê-lo na outra [improbidade administrativa], conforme preconizam, inclusive as **convenções internacionais** de que o Brasil é signatário [convenções de Palermo e de Mérida]’ (destaques acrescidos).

O mesmo Voto defende que, na esfera de competência do MPF, ‘o **acordo de leniência** é, antes de mais nada, **instrumento de investigação**’, de tal forma que ‘quando celebrado, devem ficar **evidenciados** quais os **benefícios** para a investigação, e **em quais esferas de responsabilização**’, acrescentando, por fim, que ‘**não é possível dar quitação total à pessoa jurídica causadora de dano se não houver total e absoluta identificação desse dano, em toda a sua extensão, e sua respectiva reparação**’ (destaques acrescidos).

Nesse sentido, acrescenta a ilustre Subprocuradora-Geral da República que ‘caso não se tenha essa precisa identificação e quantificação do dano decorrente das práticas ilícitas, **o acordo de leniência deverá deixar expresso que a pessoa jurídica não está isenta da obrigação de reparar integralmente o dano causado**, no que se refere às práticas ilícitas que reconheceu ter adotado’ (destaques acrescidos).

Por fim, é opinião da 5ª CCR que ‘na celebração de acordos pelo Ministério Público seja de colaboração premiada, seja de leniência no âmbito não-criminal, de extrema importância que sejam desde logo, **consideradas todas as esferas de responsabilização**, para fins de identificação dos ilícitos, seus autores, as provas respectivas, as **sanções aplicáveis**, não sendo razoável que as negociações em uma esfera se deem independentemente de outra; a atuação integrada - senão concentrada no mesmo órgão, como propugnado por esta Câmara de Coordenação e Revisão, ao demandar de todas as unidades a criação dos Núcleos de Combate à Corrupção - pode garantir que os acordos interessem e sejam aproveitados tanto em uma esfera quanto noutra, **evitando o risco de eventuais contradições e incompatibilidades**, que possam representar **risco à segurança jurídica**’ (destaques acrescidos).

Entendida a necessidade de que as empresas lenientes colaborem com o Poder Público Federal não apenas no que tange às investigações criminais, mas também no que tange ao devido ressarcimento ao erário, passa-se a apresentar outros pontos que reforçam a importância de se condicionar a aplicação da sanção de inidoneidade à efetiva colaboração das empresas para a definição do débito.

5- Considerações sobre os impactos da aplicação de inidoneidade pelo TCU sobre os acordos de leniência já firmados conforme contribuições das reuniões técnicas com representantes da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (5ª CCR/MPF) e da Força-Tarefa da Operação Lava-Jato de Curitiba/PR (FT-OLJ/MPF)

A deliberação exarada na sessão do Plenário ocorrida em 2/12/2015 determinou a ‘criação de unidade extraordinária de controle externo voltada para as operações anticorrupção em curso no país’, na mesma linha da comunicação Plenária realizada pelo Ministro Benjamin Zymler na sessão de 26/8/2015, na qual ressaltou a ‘necessidade de dar celeridade às instruções de mérito de processos relacionados à operação de investigação judicial denominada Lava Jato’ a fim de que o TCU possa ‘dar uma resposta ágil aos graves fatos que estão sendo descortinados no bojo desse processo investigativo [OLJ]’.

Naquela mesma sessão de agosto/2015, o comunicado do Exmo. Ministro ainda ressaltou que, por meio do Acórdão 1990/2015-TCU-Plenário, esta Corte de Contas ‘aprovou novo procedimento para apuração dos prejuízos sofridos pela Petrobras, consistente na utilização de documentos oriundos da quebra de sigilo comercial e fiscal decretada pela Justiça Federal’, o que ‘demandará a análise de milhares de documentos fiscais e comerciais, referentes a dezenas de processos, envolvendo recursos da ordem de bilhões de reais’, ressaltando ainda a necessidade de ‘minucioso trabalho para a definição da cadeia de responsabilidade por eventuais débitos apurados’ e reconhecendo, por fim, ‘a especificidade e a complexidade das contratações da Petrobras, o que faz com que a curva de aprendizado de nossos auditores seja percorrida de forma mais árdua do que em outras áreas de atuação desta Corte’.

Após esse breve histórico, cabe destacar que esta secretaria foi instituída ao final de dezembro/2015 (Resolução TCU nº 275/2015), tendo sido assim regulamentada uma das suas principais competências (art. 32, inciso I, da Portaria Segecex nº 5/2017): ‘instruir processos e realizar fiscalizações na área de infraestrutura, que tratem de **objeto conexo** à denominada **Operação Lavajato** ou a outras operações e procedimentos nas instituições da **rede de controle**, que exijam **contato estreito e continuado com agentes dessas instituições**, bem como acesso privilegiado a dados e documentos sigilosos oriundos das investigações realizadas ou em curso’.

Fazendo uso dessa competência, e objetivando colher elementos para o pronunciamento célere desta unidade técnica, os auditores da SeinfraOperações realizaram duas reuniões técnicas com o MPF, nos dias 7/3 e 15/3/2017.

5.1 - Reunião com a 5ª CCR/MPF

A primeira reunião ocorreu com a presença do Coordenador e da Secretária-Executiva da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão, Subprocurador-Geral da República Marcelo Moscolliato e Procuradora da República Renata Ribeiro Baptista. Na reunião foi aventada a necessidade de se preservar o estímulo dado às empresas para a assinatura de novos acordos de leniência, com vistas a alavancar as investigações no âmbito da Operação Lava Jato e de outras associadas.

Ao final do encontro com a 5ª CCR foi sugerida uma reunião diretamente com os membros da força-tarefa da Operação Lava Jato.

5.2 - Entrevista do Coordenador da 5ª CCR

Há que se observar que o principal argumento das empresas lenientes, ao se manifestar perante o TCU, visando pleitear a extinção da punibilidade, é o de que o efeito da inidoneidade sobre a sobrevivência de empresa teria altíssimo impacto. Nesse sentido, é interessante observar as opiniões emanadas pelo Coordenador da 5ª CCR/MPF em entrevista de 10/3/2017, ao jornal Valor Econômico (disponível em: <http://www.valor.com.br/politica/4894508/leniencia-nao-existe-para-destravar-credito-diz-pgr>).

Naquela oportunidade, foi esclarecido que ‘acordo de leniência não existem para destravar crédito [com o BNDES por exemplo] nem para salvar empresa’, destinando-se ao foco específico de produção de provas com resultado útil para ‘desmantelar crime organizado’, além de ‘num segundo momento a preocupação com a aplicação da multa para ressarcimento de dano ao erário’. Para reforçar essa afirmação, acrescentou que em 2015 houve uma medida provisória com a intenção de salvar as empresas, e que ‘tem manifestação da PGR em ação declaratória de inconstitucionalidade afirmando que a leniência tem como finalidade a investigação’.

Nesse sentido, é possível depreender que tanto a prática de infrações contra a administração pública

quanto o posterior reconhecimento dessa prática, com vistas a celebrar acordo que vise reduzir punições, são na verdade ‘risco para fazer negócio’. Adiciona ainda que o verdadeiro risco seria o das empresas virem a ‘precificar a corrupção’, pois sabendo-se que o preço a se pagar para se manter calado é baixo, ou que o preço por colaborar é alto demais (comparado com baixos benefícios), então ‘corruptor e corrupto não vão mais se ver obrigados a fornecer provas uns contra os outros para diminuir suas penalidades’, pois a ‘corrupção é um custo de transação’. E vai além, ao registrar que os riscos assumidos pelas empresas que agiram de forma contrária à Lei são ainda maiores, pois há ‘o risco de pedido de indenização por parte de investidor privado ou pessoa privada prejudicada naquele negócio’.

Reconhece a 5ª CCR que o interesse do MPF pela leniência é diferente do interesse de AGU e CGU, que possuem foco no aspecto administrativo, embora haja uma conversa permanente entre MPF e AGU, CGU, TCU e os outros órgãos de controle. Complementa que ‘se a empresa firmou leniência, ela tende a agir de forma mais honesta do que no passado’, pois ‘tem uma espada sobre a cabeça’, e, assim, ela seria ‘mais confiável do que uma que não tenha feito leniência’. Do ponto de vista do empresário, acrescenta ser necessário que as empresas percebam que estão ‘melhores do que antes para fazer negócio’, pois ‘depois de uma leniência há um atestado de que eles estão comprometidos com um compliance, com a ética’ e que ‘o risco de fechar negócio com uma empresa leniente é muito mais baixo do que o risco de fazer negócio com uma empresa não leniente’. Em síntese, sob um olhar mais amplo, finaliza afirmando que ‘o combate à corrupção é que gera riqueza porque baixa custo de transação; não é da natureza dos negócios sadios, das empresas sadias, corromper; quanto menos corrupção, menor o custo da empresa e mais eficiente ela é, melhor salário ela paga, mais negócios ela desenvolve e mais investimento ela faz’.

A opinião de que a leniência não existe para destravar o crédito das empresas é compartilhada pela Advogada-Geral da União (AGU), Grace Mendonça, também em entrevista ao Valor Econômico (fonte: <http://www.valor.com.br/brasil/4889974/para-agu-acordo-de-leniencia-nao-destrava-credito-do-bndes>).

5.3 - Reunião com a Força-Tarefa da Operação Lava Jato/MPF (FT-OLJ)

Na segunda reunião técnica que a equipe da Seinfra Operações realizou com o MPF (15/3/2017), estiveram presentes a Subprocuradora-Geral da República Maria Hilda Marsiaj Pinto, representando a 5ª CCR/MPF e os integrantes da Força-Tarefa da Operação Lava Jato em Curitiba, Procuradores da República Deltan Dallagnol e Jerusa Burmann Viegas. O objetivo do encontro foi o de compartilhar visões e pressupostos envolvidos na celebração de acordos de leniência, especialmente com as empresas envolvidas nas fraudes às licitações da Petrobras e da Eletronuclear, bem como debater os potenciais impactos das declarações de inidoneidade do TCU para o ambiente de colaboração.

Nas discussões foi ponderado que, se considerado um microsistema de leis, e não apenas um único diploma normativo (como a Lei Orgânica do TCU), seria possível interpretação alternativa que evitaria a aplicação da penalidade imediata, mormente sendo caso excepcional que envolve fatos e provas que a empresa trouxe ao conhecimento dos órgãos de controle.

É como se os técnicos do TCU vislumbassem as árvores isoladamente, enquanto o MPF tivesse uma visão de toda a floresta, no que tange à extensão dos benefícios dos acordos de leniência para o desmantelamento de um esquema criminoso de magnitude ímpar.

O MPF foi taxativo ao afirmar que, sem as provas obtidas junto à pessoa jurídica, não seria possível avançar nas investigações sobre os crimes de corrupção. Segundo histórico, as evidências do processo inicial envolvendo a empresa CCCC se limitavam ao crime de lavagem de dinheiro. Registrando que a corrupção é um crime que se blinda, que ocorre entre quatro paredes, acrescentou ainda que, no caso das obras públicas, há maior dificuldade de se desvendar os ilícitos, pois estão associados à dissimulação dos desvios baseada em ‘justificativas técnicas’ em objetos de grande complexidade, o que é exatamente o caso das obras industriais da usina nuclear de Angra 3, assim como nas obras da Petrobras (Rnest, Repar, Comperj, dentre outras). Nesse contexto, ressaltou que o instrumento da colaboração da empresa é extremamente necessário para a alavancagem investigativa, com a produção de provas robustas, dada a complexidade dos conflitos

entre as empresas e a Administração Pública.

O coordenador da FT-OLJ explicou ser necessário criar uma significativa ‘diferença de potencial’ (situação antes e depois do acordo) que gere energia suficiente (benefício) para que a situação da empresa venha a ‘fluir’ de uma situação de conflito com os órgãos de controle para uma de colaboração (em uma analogia na qual o fluxo de água de uma cachoeira flui de cima para baixo, de forma espontânea, pela ação da gravidade).

Foi reconhecido por todos os presentes que o atual momento histórico é excepcional, exibindo um ambiente ainda muito incipiente de efetiva colaboração, cercado de insegurança jurídica. Em outras palavras, se não houver um benefício significativo para as empresas que já colaboraram, o ambiente de colaboração não se consolida, tendendo, ao contrário, à extinção. Acrescentou ainda que são mais de duas dezenas de empresas que se encontravam cartelizadas, e que apenas menos da metade sofreu investigação, de modo que há, sim, ainda muitas frentes investigativas a serem alavancadas por meio do instrumento do acordo de leniência, o qual, frisou novamente, não pode ser substituído somente pelas delações premiadas das pessoas físicas envolvidas.

O MPF lembrou que as empresas lenientes vêm afastando de suas gestões os executivos envolvidos em corrupção e serão monitoradas de forma independente, nos termos dos respectivos acordos, quanto ao cumprimento das cláusulas. Em caso de eventual descumprimento, o MPF adotará todas as medidas para a persecução criminal e improbidade administrativa, como se a empresa estivesse todo o tempo ‘com uma guilhotina sobre a cabeça’, o que estimula o cumprimento dos acordos.

Explicou ainda o coordenador da Lava Jato que a alavancagem das investigações se deu a partir da Lei 12.850/2013, que estabeleceu a colaboração premiada, levando à possível perdão judicial (art. 4º), a depender da efetividade das provas trazidas. Lembrando ainda que a Lei 8.429/1992 (improbidade administrativa) vedava acordos na área administrativa (art. 17, §1º), mas que ficou ultrapassada diante do cenário fático atual, foi lembrado que a Lei 8.443/1992 (LO-TCU) seria contemporânea à Lei de Improbidade e, portanto, em tese também daria sinais de estar ultrapassada em face do contexto atual.

Também foi feita a distinção entre os acordos de leniência das empresas CCCC e Andrade Gutierrez, que realizaram acordos de escopo limitado/definido, com o pagamento de R\$ 700 milhões e R\$ 1 bilhão, respectivamente, em contraposição ao acordo da Construtora Odebrecht, que teria celebrado um acordo amplo/irrestrito, se propondo a pagar algo da ordem de R\$ 7 bilhões. Foi ainda debatido que os montantes efetivamente já pagos podem, em tese, ser considerados como antecipação de restituição dos danos.

Diante de toda a discussão, foi debatida uma solução razoável para a questão, com base nos princípios constitucionais. Se por um lado não pode esta Corte de Contas deixar de condenar as empresas, em face da literalidade do art. 46 da LO-TCU, por outro lado o contexto atual, a indicar a necessidade de preservação de um ambiente propício à colaboração, não apenas com o MPF mas com o próprio TCU, exige soluções inovadoras no combate à corrupção.

Assim, entendeu-se ser viável a estipulação de alguma pena de inidoneidade, mesmo para as empresas que colaboraram, ainda que em patamar menor (quanto ao período de cumprimento da pena) do que em relação àquelas que nada acrescentaram às investigações. Por outro lado, foi aventada a possibilidade jurídica de suspensão da execução da pena, (i) inicialmente por um período definido, a fim de que a empresa apresente ao TCU um plano de confissão e de apoio no cálculo do débito (sendo discutido internamente pelos auditores da Seinfra Operações um prazo razoável de suspensão da ordem de 180 dias ‘até que sejam cumpridas as medidas de colaboração’, por analogia com o art. 4º, inciso IV e §3º); e (ii) suspensão estendida para um prazo maior, enquanto a empresa estiver cumprindo os acordos de leniência. A propósito, tais acordos inclusive já preveem a obrigatoriedade de a empresa colaborar com todos os órgãos de controle, incluindo o TCU.

Por fim, foram debatidos ainda outros benefícios que podem ser agregados pelo TCU no âmbito da responsabilização e cobrança dos débitos quando da análise e julgamento do mérito das Tomadas de Contas Especiais, para além daqueles benefícios já negociados pelo MPF, tais como (i) o

chamado ‘benefício da individualização do débito’, que inovaria em relação à jurisprudência atual, no sentido de que o valor a ser devolvido pela empresa leniente seria proporcional à sua participação no consórcio contratado (% na sociedade, consórcio), e não mais de forma solidária pela integralidade do valor, como é hoje, (ii) o chamado ‘benefício de ordem’, que é quando a empresa que colaborou é colocada no final da fila dos responsáveis solidários; bem como (iii) o parcelamento de valores de acordo com a capacidade de pagamento da empresa, a qual pode ser atestada por empresa independente (em inglês, *ability to pay*). Nesse contexto, os processos nos quais as empresas foram declaradas inidôneas serão provisoriamente apensados à respectiva Tomada de Contas Especial, para fins de avaliação do cumprimento do acordo.

6- Apreciação da dosimetria inicialmente proposta pelo Plenário do TCU

Não obstante a louvável intenção do auditor-instrutor de ofertar ao Relator um critério para dosimetria da inidoneidade que não apenas fosse amparado pelo arcabouço legal vigente, mas que também fosse o mais objetivo possível, diante dos atenuantes da confissão do ilícito pela CCCC e da sua colaboração efetiva para responsabilização das outras 6 (seis) empresas envolvidas na fraude, há que se reconhecer que os Ministros e Colegiados desta Corte de Contas detêm a prerrogativa de alterar a extensão da sanção, para maior ou para menor, com base no princípio do livre convencimento motivado do juiz (conforme citado no Voto condutor do Acórdão 299/2013-TCU-Plenário). Seguindo esse raciocínio, convém também trazer à lume as considerações do Ministro Bento José Bugarin, a partir dos excertos do Voto condutor da Decisão 490/1993-TCU-Plenário (TC 016.117/1993-0):

Aos servidores integrantes do **quadro técnico** da Secretaria do Tribunal cabe, apenas, emitir pareceres e elaborar relatórios sobre **questões por eles examinadas**, documentos estes que, não obstante sua **excelente qualidade** e sua **influência sobre a formulação de juízos** desta Corte, possuem mero caráter **indicativo**, não podendo, de forma alguma, vincular obrigatoriamente as decisões dos Colegiados deliberativos e os Votos dos Ministros às suas conclusões.

(...) as manifestações dos servidores do Tribunal no exercício de suas atribuições não representam, de maneira nenhuma, a posição oficial da Corte. Pode acontecer, por exemplo, que **atos supervenientes** ou **esclarecimentos posteriores** aos pronunciamentos dos órgãos técnicos **alterem as condições objetivas** que embasaram os pareceres ou relatórios, **forçando o Relator ou o órgão deliberativo a adotarem posições distintas das alvitadas pelas unidades instrutivas**. (destaques acrescidos)

Diante do exposto, entendo necessário avaliar em maior profundidade o escopo dos acordos de leniência firmados pelo MPF e os impactos que o impedimento em contratar com a administração pública, decorrente da execução da sanção de inidoneidade, podem exercer nestes.

7- Possibilidade de suspensão da execução da pena para as empresas que efetivamente colaborarem com o TCU no cálculo do débito

O pronunciamento do Diretor, ao reconhecer que o momento histórico é único no combate à corrupção, às fraudes às licitações, à formação de cartel e ao pagamento de propinas por construtoras aos agentes públicos e políticos, ressalta que as colaborações (sob forma de acordos de leniência e de delação premiada) tiveram papel fundamental no fornecimento de provas e evidências que permitiram mais efetividade no trabalho dos órgãos de controle. Nesse sentido, propõe, além da aplicação da redução da pena em pelo menos 2/3, conforme proposta da instrução, a suspensão dessa pena, pelo período em que a empresa estiver colaborando com as autoridades públicas (frise-se, todas as autoridades públicas), avaliando que tal iniciativa do TCU pode ser um importante fator atrativo para que as empresas, de fato, esclareçam e resolvam, com o Poder Público, as pendências provocadas por seus atos ilícitos, especialmente os débitos que se encontram apontados em processos neste Tribunal de Contas, além de estimular outras empresas ainda não lenientes a fazer o mesmo.

Ocorre que a questão da suspensão da aplicação da pena não é uma ideia totalmente nova, ao menos no âmbito das ações judiciais envolvendo a Operação Lava Jato.

Em verdade, a Advocacia-Geral da União no Paraná já havia realizado requerimento similar ao

Poder Judiciário (no âmbito dos Autos nº 5051170-64.2016.4.04.7000 - Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa), propondo condenar as empresas ao ressarcimento, mas condicionar a execução da pena ao efetivo cumprimento do acordo celebrado pelo MPF (pagamento de valores parcelados, até 2025), considerando a colaboração da mesma CCCC, nos seguintes termos:

Sem embargo da concordância da UNIÃO quanto ao proposto pelo MPF na cláusula citada [sobre postular apenas sentenças declaratórias em AIA, Cláusula 8ª, §3º do acordo], deve-se anotar que sua **aplicabilidade** possuiu **natureza diferida**, ou seja, **as sanções somente poderão ser definitivamente afastadas se o acordo for, ao final, integralmente cumprido, o que ocorrerá provavelmente no ano de 2025**. Por conseguinte, diante desta **condição suspensiva**, é obrigação da UNIÃO tomar as medidas necessárias para **garantir** que os atos ímprobos sejam **penalizados na hipótese de inobservância daquilo que foi ajustado**. Portanto não se visualiza qualquer óbice para a tramitação deste processo, porquanto as penalidades que venham a ser determinadas deverão ser levadas em consideração se o acordo for integralmente cumprido, cuja avaliação deverá ser procedida observando os seguintes fatores;

a) **se acordo for cumprido** antes do trânsito em julgado desta demanda, a UNIÃO peticionará ao juízo processante para que **as penalidades não sejam aplicadas** em relação às empresas signatárias;

b) se o acordo for cumprido posteriormente ao trânsito em julgado, a UNIÃO requererá que **as penalidades não sejam aplicadas enquanto o acordo estiver sendo cumprido**, conforme pactuado com o Ministério Público Federal; e

c) após o trânsito em julgado desta demanda os **valores condenatórios** a serem fixados deverão ser **compensados** com aqueles que **foram pactuados** no acordo de leniência com o Ministério Público Federal. Deve-se esclarecer, entretanto, que a **concordância da UNIÃO se limita às penalidades** a serem aplicadas, **não se estendendo, assim, em relação aos valores acordados** com o Órgão Ministerial. Isso porque, **por disposição legal, as pessoas jurídicas envolvidas em atos de corrupção têm a obrigação de reparar integralmente o dano causado**. Dessa forma, a **inaplicabilidade das sanções**, na hipótese de cumprimento do acordo firmado, **não afasta a necessidade imperativa do ressarcimento integral dos prejuízos, conforme disposto no § 3º do art. 16 da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**

Por tudo que foi exposto, deverão as rés serem submetidas às penalidades previstas no art. 12, incisos I, II e III, da Lei nº 8.429/92, e serem **condenadas** a:

1) perder eventuais bens ou valores que sejam localizados em seu patrimônio e tenham sido acrescidos ilícitamente ao seu patrimônio;

2) **ressarcir aos cofres públicos**, em solidariamente com os demais réus, o valor estimado de R\$ 1.286.153.935,95 (um bilhão, duzentos e oitenta e seis milhões, cento e cinquenta e três mil, novecentos e trinta e cinco reais e noventa e cinco centavos), resultado do **estudo econométrico** desenvolvido pelo **Tribunal de Contas da União**, ou, ainda, àquele equivalente ao **lucro efetivo** que venha a ser aferido a partir da metodologia alternativa indicada na petição inicial;

3) que o montante do ressarcimento seja acrescido de correção monetária e juros de mora a contar das datas de cada lesão, nos termos do artigo 398 do CC e súmula 54 do STJ;

4) ao pagamento de multa civil de três vezes o valor enriquecimento ilícito auferido, ora considerado como lucro efetivo percebido pelas empresas assim podendo, para tanto, ser considerado o overcharge de R\$ 1.286.153.953,95 calculado a partir do estudo econométrico do TCU - que resultaria em uma multa de R\$ 3.858.461.807,85 - ou, ainda, o valor relativo ao lucro efetivo que venha a ser aferido a partir da metodologia alternativa indicada na petição inicial

5) **proibição de contratar** com o Poder Público **ou receber benefícios** ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, **pelo prazo de dez anos** (destaques acrescidos).

Como visto, a proposta do Diretor está alinhada ao raciocínio da AGU, no sentido de que, mais do que a questão declaratória (reconhecimento dos ilícitos de fraudes às licitações), há que se

estabelecer a condenação, posto que a colaboração da empresa pode se estender durante muitos anos, conforme período definido no Acordo de Leniência assinado pelo MPF (no caso da CCCC até 2025).

8 - Situação atual das empresas lenientes

Conforme público e notório, as empresas brasileiras passam por grandes dificuldades, em particular aquelas envolvidas no grande esquema criminoso descortinado pela Operação Lava Jato e seus desdobramentos. Contudo, há que se avaliar com cuidado o argumento genérico dessas empresas no sentido de que a declaração de inidoneidade poderia leva-las à falência.

Recente matéria apresentou, com base em declarações das próprias empresas, a seguinte situação atual destas, merecendo destaque as três empresas que já firmaram leniência com o Ministério Público Federal e que participaram das fraudes à licitação objeto dos presentes autos (fonte: <http://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/empreiteiras-encolheram-e-perderam-protagonismo-na-economia-apos-lava-jato.ghtml>):

Camargo Correa

A Camargo Correa se **desfez de ativos** nos últimos anos. Em 2015, **vendeu o controle da Alpargatas**, dona de marcas como Havaianas, Osklen, Mizuno, Timberland e Dupé, para a J&F Investimentos, dona da JBS. No ano seguinte, **vendeu sua fatia de 23% no bloco de controle da CPFL Energia** para a estatal chinesa State Grid Corp, em um negócio avaliado em R\$ 5,85 bilhões.

Em nota enviada ao **G1**, a holding Camargo Corrêa S. A. informou que, ‘com a efetivação da venda da sua participação na CPFL, encerrou o processo de readequação do seu portfólio proposto em seu plano de negócios e que atualmente **não está buscando novas alienações de ativos**’.

‘Como uma **gestora de portfólio**, a Camargo Correa S.A. acredita no potencial de geração de valor nos mercados onde seus negócios estão inseridos, mantendo-se atenta a oportunidades de mercado.’

A construtora Camargo Corrêa afirmou que ‘**foi a primeira grande empresa do setor a colaborar com os órgãos de investigação e a firmar um acordo de leniência com a Justiça, com o compromisso continuado de corrigir irregularidades, aprimorar seus controles internos e sistemas de compliance**’. A empresa disse que segue colaborando com as autoridades, respeitando as exigências de sigilo.

Em 2015, a construtora Camargo Corrêa fechou acordos de leniência que somam **R\$ 804 milhões** a serem devolvidos pela empresa em virtude do esquema investigado pela Lava Jato.

(...)

Odebrecht

(...)

Em meio a novas revelações envolvendo empreiteiras da Lava Jato, as agências de classificação de risco rebaixaram as notas de crédito das principais envolvidas. A Odebrecht, por exemplo, passou a ser **classificada pela Fitch como um risco de crédito ‘muito alto’ e ‘algum tipo de inadimplência provável’**.

(...)

A Odebrecht está **sem assumir novos projetos desde 2014**. A maior **dificuldade é obter crédito** para financiar projetos em andamento e a companhia tem **planos de vender R\$ 10 bilhões em ativos para fazer caixa**.

Até o momento, **já levantou R\$ 5 bilhões** com a venda de alguns de seus negócios. Ela se desfez de sua participação de 70% da **Odebrecht Ambiental, concessões de rodovias no Peru e na Colômbia** e um **complexo eólico** no Rio Grande do Sul.

Em nota enviada ao **G1**, a empresa informou que, desde o final de 2014, ‘frente ao cenário de crédito restrito e a priorização da liquidez, a decisão da Odebrecht e seus Negócios foi não

contratar nenhum novo investimento, tanto no Brasil quanto no exterior’.

A Odebrecht disse ainda que **‘reafirma seu compromisso de colaborar com a Justiça’**, e lembrou que já **‘pediu desculpas publicamente’**. **‘A empresa assinou acordo com autoridades do Brasil, Estados Unidos e Suíça e já possui entendimentos avançados com alguns países da América Latina para esclarecer sua participação em atos praticados pela companhia. A Odebrecht adotará as medidas adequadas e necessárias para continuamente aprimorar seu compromisso com práticas empresariais éticas e de promoção da transparência em todas as suas ações.’**

(...)

Andrade Gutierrez

A Lava Jato e a própria crise econômica impactaram os negócios da empresa. A sua **receita se retraiu em 20%** entre 2014 e 2015, de R\$ 7,4 bilhões para R\$ 5,9 bilhões. O grupo também se **desfez de ativos desde 2014 para manter liquidez**, além de outras medidas como reorganização de passivos e corte de custos. Houve ainda **redução de 30% no quadro de funcionários**.

Uma das vendas foi a **Águas de Bayovar, no Peru**, em 2016, por US\$ 46 milhões, para o grupo americano AquaVenture Holdings. Para 2017, o grupo espera **concluir mais dois desinvestimentos** até junho e **levantar R\$ 400 milhões**.

O grupo Andrade Gutierrez, no entanto, disse que **‘mantém sua atuação no setor de concessões rodoviárias através de sua participação na empresa CCR’**. Recentemente, a CCR fez uma oferta de ações da empresa no mercado e **levantou R\$ 4 bilhões** para a empresa.

A companhia teve **homologado pela Justiça em 2016 um acordo de leniência** que prevê pagamento de indenização de **R\$ 1 bilhão** por envolvimento na Lava Jato. No começo de 2017, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (**Cade**) assinou acordo com a empreiteira, que aceitou pagar **R\$ 56 milhões** em dois acertos, envolvendo investigação de irregularidades em licitações para obras da **Petrobras** e para construção da **usina nuclear de Angra 3**.

Em nota enviada ao **G1**, a companhia lembra que já pediu desculpas publicamente, e afirma ainda que vê a Lava Jato **‘como um catalisador para profundas mudanças culturais, que transformem o modo de fazer negócios no país’**. **‘Uma das diretrizes seguidas pela Andrade Gutierrez nesse sentido foi o fortalecimento da área de Compliance’**.

É sabido que os acordos negociados com o MPF não deram quitação, e nem poderiam dar, em relação aos outros órgãos que não participaram das negociações, como no caso do TCU. Assim sendo, as empresas certamente fizeram alguma análise de risco no momento da assinatura, ponderando a possível aplicação da pena de inidoneidade, seja pelo TCU, seja pela CGU. A esse respeito, cabe mencionar que a CGU declarou inidônea a empresa Mendes Junior em abril/2016, por um período de 2 (dois) anos. A empresa entrou em recuperação judicial em março/2016, pois passava por sérias dificuldades desde 2014, agravadas pela crise econômica (conforme matéria do G1).

9 - Outros benefícios a serem ponderados no contexto das Tomadas de Contas Especiais

Por fim, cabe recordar que as Convenções Internacionais assinadas pelo Brasil trazem como objetivos gerais o de encorajar as pessoas (físicas e jurídicas) que participem ou tenham participado de grupos criminosos organizados a fornecerem informações úteis às autoridades competentes para efeitos de investigação e produção de provas, bem como **‘privar os criminosos do produto do delito, assim como recuperar esse produto’**. Como contrapartida, há a expressa previsão de mitigação de pena para aqueles que efetivamente colaborem, com objetivo de restabelecer essas pessoas. Nesse sentido estão os comandos do art. 26 do Decreto nº 5.105/2004 (Convenção de Palermo ou Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional - 15/11/2000) e do art. 37 do Decreto nº 5.687/2006 (Convenção de Mérida ou Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção - 31/10/2003).

Informações divulgadas pela AGU dão conta de que a efetividade média dos processos de cobrança executiva é da ordem de 15% do valor executado. Trata-se de um dado que deve ser ponderado

pelo TCU ao apreciar a questão da inidoneidade e da possibilidade de suspensão temporária de sua aplicação, diante do compromisso das empresas lenientes em colaborarem para a descoberta do total do débito nos processos dentro do Tribunal. A CCCC responde a pelo menos uma dúzia destes.

Segundo esse raciocínio, conforme já comentado, outros benefícios podem vir a ser concedidos pelo TCU, com vistas a atender às Convenções internacionais. O início do cumprimento da pena de inidoneidade pode ser reavaliado, assim como a sua própria dosimetria, em sede recursal, em função da colaboração efetiva da empresa para cálculo dos débitos nas TCEs. Nesse caso de colaboração para o descortinamento do débito pode ainda o Tribunal reduzir a multa prevista no art. 57 da LO-TCU, a qual tem como limite 100% do valor do débito.

Outro benefício adicional que também pode ser oportunamente apreciado pelo TCU seria o de, excepcionalmente, ponderando o efeito da colaboração da empresa, condenar ao limite máximo de cinco anos, considerando o conjunto de empreendimentos em que a empresa admita os ilícitos e se comprometa a apoiar o cálculo dos débitos e, a partir desse valor, aplicar o desconto de 2/3 (atingindo o máximo de 1 ano e 8 meses, ou outro período inferior, a depender do caso). Conforme já mencionado, outros benefícios que podem ser agregados pelo TCU no âmbito da responsabilização e cobrança dos débitos quando do mérito das Tomadas de Conta Especiais, para além daqueles benefícios já negociados pelo MPF, tais como (i) o chamado 'benefício da individualização do débito' (com base em interpretação inovadora do art. 12, inciso I da LO-TCU), no sentido de que o valor a ser devolvido pela empresa leniente seria proporcional à sua participação no consórcio contratado (% na sociedade), e não mais de forma solidária pela integralidade do valor, como é hoje, (ii) o chamado 'benefício de ordem', que é quando a empresa que colaborou é colocada no final da fila dos responsáveis solidários; bem como (iii) o parcelamento de valores de acordo com a capacidade de pagamento da empresa, a qual pode ser atestada por empresa independente (em inglês, *ability to pay*).

Há que se ponderar ainda que, qualquer que seja a pena individual aplicada à Camargo Corrêa, um inquestionável benefício para a empresa, estimulando-a a continuar colaborando com a Administração Pública e incentivando outras empresas a fazer o mesmo, é a sua posição relativa em face das demais empresas. Por exemplo, fixando a pena em, no máximo, 1 ano e 8 meses, como propõe a instrução, e 5 anos para as demais não colaboradoras, a empresa leniente terá, pelo menos, 3 anos e 4 meses de situação extremamente privilegiada no mercado de grandes obras nacionais.

No caso da CCCC, e apenas a título ilustrativo, levantamento expedito realizado por esta unidade técnica (com base em documentos publicados pelas próprias empresas) demonstrou que a receita líquida relativa da CCCC frente a toda a receita do Grupo Camargo Correa representava algo da ordem de 35% entre 2008 e 2010 (época de início dos cartéis), mas que já vinha caindo significativamente nos últimos anos, sendo de 30% em 2011 e caindo para 20% em 2015 (ou seja, a CCCC já vinha perdendo relevância dentro do grupo CC). O mesmo perfil de queda relativa entre CCCC e todo o Grupo CC se observa em relação ao EBTIDA (ganhos ou rentabilidade, antes dos juros, impostos, depreciação e amortização), que oscilava entre 20% e 27% entre 2008 e 2010, com queda para 8% em 2011, mas que estabilizou em torno de 12% de participação da CCCC dentro de todo o Grupo CC. Quanto ao Lucro Líquido da CCCC, não pode ser analisado pela falta de informações a partir de 2012.

De todo o exposto, conclui-se que não se afigura razoável o discurso das empresas de que a declaração de inidoneidade, por mais reduzido que seja o período, provocará a falência da empresa. O que se observa é um rearranjo organizacional de todo o grupo empresarial, objetivando o saneamento das empresas construtoras, a fim de que de fato possam cumprir os compromissos assumidos com os órgãos de controle.

10 - Proposta de Encaminhamento

Em face de todo o exposto, manifesto a concordância com as análises da instrução, complementadas pela essência do posicionamento da titular da 1ª Diretoria, consolidando as propostas a seguir:

- I) condenar, com fundamento no art. 46 da Lei 8.443/1992, a empresa Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A. (CNPJ: 61.522.512/0001-02) por fraude comprovada à licitação, estabelecendo o período de declaração de inidoneidade para participar de licitação que utilize recursos públicos federais no patamar não superior a 1 (um) ano e 8 (oito) meses, referente à redução não inferior a 2/3 sobre a sanção-base de 5 (cinco) anos, em razão das circunstâncias atenuantes e da fundamentação legal elencadas pela unidade técnica, a partir do acordo de leniência celebrado entre a empresa, o CADE e o MPF;
- II) condenar, com fundamento no art. 46 da Lei 8.443/1992, a empresa Construtora Norberto Odebrecht S/A (CNPJ: 15.102.288/0001-82) por fraude comprovada à licitação, estabelecendo o período de declaração de inidoneidade para participar de licitação que utilize recursos públicos federais no patamar máximo de 5 (cinco) anos, tendo em vista que a empresa não apresentou ao TCU quaisquer circunstâncias atenuantes, podendo tal sanção ser reavaliada em etapa processual futura, para um período não inferior a 1 (um) ano e 8 (oito) meses, caso a empresa reconheça os ilícitos e efetivamente colabore para o cálculo do débito, considerando a intenção externada por meio do acordo de leniência já celebrado entre a empresa e o MPF;
- III) condenar, com fundamento no art. 46 da Lei 8.443/1992, a empresa Construtora Andrade Gutierrez S/A (CNPJ: 17.262.213/0001-94) por fraude comprovada à licitação, estabelecendo o período de declaração de inidoneidade para participar de licitação que utilize recursos públicos federais no patamar máximo de 5 (cinco) anos, tendo em vista que a empresa não apresentou ao TCU quaisquer circunstâncias atenuantes, podendo tal sanção ser reavaliada em etapa processual futura, para um período não inferior a 1 (um) ano e 8 (oito) meses, caso a empresa reconheça os ilícitos e efetivamente colabore para o cálculo do débito, considerando a intenção externada por meio do acordo de leniência já celebrado entre a empresa e o MPF;
- IV) declarar a inidoneidade, com fundamento no art. 46 da Lei 8.443/1992, da empresa UTC Engenharia S/A (CNPJ: 44.023.661/0001-08), para participar de licitação que utilize recursos públicos federais pelo período de 5 (cinco) anos;
- V) declarar a inidoneidade, com fundamento no art. 46 da Lei 8.443/1992, da empresa Construtora Queiroz Galvão S/A (CNPJ: 33.412.792/0001-60), para participar de licitação que utilize recursos públicos federais pelo período de 5 (cinco) anos;
- VI) declarar a inidoneidade, com fundamento no art. 46 da Lei 8.443/1992, da empresa Techint Engenharia e Construção S/A (CNPJ: 61.575.775/0001-80), para participar de licitação que utilize recursos públicos federais pelo período de 5 (cinco) anos;
- VII) declarar a inidoneidade, com fundamento no art. 46 da Lei 8.443/1992, da empresa Empresa Brasileira de Engenharia S/A (CNPJ: 33.247.271/0001-03), para participar de licitação que utilize recursos públicos federais pelo período de 5 (cinco) anos;
- VIII) suspender provisoriamente, por analogia ao art. 4º, inciso IV e §3º, da Lei 12.850/2013, a aplicação da pena em 180 (cento e oitenta) dias, para as empresas que já contam com acordos de leniência celebrados com o Ministério Público Federal, a fim de que essas empresas possam apresentar os planos para colaborar efetivamente com as apurações de débito em curso nesta Corte de Contas;
- IX) comunicar a todas as empresas que o TCU poderá avaliar a extensão da suspensão do item anterior para além do prazo inicial, além de avaliar todas as manifestações em que, comprovadamente, as empresas passem a admitir os ilícitos praticados e a colaborar efetivamente com as apurações de débito em curso nesta Corte de Contas;
- X) comunicar à Secretaria de Logística e Tecnologia de Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão sobre a declaração de inidoneidade do item I, para que atenda às recomendações exaradas no item 9.6 do Acórdão 1.986/2013-TCU-Plenário;
- XI) encaminhar cópia do acórdão que vier a ser proferido, acompanhado do Relatório e do Voto que o fundamentam, às empresas responsáveis, para ciência;
- XII) encaminhar cópia do acórdão que vier a ser proferido, acompanhado do Relatório e do Voto

que o fundamentam à 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, à Força-Tarefa da Operação Lava Jato no Paraná, Força-Tarefa da Operação Pripyat no Rio de Janeiro, à Força-Tarefa da Advocacia-Geral da União no Paraná, ao Juízo da 7ª Vara Federal Criminal no Rio de Janeiro, ao Juízo da 13ª Vara Federal Criminal no Paraná, ao Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), à Eletronuclear e à Eletrobras, para as medidas consideradas cabíveis.”.

É o relatório.

VOTO

Cuidam os autos de processo de acompanhamento de auditoria de conformidade realizada pela Secretaria Extraordinária de Operações Especiais em Infraestrutura (SeinfraOperações) na Eletrobras Termonuclear S.A. (Eletronuclear), no âmbito do Fiscobras 2016, com o objetivo de fiscalizar as obras da Usina Termonuclear (UTN) de Angra 3, no Rio de Janeiro.

2. Preliminarmente, considero de relevo pontuar alguns aspectos que permitem uma contextualização dos fatos atinentes à matéria em exame.

3. Iniciadas no começo da década de 80, as obras da UTN Angra 3 foram paralisadas em 1986. Em 2007, o Conselho Nacional de Política Energética decidiu retomar o empreendimento, o que efetivamente veio a ocorrer em setembro de 2009, com o reinício das obras civis. Posteriormente, novos contratos foram celebrados, a exemplo dos de suprimentos nacionais e estrangeiros, de montagem eletromecânica, de projetos, supervisão e gerenciamento de obras dentre outros.

4. Atualmente, as obras encontram-se suspensas, desde o ano de 2015, em virtude da situação financeira da Eletronuclear e da dificuldade de obtenção de financiamento junto ao Banco Nacional de Desenvolvimento Social, considerando-se ainda os atrasos e aumentos de custos dos contratos.

5. Tramitando no Tribunal, existem três processos que envolvem esse empreendimento:

a) o TC 002.651/2015-7 trata das obras civis, cuja execução estava a cargo da Construtora Andrade Gutierrez;

b) o TC 021.542/2016-3 trata das contratações dos projetos civis e eletromecânicos, feitas junto às empresas Engevix e AF Consult;

c) já os presentes autos enfocam os contratos de montagem eletromecânica (GAC.T/CT-4500167239 e GAC.T/CT-4500167242).

6. Segundo estimativas feitas pela SeinfraOperações, o prejuízo a ser recuperado pelo Tribunal em todo o empreendimento de Angra 3 pode alcançar cifras da ordem de R\$ 400 milhões, situação agravada quando se considera que a usina não foi concluída, inclusive por falta de recursos.

7. O procedimento licitatório referente aos contratos de eletromecânica consistiu de duas etapas: pré-qualificação e licitação propriamente dita. Inicialmente, realizou-se pré-qualificação para selecionar empresas aptas a participar de futura concorrência para a prestação de serviços de montagem eletromecânica na usina de Angra 3. Tais serviços dividiam-se em dois pacotes: sistema primário (nuclear); e sistema secundário (não nuclear ou convencional).

8. Somente dois consórcios foram habilitados a disputar os dois pacotes, o que indicava ausência de competição na licitação, dada a regra editalícia de que os dois objetos não poderiam ser adjudicados ao mesmo licitante. Feita a divisão, cada objeto teve, na prática, apenas um único licitante habilitado, embora o edital tenha sido remetido a 54 empresas e 18 delas tenham realizado a visita técnica.

9. Posteriormente, com a autorização da Eletronuclear, houve a fusão dos dois consórcios e os serviços dos dois pacotes ficaram unificados sob a mesma direção.

10. A presente ação de controle inicia-se a partir da deflagração da Operação Radioatividade, desdobramento da Operação Lava Jato, bem como do acordo de leniência celebrado pela Construtora Camargo Corrêa junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). O compartilhamento dessas informações forneceu substância aos indícios que já vinham sendo apurados pelo Tribunal em outras ações sobre o mesmo empreendimento e impôs nova configuração material aos mesmos fatos.

11. Conforme a unidade instrutora (peça 329):

“38. Agregou-se aos elementos antes presentes um acervo probatório com robustez suficiente para impor a nulidade dos contratos firmados. O que, em momento anterior, seriam cláusulas abstratas com o potencial de ferir a competitividade do certame, consubstanciou-se, com os novos elementos, em confissão e produção de prova de cartelização e fraude à licitação.

39. Daí a vantagem e a ímpar oportunidade de – carreando elementos novos, até então alheios ao conhecimento dos órgãos de fiscalização e controle – se avançar nas investigações administrativas antes impossíveis sem a atuação *pari passu* e concomitante dos órgãos de controle.”
12. A atuação do Ministério Público Federal no âmbito da Operação Radioatividade revela a existência de práticas ilícitas perpetradas pelas licitantes no curso dos procedimentos licitatórios ora em exame, bem como a participação do ex-presidente da estatal nas ocorrências. Os indícios ainda apontam uma sobrelevação dos preços praticados, o que indica possível esquema de favorecimento, por parte de agentes públicos, de certos grupos empresariais: direciona-se a licitação a determinada empresa para que a ela seja adjudicado um contrato com preços artificialmente elevados. Essas informações são completadas com o material fornecido pelo Cade, o qual comprova a existência de ajustes entre as empresas com vistas a fraudar as licitações em questão (conluio, combinação de preços, quebra de sigilo das propostas, divisão de mercado, combinação prévia de resultados e consequente direcionamento das licitações).
13. De fato, compulsando o acervo de evidências carreadas aos autos (inclusive troca de mensagens eletrônicas), verifica-se a comprovação de acordos prévios entre as empresas, de direcionamento da licitação ao grupo cartelizado mediante a inserção de cláusulas restritivas, de ingerências promovidas pelos agentes com vistas a possibilitar a cartelização e a sobrelevação de preços.
14. Realizada auditoria de conformidade no ano de 2016, o Tribunal apontou, em essência, os seguintes achados:
- a) Fraude à licitação evidenciada pela adoção de critérios restritivos à competitividade do certame e pela formação de cartel/conluio entre as empresas integrantes do consórcio responsável pela execução dos contratos subsequentes;
 - b) Descompasso entre a execução física e a financeira dos contratos de montagem eletromecânica, causado pela adoção de critério inadequado de medição para serviços indiretos, o que resultou na antecipação de medições e pagamentos;
 - c) Insuficiência de recursos financeiros para dar continuidade à execução dos contratos, o que resultou na falta de pagamentos por períodos superiores a 120 dias, com consequente suspensão das atividades dos contratos de montagem eletromecânica e demais contratos referentes à construção da usina; e
 - d) Potencial inviabilidade econômica do empreendimento, devido à ocorrência de: reiterados atrasos na execução das obras, modificações em sua estrutura financeira original no decorrer do processo decisório relativo ao financiamento da UTN Angra 3 e redução da capacidade de aporte de recursos próprios da Eletronuclear.
15. O volume de recursos fiscalizados alcançou montante da ordem de R\$ 2,9 bilhões (valores relativos aos dois contratos).

II

16. O completo delineamento das irregularidades e os elementos que o suportam encontram-se acostados aos autos (em especial, destaque as peças 79 e 93 e as evidências nelas mencionadas).
17. No presente momento processual, aborda-se exclusivamente a irregularidade de fraude à licitação, a qual, nos termos do art. 46 da Lei Orgânica do TCU, pode levar à declaração de inidoneidade das empresas.
18. Com efeito, conforme visto no relatório que integra esta deliberação, apreciam-se nesta oportunidade as razões de justificativa apresentadas pelas empresas integrantes do Consórcio responsável pela execução dos contratos, às quais é imputada a irregularidade de fraude à licitação, quais sejam:
- a) UTC Engenharia S.A.;
 - b) Construtora Norberto Odebrecht S.A.;
 - c) Construtora Andrade Gutierrez S.A.;
 - d) Construtora e Comércio Camargo Corrêa S.A.;
 - e) Construtora Queiroz Galvão S.A.;

f) Empresa Brasileira de Engenharia S.A.; e

g) Techint Engenharia e Construção S.A.

19. Com os elementos de prova compartilhados presentes nos autos, foi dada oportunidade de defesa às empresas, as quais puderam apresentar suas razões perante este Tribunal. A análise das audiências, promovidas na forma do pronunciamento que fiz à peça 96, foi empreendida pela unidade instrutora à peça 329.

20. Compulsando a matéria de defesa, destaco o posicionamento da empresa Camargo Corrêa, a qual confirma perante este Tribunal a ocorrência de Cartel e sua participação, bem como das demais consorciadas, em todo o esquema fraudulento.

21. Já as demais responsáveis optaram por rebater o mérito dos apontamentos, além de levantar questionamentos processuais e suscitar a incompetência do Tribunal para apreciar a matéria, inclusive as empresas UTC e Andrade Gutierrez, que celebraram Termos de Cessação de Conduta (TCC) junto ao Cade admitindo sua participação perante aquele órgão de defesa da concorrência.

22. Os argumentos apresentados foram devidamente enfrentados pela unidade instrutora. Considerando que as defesas apresentadas não têm o condão de desconstituir os apontamentos nem afastar as responsabilidades pelos fatos em questão, propõe o Auditor Federal da SeinfraOperações, em linhas gerais:

a) que seja aplicada sanção de inidoneidade a todas as empresas; e

b) que seja atenuada a penalidade aplicada à empresa Camargo Corrêa, tendo em vista sua contribuição neste caso concreto.

23. Anuindo à proposta formulada, o diretor ainda sugere que sejam suspensos os efeitos da penalidade no caso de empresas que estejam colaborando mediante acordo de leniência. Já o Secretário restringe a proposta de suspensão da pena ao prazo de 180 dias e àquelas empresas que tenham firmado acordo com o Ministério Público Federal (MPF).

24. Em essência, endosso as análises e as conclusões da unidade instrutora e incorporo seus fundamentos às minhas razões de decidir, sem prejuízo de tecer considerações adicionais, o que passo a fazer.

III

25. São robustos os elementos de prova que compõem o presente processo, não restando qualquer dúvida sobre os fatos relatados, as graves ocorrências apontadas e a participação das empresas responsáveis e seus agentes. Dessa forma, devidamente caracterizada a fraude à licitação, impõe-se a aplicação da sanção de inidoneidade para participar de licitação na Administração Pública Federal (Lei 8.443/1992, art. 46).

26. Assim, anuo às propostas ofertadas pela unidade instrutora no que tange à aplicação da pena de inidoneidade em relação às empresas UTC Engenharia S/A; Construtora Queiroz Galvão S/A; Empresa Brasileira de Engenharia S/A (EBE); e Techint Engenharia e Construção S/A.

27. De fato, se verificou por parte destas empresas ação dolosa de participar de conluio entre as empresas dos consórcios UNA3 e ANGRA3 com o objetivo de fraudar licitação da Eletrobras Termonuclear S/A - Eletronuclear relativa à montagem eletromecânica da Usina de Angra 3, atuando em cartel, por meio da divisão de mercado entre concorrentes para frustrar o caráter competitivo da licitação e fixação prévia de preços, condições e vantagens associadas, configurando fraude comprovada à licitação para fins do disposto no art. 46 da Lei 8.443/92.

28. Conforme Acordo de Leniência 06/2015 firmado entre a CCCC e o CADE, a conduta foi implementada por meio de reuniões presenciais e trocas de mensagens eletrônicas entre os representantes das empresas integrantes do Consórcio Angramon e nas quais se discutiu e coordenou previamente o resultado da licitação.

29. Destaco trechos do referido Acordo de Leniência:

A reunião ocorreu, segundo os Signatários, na sede da Queiroz Galvão, no Rio de Janeiro (...). Estiveram presentes as sete empresas integrantes do cartel (o Grupo), assim representadas segundo melhor lembrança do representante da Signatária, LCM (Diretor Comercial de Energia da CCCC)

presente na reunião: Antônio Carlos D'Agosto Miranda (Diretor Superintendente da UTC); Humberto Barra Neto (Líder Operacional de Contrato na UTC); Henrique Pessoa Mendes Neto (Diretor de Contrato da Odebrecht); LCM (Diretor Comercial de Energia da CCCC); Gustavo Ribeiro de Andrade Botelho (Diretor Superintendente da Andrade Gutierrez); Guilherme Pires de Mello (Diretor da Techint) e/ou Luís Guilherme de Sá (Diretor da Techint); Odon David de Souza Filho (Diretor da Queiroz Galvão); José Arnaldo Delgado (Engenheiro na Queiroz Galvão); Carlos Maurício de Paula Barros (Diretor Superintendente da EBE) e/ou Paulo Massa Filho (Diretor da EBE).’

Na ocasião, foi rediscutida a estratégia inicial dos consórcios sobre as propostas e finalmente decidido que o Consórcio ANGRA3 (Composto por Queiroz Galvão, EBE e Techint) venceria o Pacote 1, enquanto o Consórcio UNA3 (composto por Andrade Gutierrez, Odebrecht, CCCC e UTC) venceria o Pacote 2, de maior valor, em estratégia de divisão de mercado entre concorrentes. (...)’

Nessa reunião do dia 08/11/2013 houve manutenção da estratégia inicial do cartel, em vista de desconforto com o cliente Eletronuclear. Decidiu-se, então, que o Consórcio UNA3 (...) seria o vencedor dos dois pacotes, escolheria o pacote de sua preferência (Pacote 2, por ser o de maior valor) e o outro pacote ficaria com o Consórcio ANGRA3.’

30. Conforme aponta a unidade instrutora, a UTC Engenharia teve papel de liderança no cartel, tanto no Consórcio UNA3, como no chamado Grupo, que veio a se tornar o Consórcio Angramon. O acordo de leniência apresenta especificadamente cada um dos agentes da empresa que participaram das reuniões e o fato de algumas reuniões terem ocorrido na sede da UTC.

31. A Queiroz Galvão também aparece na instrução técnica como tendo assumido papel destacado no cartel, tendo, da mesma forma, emprestando sua sede no Rio de Janeiro para reuniões onde eram acertadas as condições da licitação. Seus diretores e engenheiros são nomeadamente mencionados nos relatos apresentados no acordo de leniência.

32. Da mesma forma, são fartos os elementos apresentados no processo demonstrando a participação da Techint e da Empresa Brasileira de Engenharia nos acordos promovidos entre as empresas. Os termos do acordo de leniência indicam os nomes de cada um dos diretores e superintendentes dessas empresas que estiveram presentes às reuniões.

33. Cabe destacar que as informações trazidas pelas referidas empresas em sede da oitiva promovida por esta Corte não lograram êxito em elidir as irregularidades identificadas.

IV

34. Todavia, penso que tratamento diverso deve ser dispensado às empresas Construtora Norberto Odebrecht S/A; Construtora Andrade Gutierrez S/A (AG) e Construções e Comércio Camargo Corrêa S/A (CCCC), como passo a especificar.

35. Percebo neste processo uma nuance que não pode ser desconsiderada, pois faz com que ele destoe dos casos tradicionais apurados por esta Corte. A cada semana, este Plenário delibera sobre diversas irregularidades constatadas pelas nossas auditorias ou pelo rito tradicional das tomadas de contas especiais. Em regra, nossos processos têm origem e conclusão a partir de nossa própria atuação e o julgamento baseia-se, na maior parte das vezes, nas informações levantadas pelo próprio Tribunal.

36. Neste caso, ao contrário, as graves ocorrências ora em apreciação somente vieram à tona com essa intensidade em virtude das informações carreadas aos autos por uma das empresas, primeiro, junto ao Cade e ao MPF, e, posteriormente, perante este Tribunal, a qual não só relatou os fatos ocorridos, como assumiu sua participação e entregou as provas e os demais responsáveis.

37. Compulsando detidamente os autos, bem como o derradeiro pronunciamento da unidade instrutora, fica evidente a relevância dessa postura colaborativa para alavancar as investigações administrativas em curso.

38. Da mesma forma, as questões apontadas neste processo foram confirmadas e aprofundadas em virtude das informações produzidas no âmbito das Operações Lava Jato e Radioatividade, promovidas pelo Ministério Público Federal e pela Polícia Federal.

39. Chamo a atenção então para este fato: esta ação de controle foi viabilizada a partir da conjunção entre colaboração de uma das empresas infratoras e compartilhamento de informações pelos outros órgãos. De fato, qualquer estratégia de combate à corrupção que se pretenda minimamente efetiva deve perpassar necessariamente por dois pilares: uma estrutura de estímulos e incentivos para que agentes infratores sintam-se fortemente impelidos a cooperar com as apurações promovidas pelo Estado e um desenho institucional que permita o diálogo permanente e a atuação coordenada entre os diversos órgãos de controle estatais.

40. Acordos de leniência e colaboração premiada são instrumentos de consensualidade destinados a viabilizar o desmantelamento de fraudes e atos de corrupção perpetrados contra o Estado.

41. A estratégia bem-sucedida e os resultados da Operação Lava Jato demonstram que o combate à corrupção depende de negociações que possibilitem a obtenção célere de informações e documentos e a identificação dos demais envolvidos, quando for o caso. É que a apuração de certas infrações pelas vias ordinárias de investigação mostrou-se historicamente infrutífera.

42. Não é por outra razão que esses meios de obtenção de provas têm sido fortemente recomendados por organismos internacionais (ONU, por exemplo) e tratados internacionais, em especial nas ações de combate à corrupção, à lavagem de dinheiro e ao terrorismo.

43. A título de exemplo, extraio do art. 37 da Convenção de Mérida (Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção):

“1. Cada Estado Parte adotará as medidas apropriadas para restabelecer as pessoas que participem ou que tenham participado na prática dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção que **proporcionem às autoridades competentes informação útil com fins investigativos e probatórios e as que lhes prestem ajuda efetiva e concreta que possa contribuir a privar os criminosos do produto do delito, assim como recuperar esse produto.**

2. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de prever, em casos apropriados, **a mitigação de pena de toda pessoa acusada que preste cooperação substancial à investigação ou ao indiciamento dos delitos** qualificados de acordo com a presente Convenção.” (destaques acrescidos)

44. Já o artigo 26 da Convenção de Palermo assinala (Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional):

“Medidas para intensificar a cooperação com as autoridades competentes para a aplicação da lei

1. Cada Estado Parte tomará as **medidas adequadas para encorajar** as pessoas que participem ou tenham participado em grupos criminosos organizados:

a) A **fornecerem informações úteis** às autoridades competentes para efeitos de investigação e produção de provas;
(...)

2. Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, nos casos pertinentes, de **reduzir a pena** de que é passível um arguido que **coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento** dos autores de uma infração prevista na presente Convenção.

3. Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, em conformidade com os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico interno, de conceder imunidade a uma pessoa que **coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores** de uma infração prevista na presente Convenção.” (destaques acrescidos)

45. O crescimento desse tipo de mecanismo é sintoma da evolução por que passa o direito sancionatório: valoriza-se a função preventiva da pena em face de sua concepção retributiva, a qual desconsidera sua utilidade. É dizer, a eficiência da prevenção tem mais importância do que o sentido da pena como castigo, como a punição que “faz justiça” ante uma conduta indevida.

46. A sanção não é mais vista como um fim em si mesmo, mas como meio para o alcance de finalidades específicas (prevenção de ilícitos). Por essa razão, pode ser pragmaticamente transacionada se for vislumbrada uma hipótese de prevenção mais eficiente.

47. Dessa forma, existe uma racionalidade por trás dos acordos (de leniência e de colaboração premiada). O Estado busca informações que de outra maneira seriam inacessíveis, mas, como contrapartida à contribuição, o agente colaborador espera isenção ou diminuição das sanções.

48. Conforme voto condutor do Acórdão 245/2017-TCU-Plenário, de minha relatoria:

- “18. Podemos considerar o acordo de leniência como um pacto de livre vontade inspirado por estímulos e incentivos, o qual, portanto, resulta de uma dupla análise de custo-benefício, tanto no polo estatal quanto no polo privado.
19. Por um lado, o agente estatal responsável pela negociação deverá analisar em que medida a utilização das informações a serem apresentadas pode proporcionar uma persecução mais adequada, ainda que acarrete a redução ou a supressão das penalidades ao agente privado proponente.
20. Por outro, a pessoa jurídica infratora também analisa se, na sua condição, é mais benéfico fornecer as informações ao Estado ante o risco de ser punida por meio das sanções tradicionais (...).
21. Basicamente, só haverá acordo se, na ótica do Estado, os benefícios (melhor investigação) superarem os custos (menor punição para aquele agente); e, sob a ótica do agente privado, a revelação das informações for preferível ao risco da punição.
22. Uma atuação eficiente por parte do Estado nessa atividade negocial deve, portanto, considerar essa estrutura de incentivos e nela interferir.”
49. No julgamento do HC 127.483-PR, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, o Supremo Tribunal Federal proferiu valiosas lições, as quais contribuem com a compreensão desses institutos. Extraio os seguintes entendimentos da ementa daquela decisão:
- “4. A colaboração premiada é um **negócio jurídico processual**, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como ‘meio de obtenção de prova’, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração.
- (...)
6. Por se tratar de negócio jurídico personalíssimo, **o acordo de colaboração premiada não pode ser impugnado por coautores ou partícipes do colaborador** na organização criminosa e nas infrações penais por ela praticadas, ainda que venham a ser expressamente nominados no respectivo instrumento no ‘relato da colaboração e seus possíveis resultados’ (art. 6º, I, da Lei nº 12.850/13).
7. De todo modo, nos procedimentos em que figurarem como imputados, os coautores ou partícipes delatados - no exercício do contraditório - poderão confrontar, em juízo, as declarações do colaborador e as provas por ele indicadas, bem como impugnar, a qualquer tempo, as medidas restritivas de direitos fundamentais eventualmente adotadas em seu desfavor.
- (...)
10. Havendo previsão em Convenções firmadas pelo Brasil para que sejam adotadas “as medidas adequadas para encorajar” formas de colaboração premiada (art. 26.1 da Convenção de Palermo) e para “mitigação da pena” (art. 37.2 da Convenção de Mérida), no sentido de abrandamento das consequências do crime, **o acordo de colaboração, ao estabelecer as sanções premiais a que fará jus o colaborador, pode dispor sobre questões de caráter patrimonial, como o destino de bens adquiridos com o produto da infração pelo agente colaborador.**
11. Os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança tornam **indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso assumido no acordo de colaboração**, concedendo a sanção premial estipulada, legítima contraprestação ao adimplemento da obrigação por parte do colaborador.” (destaques acrescidos)
50. Chamo atenção, especialmente, para o último entendimento, que ressalta o dever das instituições estatais em honrar os compromissos assumidos nos acordos, garantindo concretamente os benefícios (sanções premiais) esperados pelo infrator-colaborador.
51. A continuidade desse modelo colaborativo e pragmático depende do fato de que o acordo de hoje seja percebido como opção viável, confiável e vantajosa aos olhos dos possíveis candidatos a futuras negociações. Por essa razão, os não colaboradores devem receber as penas que tradicionalmente são aplicadas aos casos de mesma gravidade. Já os colaboradores devem experimentar alguma vantagem comparativa, que os distingam dos demais. Essa é a racionalidade do direito premial: manejam-se sanções, castigos e prêmios a fim de induzir o comportamento dos agentes.
52. Portanto, a ação estatal deve se orientar por essa lógica de custos-benefícios que variam conforme a estrutura de incentivos existente. O particular analisará a questão sob a ótica dos riscos (probabilidade de punição e intensidade da pena, segundo o rito tradicional) e dos estímulos

(benefícios decorrentes do acordo, como redução da pena, e segurança jurídica das regras estipuladas no pacto).

53. Ao mesmo tempo em que devem manejar e intervir nessa conjugação de riscos e estímulos, é essencial que os órgãos de controle possam agir coordenada e complementarmente. Cada decisão deve ser tomada considerando uma estratégia conjunta de combate à corrupção, uma vez que, seja na seara criminal, seja na seara administrativa, seja na defesa da concorrência, todos devem mirar o interesse público primário – e não seus próprios resultados institucionais isoladamente considerados.

54. Essa é tônica que permeia este caso concreto. Os indícios de conluio e restrição à competitividade inicialmente identificados pelo Tribunal, ainda em 2013 e 2014, foram substancialmente aprofundados, enrobustecidos e cabalmente comprovados a partir do fornecimento de informações e provas por uma das responsáveis e o compartilhamento de informações por parte do Cade e do MPF.

55. Ora, não seria razoável que a empresa se dispusesse a fornecer informações para a investigação administrativa e não fosse de alguma forma favorecida por isso. Nessa hipótese, além de frustrar a justa expectativa e a confiança depositada no Estado, a sinalização que o TCU estaria dando para o mercado em geral seria a de que a celebração de acordos de colaboração ou leniência não seria algo vantajoso. Ao contrário, cumpre a esta Corte contribuir para que eventuais acordos tenham segurança jurídica, a fim de estimular a contribuição de outras empresas e dar efetividade à estratégia nacional de combate à corrupção.

56. Dessa forma, manifesto-me integralmente de acordo com a sugestão da unidade técnica para que este Tribunal leve em conta, na dosagem da penalidade, a contribuição dada pela empresa Camargo Corrêa para as apurações em curso e o fato de que ela reconheceu sua participação nos ilícitos.

57. Ressalto que, ao longo deste processo, indicou-se que o Tribunal poderia ponderar a gradação da penalidade em razão da colaboração efetiva por meio de acordos de leniência (vide instrução da SeinfraOperações à peça 93 e pronunciamento de minha lavra à peça 96).

58. Ademais, a legislação pátria reconhece a confissão como fator de atenuação da penalidade (Código Penal, art. 65, inciso III, alínea “d”; Lei 12.846, art. 16, § 1º, inciso III; Lei 12.529/2011, art. 86, § 1º, inciso IV, entre outras).

59. Nos processos de controle externo, os fatores que influenciam na dosimetria da pena não estão estabelecidos em lei ou no nosso regimento, mas decorrem de nossa própria construção jurisprudencial, feita paulatinamente a cada situação concreta. Atualmente, é sedimentado que na dosimetria da pena consideram-se aspectos como: nível de gravidade dos ilícitos, materialidade e grau de culpabilidade do agente, valoradas as circunstâncias do caso concreto (Acórdãos 2.053/2016, 1.484/2016 e 944/2016, todos do Plenário, entre vários outros).

60. A partir desta decisão, podemos acrescentar, então, que o fornecimento de informações que venham a contribuir com as apurações em curso do Tribunal e o reconhecimento da participação nos ilícitos serão considerados por esta Corte como fatores atenuantes no estabelecimento das penalidades aplicadas.

61. No que se refere ao *quantum* da pena, a unidade instrutora sugere a aplicação das seguintes sanções:

a) à Camargo Corrêa, em virtude dos motivos já apresentados, a aplicação de penalidade de inidoneidade que não ultrapasse o prazo máximo de um ano de oito meses;

b) às demais empresas, a aplicação da penalidade de inidoneidade no prazo de cinco anos dada a gravidade das ocorrências em apuração.

62. No caso da empresa Camargo Corrêa, entendo que a aplicação da penalidade de inidoneidade num prazo da ordem de um ano de oito meses, limite máximo contido na sugestão da unidade instrutora, pode ser excessivamente rigorosa, tendo em conta a contribuição efetiva dada neste processo, e, na prática, pode inviabilizar a continuidade das atividades empresariais no médio prazo.

63. Cabe destacar que inexistente lei que dê parâmetro especificamente direcionado ao Tribunal de Contas da União na dosimetria dessa pena, cabendo a esta Corte extrair do ordenamento jurídico solução compatível com o microsistema anticorrupção, respeitadas nossas especificidades.

64. A Lei AntiCorrupção (Lei 12.846/2013) menciona, como resultado do acordo, a redução de até dois terços no valor da multa cabível, mas o mesmo dispositivo assegura a isenção de outras penalidades, como a publicação extraordinária da decisão condenatória em meios de comunicação de grande circulação e a proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas por um prazo que varia de um a cinco anos (art. 16, § 2º).

65. A Lei de combate às organizações criminosas (Lei 12.850/2013), por sua vez, também menciona a redução de até dois terços na pena privativa de liberdade, mas também admite sua substituição por pena restritiva de direitos e, em certas hipóteses, que o Ministério Público deixe de oferecer denúncia (art. 4º, caput e § 4º).

66. Já a Lei do Cade (Lei 12.529/2011) admite tanto a redução de um a dois terços da penalidade como a extinção da ação punitiva da administração pública (art. 86, caput), além de impedir o oferecimento da denúncia com relação aos crimes ali especificados (art. 87).

67. Não é peremptório, portanto, o ordenamento jurídico na definição da penalidade aplicável em casos de acordos de leniência, podendo-se verificar hipóteses de redução ou mesmo completa isenção de determinadas sanções. Além do mais, percebe-se que não é estranho à legislação a possibilidade de que acordos firmados em uma instância tenha repercussão nas demais, conforme verificado na Lei do Cade.

68. Feitas essas ponderações, considerando as contribuições substantivas para este processo e a necessidade de não se inviabilizarem as atividades econômicas justamente da empresa que mais colaborou com as apurações, entendo que a sanção de inidoneidade deve ser substancialmente reduzida, caso seja mantida para se preservar a função retributiva da pena. A lógica adjacente deve ser a de que o colaborador não pode estar nas mesmas condições do não colaborador, mas também não pode equiparar-se àquele que, desde o início, optou por não delinquir.

69. Quanto às demais responsáveis, a princípio, a gravidade das ocorrências, a materialidade dos valores envolvidos e as robustas evidências constantes dos autos, as quais confirmam as irregularidades, justificariam a aplicação do prazo máximo de cinco para a sanção de inidoneidade. De qualquer forma, no que tange a parte das empresas responsáveis, conforme já mencionado, há outros fatores a se ponderar.

V

70. Publicada a pauta desta sessão no Diário Oficial da União, o Ministério Público Federal encaminhou a este Tribunal certidão informando a existência de acordos de leniência celebrados junto às empresas Odebrecht, Andrade Gutierrez e Camargo Corrêa (peça 339).

71. No documento, ressalta-se a alta relevância pública do acordo de leniência, tendo em vista o compromisso assumido pelas empresas no sentido de apresentar informações que permitam a continuidade e o aprofundamento das investigações de ilícitos. Ademais, menciona-se a existência, nos acordos, de elementos que podem auxiliar a elucidar questões relacionadas (i) às licitações para a contratação dos serviços de montagem eletromecânica da Usina de Angra 3 e (ii) ao contrato de obras civis pactuado junto à Andrade Gutierrez.

72. Em contato com meu gabinete, bem como com o de outros ministros e com o corpo técnico deste Tribunal, integrantes da Força-Tarefa Operação Lava Jato revelaram suas preocupações acerca da repercussão da decisão do Tribunal sobre os acordos já firmados e sobre a viabilidade de novos acordos.

73. De fato, é fundamental que o Tribunal de Contas da União avalie o impacto de sua decisão sobre a efetividade e a segurança jurídica dos acordos já firmados e sobre a perspectiva de novas negociações.

74. O acordo de leniência e a colaboração premiada são como um contrato. Qualquer pacto, contrato ou ajuste envolve cálculo, previsão e racionalidade estratégica. Como em qualquer avença, os

agentes estimam riscos, barganham benefícios e assumem obrigações. Como em qualquer acordo, eles confiam na estabilidade das regras pactuadas, no funcionamento adequado das instituições para assegurá-las e esperam, sobretudo, segurança jurídica.

75. Qualquer elemento que desestabilize desnecessariamente essa equação será percebido como motivo de insegurança para futuros interessados em negociar. Seus efeitos serão precificados e fatalmente elevarão os custos de transação de novos contratos. Consequentemente, nos próximos acordos, se houver, o Estado precisará ofertar benefícios ainda maiores em troca do mesmo grau de informações. Nada disso é desejável.

76. É por essa razão que, ao possibilitar os acordos de leniência, o ordenamento jurídico pressupõe certa interação entre os órgãos. Essas instituições são braços operacionais de um mesmo Estado, de forma que a divisão de papéis entre elas representa mera organização administrativa decorrente das escolhas feitas na composição do ordenamento jurídico. Mas a redução nos índices de crimes dessa natureza, a cessação de condutas reprováveis, a punição aos infratores e a recomposição dos danos, ao fim e ao cabo, interessam ao Estado e à sociedade como um todo.

77. Dessa forma, o Tribunal também deve considerar para esta decisão eventual colaboração que as empresas estejam fazendo junto ao Ministério Público Federal. Afinal, as informações obtidas por meio da celebração de acordos dessa natureza estão contribuindo para as investigações promovidas pela Lava Jato e são fundamentais para a continuidade e o aprofundamento das apurações.

78. Conforme se constatou neste processo, o próprio Tribunal de Contas da União pode aperfeiçoar suas ações de controle mediante o acesso e a utilização dessas informações, dando maior efetividade à sua atuação.

79. Verifico que decisão de mesma racionalidade, deferente aos acordos pactuados, foi tomada pelo Tribunal ao deixar de decretar a indisponibilidade de bens de responsáveis que haviam pactuado termos de colaboração premiada, com a justificativa de que, dessa maneira, manteríamos a integridade do instituto, eis que “não existiria motivos para alguém colaborar no âmbito criminal se remanescesse a possibilidade de sua punição em outras esferas” (Acórdão 2.109/2016-TCU-Plenário).

80. Ademais, nos TCs 009.834/2010-9 e 023.266/2015-5, relatados pelo Ministro Vital do Rêgo e pelo Ministro-Substituto André Luís de Carvalho, respectivamente, submeteu-se ao Plenário propostas de acórdão que continham dispositivo cujo teor sinalizava a intenção desta Corte de avaliar a contribuição dos agentes no âmbito do acordo judicial de colaboração premiada. No último, mencionava-se, inclusive, possíveis reflexos tanto na aplicação de penalidade quanto no ressarcimento do débito que remanescesse à quantia recolhida no próprio acordo. Cabe o registro de que esses processos ainda não foram apreciados, em virtude de pedido de vista.

81. Percebo que essas reflexões também subjazem aos pronunciamentos do corpo dirigente da SeinfraOperações, os quais coincidem na proposta de suspender os efeitos da sanção de inidoneidade no caso de empresas que colaborem com as investigações.

82. Por outro lado, os acordos de leniência e outras formas de colaboração não podem afastar o Tribunal do exercício de suas funções. Com efeito, ainda que possamos considerar essas louváveis iniciativas nas nossas decisões, esta Corte não pode se furtar de cumprir seu papel constitucional de buscar o ressarcimento do dano sofrido pelos cofres públicos.

83. Ademais, as colaborações de hoje não reparam, por si só, os vultosos montantes que, desviados dos cofres públicos, deixaram de atender às necessidades mais básicas da população. Os efeitos são bastante perceptíveis, pois se materializam em escolas e hospitais que deixam de ser construídos; em rodovias que, por falta de manutenção, causam a morte de milhares de pessoas por ano; em usinas que, ao deixarem de ser construídas, diminuem a oferta de energia planejada, com reflexos no preço e na competitividade dos nossos produtos, aqui e no exterior.

84. Portanto, é deveras nobre a missão do Tribunal de construir uma decisão que, propiciando o diálogo interinstitucional entre os órgãos de controle, concilie duas necessidades: a de emitir incentivos às colaborações e a de reparar o dano ao erário. E, na verdade, existe uma complementação

entre as duas frentes na medida em que uma maior disponibilidade de informações e elementos de prova levará ao ressarcimento dos valores subtraídos neste e noutros casos.

85. A propósito, a busca por reparação do dano por parte do Tribunal tem potencial de dar maior segurança às empresas que colaboraram com a justiça. Ao firmarem o acordo de leniência, elas não receberam quitação quanto aos prejuízos causados e tem plena consciência de que a precisarão arcar com esse dano. Nada mais natural que o órgão responsável pela cobrança exerça seu papel, sendo especialmente desejável que ele o faça a partir de regras e procedimentos que, sem abrir mão de qualquer parcela desviada, possa dar algum benefício àquelas que optaram por mudar de postura e colaborar com a justiça.

86. Diante desse quadro, é imperativo que o Tribunal identifique possíveis incentivos que, manejados adequadamente, possam diferenciar a posição das empresas que colaboram em face da situação das demais. O intuito é o de induzir uma ampliação do número de empresas colaboradoras e a premissa é a de que essas empresas, ao contrário de suas concorrentes, optaram por adotar uma postura de maior integridade, ética e responsabilidade, o que se materializa na correção de rumos, na cooperação com a justiça, na criação de programas de *compliance*, entre outras medidas.

87. Julgo que a confissão e a colaboração dessas empresas junto ao Estado brasileiro na apuração de infrações e no combate ao crime poderá justificar conceder-lhes o benefício de suspensão da aplicação da pena de inidoneidade, no pressuposto de que as informações que elas detêm possam vir a contribuir para que o TCU exerça suas funções com maior efetividade.

88. Proponho, em essência, a adoção de um instituto inspirado na chamada suspensão condicional da pena, prevista no art. 77 do Código Penal, na medida em que o Tribunal poderá suspender a aplicação da sanção de inidoneidade, mediante determinadas condições para aqueles que se enquadrem em certas características.

89. Ainda que não haja autorização específica na Lei Orgânica para essa medida, a qual também foi proposta pela SeinfraOperações, há que se interpretar o velho à luz do novo. Nossas competências, regulamentadas em lei há quase 25 anos, integram todo um microsistema de combate à corrupção, que prevê a transação entre fornecimento de informações e sanções premiais (redução de pena, isenção de pena e óbices à apresentação de denúncia, conforme analisado entre os itens 63 e 67 deste voto). Portanto, ante a efetiva colaboração junto ao MPF com vistas a uma atuação mais efetiva desta Corte, vislumbro ser sim possível a adoção de tal sistemática.

90. Em adição à possível suspensão da aplicação da pena para essas empresas, na fase posterior de apuração e ressarcimento dos valores subtraídos do erário em Angra 3, ou mesmo em outros empreendimentos investigados na Lava Jato, pode o Tribunal avaliar a possibilidade de efetuar a cobrança de maneira diferenciada no caso dessas empresas, adotando, por exemplo, premissas como as listadas a seguir:

a) benefício de ordem na cobrança da dívida nas tomadas de contas especiais em que empresas colaboradoras respondam solidariamente pelo débito junto a outras empresas;

b) reconhecimento da boa-fé, com seus naturais efeitos de extinção dos juros de mora sobre o montante da dívida (Regimento Interno do TCU, art. 202);

c) ressarcimento da dívida mediante parcelamento delineado de forma a respeitar a capacidade real de pagamento das empresas (*ability to pay*), a qual deverá ser atestada mediante procedimento analítico efetuado por agentes independentes de notório renome internacional;

d) abatimento, em cada uma das primeiras parcelas da dívida, dos valores já antecipados no âmbito do acordo celebrado pelo Ministério Público Federal, os quais passam a funcionar como um fundo reparador, providências que acarretarão o diferimento do início do recolhimento do débito; e

e) supressão da multa proporcional ao débito, a qual, de outra forma, poderia alcançar até 100% do valor atualizado do débito (Lei Orgânica do TCU, art. 57).

91. Nesse caso, a título de contraprestação espera-se que a empresa assuma compromisso junto ao Ministério Público Federal no sentido de não obstar o exercício das funções do Tribunal e o

desenvolvimento do processo de controle externo, admitindo adotar postura cooperativa, como por exemplo:

a) admitir sua participação nas irregularidades e apresentar a documentação fiscal e contábil que lhe seja requerida com a finalidade de estimar, com segurança e fidedignidade, os valores desviados;

b) não recorrer, no âmbito do processo de controle externo, das decisões que vierem a ser proferidas e que tenham relação com o empreendimento de Angra 3;

c) feitas as apurações, recolher sua quota-parte no débito solidário a partir da decisão que o determinar, respeitada sua capacidade real de pagamento, conforme explicitado alhures.

92. Tratar-se-ia, basicamente, de um aditivo, ou *recall*, aos acordos de leniência já firmados, abordando essas questões.

93. Dessa forma, as sanções premiais concedidas às empresas – de suspensão da aplicação da penalidade e eventuais benefícios na cobrança do débito – poderão se reverter na recuperação de valores subtraídos do erário, especialmente nos casos em que há dificuldade de se calcular o débito correspondente (como os contratos de eletromecânica, por exemplo).

94. Ademais, espera-se um ganho decorrente da diminuição na litigância, considerando a necessidade de postura cooperativa por parte da empresa no processo de controle externo, o que pode incluir a renúncia ao direito de recorrer da decisão perante o Tribunal.

95. Cabe destacar que sempre que a empresa beneficiada com a suspensão da penalidade não responder por débito referente ao mesmo empreendimento, poderá esta Corte indicar outro processo, também relacionado ao acordo de leniência que possibilitou a vantagem em questão, para que proceda aos devidos recolhimentos e à apresentação de documentação requerida, efetivando, dessa forma, a sua contraprestação correspondente ao acordo.

96. No meu entender, uma solução dessa natureza aliaria, de um lado, deferência aos acordos já firmados, dever de qualquer instituição estatal, e, de outro, maior efetividade na apuração e no ressarcimento dos montantes desviados.

97. Para que o referido compromisso das empresas junto ao Ministério Público Federal possa ser considerado pelo Tribunal na sua decisão, faz-se necessário suspender a apreciação do processo neste momento, exclusivamente no que se refere às empresas Odebrecht, Andrade Gutierrez e Camargo Corrêa.

98. Assim, com base no art. 157, *caput*, do Regimento Interno do TCU, julgo pertinente sobrestar a apreciação da questão, exclusivamente em relação às empresas mencionadas na certidão encaminhada, suspendendo, por consequência, a aplicação de qualquer sanção até que o Tribunal analise a manifestação do MPF quanto à matéria no prazo de sessenta dias.

99. Esse mesmo procedimento poderá, a critério do Tribunal, por provocação do Ministério Público Federal, ser estendido às demais empresas que, a partir desta decisão, venham a firmar compromisso junto ao *Parquet*.

100. Considero, ainda, pertinente o acompanhamento concomitante dessas questões pelo Ministério Público especializado junto a esta Corte.

101. Antes de concluir, não posso deixar de registrar menção elogiosa à Secretaria Extraordinária de Operações Especiais em Infraestrutura (SeinfraOperações), bem como aos competentes servidores que ali atuam, pela presteza e pela excelência com que subsidiaram a presente decisão do Tribunal.

Ante todo o exposto, alterando pontualmente as propostas, mas acolhendo em essência os fundamentos apresentados nos pareceres precedentes, voto no sentido de que este Plenário aprove o acórdão que ora submeto à sua consideração.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 22 de março de 2017.



Ministro BRUNO DANTAS
Relator

ACÓRDÃO Nº 483/2017 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 016.991/2015-0.
- 1.1. Apensos: TC 011.765/2012-7 e TC 017.445/2016-7.
2. Grupo II – Classe de Assunto: VII – Acompanhamento.
3. Responsáveis: Construtora Andrade Gutierrez S.A. (17.262.213/0001-94); Construtora Norberto Odebrecht S.A. (15.102.288/0001-82); Construtora Queiroz Galvão S.A. (33.412.792/0001-60); Construções e Comércio Camargo Correa S.A. (61.522.512/0001-02); Empresa Brasileira de Engenharia S.A. (33.247.271/0001-03); Othon Luiz Pinheiro da Silva (135.734.037-00); Techint Engenharia e Construção S.A. (61.575.775/0001-80); UTC Engenharia S.A. (44.023.661/0001-08).
4. Entidade: Eletrobras Termonuclear S.A.
5. Relator: Ministro Bruno Dantas.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria Extraordinária de Operações Especiais em Infraestrutura (SeinfraOperações).
8. Representação legal:
 - 8.1. Marcos Teles de Alcântara e outros, representando Construtora Queiroz Galvão S.A.
 - 8.2. Bruno Campos Barretto e outros, representando Eletrobras Termonuclear S.A.
 - 8.3. Celso Caldas Martins Xavier (172.708/OAB-SP) e outros, representando Empresa Brasileira de Engenharia S.A.
 - 8.4. Antônio Henrique Medeiros Coutinho (34.308/OAB-DF) e outros, representando Construções e Comércio Camargo Correa S.A.
 - 8.5. Tathiane Vieira Viggiano Fernandes (27.154/OAB-DF) e outros, representando Construtora Andrade Gutierrez S.A. e Construtora Norberto Odebrecht S.A.
 - 8.6. Felipe Lauretti Spinardi (374.608/OAB-SP) e outros, representando UTC Engenharia S.A.
 - 8.7. Michel Braz de Oliveira (235.072/OAB-SP) e outros, representando Techint Engenharia e Construção S.A.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de processo de acompanhamento de auditoria de conformidade realizada com o objetivo de fiscalizar as obras da Usina Termonuclear (UTN) de Angra 3, no Rio de Janeiro.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, em:

9.1. declarar, com fundamento no art. 46 da Lei 8.443/1992, a inidoneidade das seguintes empresas para participar, por cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal:

- 9.1.1. Construtora Queiroz Galvão S.A. (33.412.792/0001-60);
- 9.1.2. Empresa Brasileira de Engenharia S.A. (33.247.271/0001-03);
- 9.1.3. Techint Engenharia e Construção S.A. (61.575.775/0001-80);
- 9.1.4. UTC Engenharia S.A. (44.023.661/0001-08);

9.2. sobrestar, com fundamento no art. 157, *caput*, do Regimento Interno do TCU, até a análise das medidas mencionadas no subitem 9.4.1, a apreciação acerca da responsabilidade das empresas Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A. (61.522.512/0001-02), Construtora Andrade Gutierrez S.A. (17.262.213/0001-94) e Construtora Norberto Odebrecht S.A. (15.102.288/0001-82) na irregularidade de fraude à licitação, bem como a aplicação da sanção de inidoneidade a elas, em virtude da contribuição junto ao Ministério Público Federal, conforme certidão encaminhada a este Tribunal pela Força-Tarefa Operação Lava Jato (peça 339);

9.3. notificar a Força-Tarefa Operação Lava Jato, do Ministério Público Federal, e o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União sobre esta decisão, facultando-lhes a apresentação de manifestação no prazo de sessenta dias;

9.4. deixar assente que:

9.4.1. a manutenção do sobrestamento mencionado no subitem 9.2 depende da apresentação, pelo Ministério Público Federal, de compromisso firmado pelas empresas em que sejam especificadas as medidas de colaboração que possam contribuir com os respectivos processos de controle externo deste Tribunal;

9.4.2. a participação do Ministério Público Federal nestes autos, na forma do subitem 9.4.1, será acompanhada pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União;

9.4.3. por ocasião da análise das medidas especificadas no acordo junto ao Ministério Público Federal, conforme subitem 9.4.1, este Tribunal deliberará sobre possíveis sanções premiais a serem concedidas, conforme o caso;

9.5. comunicar a Secretaria de Logística e Tecnologia de Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão sobre as declarações de inidoneidade dos subitens 9.1.1, 9.1.2, 9.1.3 e 9.1.4, para que atendendo às recomendações exaradas no item 9.6 do Acórdão 1.986/2013-TCU-Plenário, possa proceder aos registros e às comunicações pertinentes;

9.6. encaminhar cópia desta deliberação aos responsáveis, à Força-Tarefa do Ministério Público Federal no Rio de Janeiro e no Paraná, à Força-Tarefa da Advocacia-Geral da União no Rio de Janeiro e no Paraná, ao Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), ao Cade, à 7ª Vara Criminal Federal/Justiça Federal/Seção Judiciária do Rio de Janeiro e à Eletronuclear, para medidas consideradas cabíveis.

10. Ata nº 9/2017 – Plenário.

11. Data da Sessão: 22/3/2017 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-0483-09/17-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: José Múcio Monteiro (na Presidência), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Ana Arraes, Bruno Dantas (Relator) e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa, André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)

JOSÉ MÚCIO MONTEIRO

Vice-Presidente, no exercício da Presidência

(Assinado Eletronicamente)

BRUNO DANTAS

Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)

PAULO SOARES BUGARIN

Procurador-Geral