

GRUPO I – CLASSE VII – Plenário

TC 036.694/2018-5.

Natureza: Representação.

Entidade: Petróleo Brasileiro S/A (Petrobras).

Responsável: Construtora Queiroz Galvão S/A
(CNPJ 33.412.792/0001-60).

Representação legal:

_José Roberto Manesco (OAB/SP 61.471), entre outros, representando a Construtora Queiroz Galvão S/A.

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. PETROBRAS. REFINARIA PRESIDENTE GETÚLIO VARGAS (REPAR). FRAUDES EM PROCESSOS LICITATÓRIOS. FORMAÇÃO DE PROCESSO APARTADO ESPECÍFICO PARA A ANÁLISE DE OITIVA. REJEIÇÃO DAS JUSTIFICATIVAS. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE. DETERMINAÇÃO.

RELATÓRIO

Trata-se de representação autuada para a oitiva da Construtora Queiroz Galvão S/A por força do Acórdão 2.238/2018 prolatado pelo Plenário, no âmbito do TC 029.988/2017-9, em face das evidências de fraude às licitações conduzidas pela Petrobras na realização das obras da Refinaria Presidente Getúlio Vargas (Repar).

2. Após a análise final do feito, o auditor federal da SeinfraOperações lançou o seu parecer conclusivo à Peça 31 nos seguintes termos:

“(…) 2. Com base nos subitens 9.2 e 9.6.1 do Acórdão 2.319/2017-Plenário (peça 22) foi determinada a realização da oitiva das empresas e a audiência dos responsáveis em processos apartados. As oitivas foram realizadas no âmbito do TC 029.988/2017-9. Consta no processo, no caso da Construtora Queiroz Galvão S.A., o Ofício de Oitiva, peças 28 e 29, e as razões de justificativa à peça 30.

3. Por meio do Acórdão 2.238/2018 (peça 1), da relatoria do Ministro André Luís de Carvalho, o Plenário autorizou a autuação de processos apartados específicos para análise dos argumentos de cada empresa chamada em oitiva.

4. Constituiu-se, então, estes autos para tratar, unicamente, das razões de justificativa apresentadas pela Construtora Queiroz Galvão S.A., em face da representação constante do TC 011.856/2017-3.

Histórico

5. A partir de informações extraídas do Relatório que acompanha o Acórdão 1.083/2017-TCU-Plenário (Relator Exmo. Ministro-Substituto André Luís de Carvalho, TC 023.266/2015-5), faz-se um breve relato da atuação do TCU nas obras da Repar desde 2009.

6. Naquele ano, foi realizada auditoria pela Secex-PR com o objetivo de fiscalizar as obras de modernização e adequação do sistema de produção da Refinaria. Foram analisados dezenove contratos relacionados às obras industriais do empreendimento (carteiras de gasolina, coque, propeno, solventes, caldeiras, automação e outras), que somados alcançaram o montante de R\$ 8.673.968.112,09, a preços da época. Ao final da execução contratual, o montante pago foi de R\$ 10.748.645.666,11, incluídos aditivos e reajustamentos (TC 010.546/2009-4).

7. O Relatório de Fiscalização identificou, em cada um dos dezenove contratos analisados (à exceção da ausência de parcelamento do objeto, achado 3.2, que não foi registrado nos contratos CT 075 e CT 152) cinco indícios de irregularidade grave com recomendação de paralisação – IG-P,

nos termos da Lei de Diretrizes Orçamentárias vigente: a) achado 3.1: projeto básico deficiente ou desatualizado; b) achado 3.2: ausência de parcelamento do objeto; c) achado 3.3: orçamento incompleto ou inadequado; d) achado 3.4: superfaturamento decorrente de preços excessivos frente ao mercado; e e) achado 3.5: restrição à competitividade da licitação.

8. Foram realizadas a diligência e as audiências propostas pela Secex-PR e acolhidas pelo então Relator, Exmo. Ministro Walmir Campelo (TC 010.546/2009-4).

9. Em 2011, a então Secob-3, após concluir a reanálise de preços dos contratos, iniciada em 2010 por ocasião do Fiscobras daquele ano, sugeriu a reclassificação das irregularidades, inicialmente consignadas nos dezenove contratos fiscalizados como IG-P, para IG-C, em função do adiantado estágio de execução das obras.

10. Importa registrar que na auditoria realizada em 2009, a Secex-PR apontou indício de superfaturamento nos dezenove contratos auditados, a partir da comparação entre os custos unitários contidos nas estimativas de custo da Petrobras e os respectivos custos contidos nos Demonstrativos de Formação de Preços (DFP) das empresas contratadas. Percentuais de BDI, administração local, canteiros, instalações e outras despesas ou custos indiretos foram expurgados dos custos diretos e, sobre o custo direto remanescente, aplicado o BDI referencial previsto no Acórdão 325/2007-TCU-Plenário. Em 3/5/2012, a unidade especializada reanalisou os preços contratuais a partir do exame da referida estimativa de custo, comparando-a com o valor global do contrato.

11. Essas avaliações registraram limitações relevantes, mormente pela discussão envolvendo a faixa de variação da estimativa de custo (intervalo de precisão), que foi tratada nos autos do TC 006.810/2011-0, processo constituído com a finalidade precipua de avaliar a legalidade da utilização da referida faixa. Em função disso, o Exmo. Sr. Ministro-Relator André Luís de Carvalho) determinou o sobrestamento dos autos até a apreciação definitiva do TC 006.810/2011-0 (Despacho, peça 68, TC 021.479/2009-8).

12. Apesar da questão envolvendo a faixa de variação da estimativa de custo ter sido apreciada no TC 006.810/2011-0, continuou a persistir a limitação de se analisar o valor das obras com base nas estimativas de custo, visto que a definição deste intervalo de precisão impôs-se como uma variável de difícil avaliação pelas equipes de auditoria, que envolvia, inclusive, a análise do grau de maturação dos projetos constantes da licitação.

13. Esse é um breve resumo da matéria antes da Operação Lava Jato. Ressalta-se que seguem processos específicos de tomadas de contas especiais referentes a contratos da Repar (ver peça 77, TC 011.856/2017-3).

14. Seguindo a linha do tempo, como registrado no Voto condutor do Acórdão 2.319/2017-TCU-Plenário (Relator Exmo. Ministro André Luís de Carvalho, peça 22), a representação que fundamenta a realização das oitivas 'foi motivada pelos resultados da Operação Lava Jato (OLJ) com as evidências sobre a formação de cartel para fraudar licitações e a corrupção de dirigentes da empresa estatal, salientando que essas ilicitudes estão materializadas nas diversas ações civis e penais conduzidas perante a Justiça Federal no Estado do Paraná, a partir dos elementos obtidos em operações de busca e apreensão e dos testemunhos oferecidos ao Poder Judiciário, além das informações obtidas pelos acordos de colaboração premiada firmados com o MPF pelas diversas pessoas físicas e jurídicas (peças 3 a 18)'.
15. O cartel autodenominava-se de 'Clube', do qual participavam as empresas Odebrecht, Engevix, OAS, UTC, Camargo Correa, Techint, Andrade Gutierrez, Mendes Júnior, Promon, MPE, Skanska, Queiroz Galvão, Iesa, Galvão, GDK e Setal. Nesse esquema, que durou pelo menos entre os anos de 2003-2014, grandes empreiteiras pagavam propina para altos executivos da Petrobras e outros agentes públicos para obter contratos com a Petrobras, impondo gastos adicionais nestes contratos e os utilizando para financiar pagamentos indevidos a partidos políticos, políticos eleitos ou outros agentes políticos. Esses executivos da Petrobras não só se omitiam em relação ao cartel, do qual tinham conhecimento, mas o favoreciam em troca de recebimento de propina, restringindo as

empresas convidadas para participar das licitações àquelas escolhidas pelo cartel para ser a ganhadora dentre as participantes.

16. As empreiteiras, por meio do 'Clube', substituíam a concorrência real por uma concorrência formal. Os preços oferecidos à Petrobras eram calculados e ajustados em reuniões secretas, nas quais também se definia quem ganharia o contrato. Os valores contratados eram sempre próximos ou acima do limite superior de 20% do preço estimado pela Petrobras. Esse cartel possuía, inclusive, um regulamento que simulava regras de um campeonato de futebol, para definir como as obras seriam distribuídas entre as empresas. Para disfarçar o ilícito, o registro escrito da distribuição de obras era feito, por vezes, como se fosse a distribuição de prêmios de um bingo (peça 3, p. 24).

17. Nesse sentido, registra-se, ainda, o seguinte trecho do Relatório do Acórdão 1.083/2017-TCU-Plenário:

'Fatos novos, entretanto, trazidos pela OLJ, em que se encontram explícitos relatos de que houve superfaturamento e superfaturamento nos contratos da Repar, como ainda mudanças relevantes jurisprudenciais e doutrinárias sobre a matéria trouxeram um novo cenário fático, com dados novos, que consolidaram uma nova perspectiva, ultimando a necessidade de uma reavaliação das análises até então realizadas, incluindo as razões de justificativa apresentadas pelos responsáveis arrolados até então sem um parecer conclusivo.

Diante das limitações das análises de preço acima relatadas e à luz desse novo cenário fático, incluindo relatos dos colaboradores da OLJ, a exemplo do que afirmou o Sr. Paulo Roberto Costa ao se referir aos contratos CT 101, CT 111 e CT 112 da Repar 'que pode afirmar, com certeza, que este contrato específico foi objeto de cartelização e foi superfaturado', a SeinfraPetróleo elaborou instrução, concluída em 8/2015 (TC 021.479/2009-8, peça 120), buscando empreender uma quantificação técnica e objetiva, a fim de avaliar a real dimensão dos prejuízos causados ao erário, não obstante os relatos dos referidos colaboradores da OLJ.'

18. A partir dos fatos e documentos encartados na representação, o Plenário desta Corte, por meio do Acórdão 2.319/2017 (peça 22), sob a relatoria do Exmo. Ministro-Substituto André Luís de Carvalho, conheceu da representação e determinou a oitiva das empresas relacionadas, alertando-as da possibilidade de serem declaradas inidôneas para participar, por até cinco anos, de licitações na Administração Pública Federal, nos seguintes termos:

'9.1. conhecer da presente representação, por atender aos requisitos de admissibilidade previstos no art. 86, inciso II, da Lei 8.443, de 1992, e nos arts. 235 e 237, inciso VI, do RITCU;

9.2. promover a oitiva das empresas a seguir relacionadas, com fulcro no art. 250, inciso V, do RITCU, para que, no prazo de até 15 (quinze) dias contados da ciência desta deliberação, se manifestem sobre as irregularidades subsequentemente indicadas, alertando-as de que, diante da comprovação da suscitada fraude à licitação, o TCU poderá declarar a inidoneidade da licitante fraudadora para participar, por até cinco anos, de licitações na administração federal e de licitações na administração pública estadual, distrital ou municipal com o aporte de recursos federais, nos termos do art. 46 da Lei 8.443, de 1992:

9.2.1. empresas: Construtora Norberto Odebrecht S.A.; Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A.; Construtora Andrade Gutierrez S.A.; Mendes Júnior Trading e Engenharia S.A.; MPE Montagens e Projetos Especiais S.A.; Promon Engenharia Ltda.; Toyo Setal (SOG) Empreendimentos Ltda.; Techint Engenharia e Construção S.A.; UTC Engenharia S.A.; Construtora OAS S.A.; Engevix Engenharia S.A.; Galvão Engenharia S.A.; Construtora Queiroz Galvão S.A.; GDK S.A.; Iesa Óleo & Gás S.A.; e Skanska Brasil Ltda.;

9.2.2. irregularidades: conluio entre as empresas e fraude às licitações da Repar que precederam o Contrato 0800.0035013.07.2 (CT 101), o Contrato 0800.0043363.08.2 (CT 111) e o Contrato 0800.0043403.08.2 (CT 112), no bojo de esquema criminoso conduzido, pelo menos, de 2003 a 2014, a partir das seguintes condutas ilícitas: a) combinação de preços; b) quebra de sigilo das propostas; c) divisão de mercado; d) oferta de propostas de cobertura para justificar o menor preço

ofertado; e) combinação prévia dos resultados com o consequente direcionamento das licitações; e f) ausência de formulação de proposta para beneficiar a empresa escolhida pelo cartel;

(...) 9.6. determinar à SeinfraOperações que:

9.6.1. promova as oitivas e audiências indicadas nos itens 9.2 e 9.3 deste Acórdão em processos apartados, em consonância com a sistemática inaugurada pelo Acórdão 2.109/2016-TCU-Plenário;'

19. Ainda nesse Acórdão 2.319/2017-TCU-Plenário, por meio do subitem 9.3, com fundamento no art. 250, inciso IV, do Regimento Interno do TCU, foi determinada também a audiência dos Srs. José Sérgio Gabrielli de Azevedo, como presidente da Petrobras; Paulo Roberto Costa, como diretor de Abastecimento da Petrobras; Renato de Souza Duque, como diretor de Engenharia e Serviços da Petrobras; e Pedro José Barusco Filho, como gerente executivo de Engenharia da Petrobras, incluindo o alerta acerca da possibilidade de aplicação de inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública, além de multa.

20. Em adição, por meio do subitem 9.4.1 da citada deliberação, foi decretada cautelarmente a indisponibilidade dos bens do Sr. José Sérgio Gabrielli de Azevedo pelo prazo de um ano, com fundamento no art. 44, § 2º, da Lei 8.443, de 1992, e nos arts. 273 e 274 do RITCU, em sintonia com os procedimentos definidos pelo Acórdão 1.083/2017-TCU-Plenário.

21. A presente instrução analisa os argumentos da Construtora Queiroz Galvão S/A e avalia sua participação no esquema de fraude às licitações da Repar. O exame técnico acerca da participação das demais empresas implicadas nesse esquema constará dos respectivos processos apartados criados para esse fim, conforme a Tabela 1 a seguir:

Tabela 1: Relação de processos apartados instaurados a partir do TC 029.988/2017-9

Processo	Responsável
TC 036.677/2018-3	Construções e Comércio Camargo Corrêa S/A
TC 036.676/2018-7	Construtora Norberto Odebrecht S/A/Odebrecht Plantas Industriais e Participações S/A
TC 036.678/2018-0	Construtora Andrade Gutierrez S/A
TC 036.697/2018-4	Skanska Brasil Ltda.
TC 036.685/2018-6	Toyo Setal Empreendimentos Ltda.
TC 036.682/2018-7	MPE Montagens e Projetos Especiais S/A
TC 036.679/2018-6	Mendes Júnior Trading e Engenharia S/A
TC 036.692/2018-9	Engevix Engenharia S/A
TC 036.694/2018-5	Construtora Queiroz Galvão S/A
TC 036.690/2018-0	Construtora OAS S/A
TC 036.696/2018-8	Iesa Óleo & Gás S/A
TC 036.693/2018-9	Galvão Engenharia S/A
TC 036.687/2018-9	Techint Engenharia e Construção S/A

TC 036.689/2018-1	UTC Engenharia S/A
TC 036.695/2018-1	GDK S/A
TC 036.683/2018-3	Promon Engenharia Ltda.
TC 036.698/2018-0	SOG Óleo e Gás S/A

Fonte: peça 148 do TC 029.988/2017-9

Exame técnico

22. Para facilitar o entendimento, o presente exame técnico constitui-se dos seguintes tópicos, seguidos das respectivas análises: (I) Das alegações preliminares; (II) Das alegações quanto ao mérito; (III) Da responsabilização e individualização das condutas; e (IV) Da dosimetria da sanção de declaração de inidoneidade.

I. Das alegações preliminares

I.1. Da tempestividade

23. Preliminarmente, em sua manifestação, a Construtora Queiroz Galvão afirma a tempestividade da apresentação das razões de justificativa, tendo em vista a prorrogação de prazo nos termos Acórdão 2.715/2017-TCU-Plenário (peça 102, TC 029.988/2017-9).

Análise

24. Registra-se que a empresa não solicitou a prorrogação do prazo inicialmente previsto de 15 dias, cujo vencimento ocorreu no dia 23/11/2017. A partir de proposta da unidade técnica, datada de 24/11/2017 (peças 85-86, TC 029.988/2017-9), acolhida nos termos da deliberação acima referida, é que foi concedido aos demais responsáveis, inclusive a referida Construtora, o mesmo tratamento quanto a eventual pedido de prorrogação de prazo, conforme alínea 'b' do Acórdão 2.715/2017-TCU-Plenário, prolatado em 12/12/2017.

25. A citada empresa somente apresentou pedido de prorrogação de prazo no dia 13/12/2017 (peça 105 do TC 029.988/2017-9). Contudo, entende-se que a proposta da unidade instrutiva, acolhida pelo Colegiado, permitiu a abertura de nova oportunidade para tal requerimento.

26. Considera-se, portanto, tempestiva a manifestação da empresa.

I.2. Da alegação de prescrição administrativa (p. 3-9)

27. A Queiroz Galvão alega a incidência de prescrição administrativa, matéria sujeita ao prazo geral de prescrição do art. 205 do Código Civil, referentes aos contratos CT 111, CT 101 e CT 112. Afirma que o prazo decenal inicia a partir da ocorrência da irregularidade, respectivamente, 7/7/2008, 31/8/2007, 7/7/2008. Registra, no entanto, que conforme o Supremo Tribunal Federal, aplica-se, como regra geral, o prazo de 5 anos previsto na Lei 9.873/1999.

28. Por tal regra, já estaria prescrita a punição. Afirma também que, caso se opte por aplicar o prazo previsto no art. 90 da Lei 8.666/1993, contado conforme o art. 109 do Código Penal, também já teria operado a prescrição. Ressalta não ser aplicável a parte final do art. 1º da Lei 9.873/1999, que trata da infração permanente ou continuada. Isto porque a apuração trata de conluio e fraude nas licitações da Repar referentes aos contratos acima mencionados, fatos muito bem delimitados no tempo.

29. Afirma que, mesmo com a aplicação da prescrição decenal, contado o prazo a partir da apresentação das propostas, já teria operado a prescrição no caso do contrato CT 101. Quanto aos demais contratos, afirma não haver documentos nos autos referentes às propostas.

Análise

30. Não procede a alegação de prescrição, haja vista que o subitem 9.1.1 do Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário (Min. Redator Walton Alencar Rodrigues) assenta que 'a pretensão punitiva do Tribunal de Contas da União subordina-se ao prazo geral de prescrição indicado no art. 205 do Código Civil'. O art. 205 do Código Civil (Lei 10.406/2002) estabelece o prazo de dez

anos para a prescrição, nos seguintes termos: 'Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor'.

31. Conforme subitem 9.1.2 do mesmo Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário, o início do prazo prescricional inicia-se na data de ocorrência da irregularidade sancionada, nos termos do art. 189 do Código Civil, e interrompe-se pelo ato de ordenar a citação, a audiência ou a oitiva, nos termos do art. 202, inciso I, do Código Civil, recomeçando a contagem a partir da data do ato que ordenar a citação, a audiência ou a oitiva dos responsáveis, nos termos do art. 202, parágrafo único, também do Código Civil, conforme subitens 9.1.3 e 9.1.4, respectivamente, desse mesmo acórdão. No caso sob análise, dos três contratos, a afirmação de que teria operado a prescrição no caso do CT 101 procederia se não fosse a continuidade da ação delitiva das empresas.

32. Entende-se sim ser o caso presente de continuidade da ação delitiva das empresas cartelizadas. Os efeitos das fraudes licitatórias, dentre os quais os prejuízos ocasionados pela atuação do 'Clube', ocorreram à medida em que executados os contratos. Assim, enquanto, não encerrados, os contratos e os respectivos pagamentos, entende-se não ter iniciado o prazo prescricional. Por tal razão, em adição, o prazo prescricional será contado para frente, e não pelo que já transcorreu, pois no período anterior, passado, o delito ainda estava sendo executado. Não houve, portanto, o transcurso do prazo decenal.

33. Não há que se falar em prescrição da pretensão punitiva.

I.3. Da alegação do **bis in idem** (p. 9-14) e da prejudicialidade com o processo perante o Cade (p. 14-19)

34. A empresa alega que não houve delimitação concreta de suas condutas de fraude, que não foi analisada a sua justificativa para não participação no CT 111 nem a consistência dos preços oferecidos pelo consórcio do qual a empresa faz parte.

35. Afirma que a pretensão de aplicação de sanção está calcada exclusivamente na participação, em abstrato, no alegado clube das empreiteiras. Tal participação já foi objeto de sanção pelo TCU no TC 016.991/2015-0. E ainda está sendo objeto de apreciação no TC 016.119/2016-9. A pretensão de condenação à inidoneidade neste processo implica **bis in idem**. Alega que também se configura **bis in idem** punir a empresa pela licitação que venceu e por aquelas que não foi vencedora.

36. Ressaltou a existência do processo no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), destinado a apurar infrações à ordem econômica, cujo objeto versa sobre os fatos apurados na representação em questão. Afirmou restar prejudicada a pretensão processante do TCU para instaurar e conduzir processo concorrente fora do seu âmbito de competência. É premente, portanto, a suspensão da presente representação para aguardar conclusão do processo em curso perante o CADE e por falta de interesse processual.

Análise

37. Primeiro, é preciso ter claro que o TCU já fiscaliza as obras da Repar pelos menos desde 2009. Desde então, irregularidades estão sendo constatadas e apuradas, conforme mencionado na seção 'Histórico' acima.

38. A partir dos elementos colhidos na Operação Lava Jato, foi possível confirmar a existência da atuação concertada das empresas para obtenção de vantagens indevidas às custas da Petrobras e do erário público.

39. Compulsando, de forma atenta, a representação, é possível confirmar que não foi apenas um funcionário da empresa estatal, ou apenas um empresário participante do 'Clube', que confirmou a atuação das empresas referidas na inicial para, de forma habitual, articulada, e por meio do pagamento de propinas aos funcionários Petrobras, obter contratos e auferir lucros indevidos.

40. Resta claro, também, que, pela própria dinâmica da atividade cartelizada, as empresas se revezaram seja para 'vencer' a licitação, seja para dar cobertura e outras empresas cartelizadas obterem o contrato. E tal forma de atuação se deu pelo menos entre 2003 e 2014.

41. As auditorias empreendidas por esta Corte e, em adição, as provas e depoimentos colhidos na Operação Lava Jato, assim como as colaborações, delações e decisões judiciais, inclusive

confirmadas por órgão colegiado da Justiça Federal, já representam material bastante para caracterizar a atuação da Construtora Queiroz Galvão, independente da descrição em miúdo de suas atividades ao menos nos dez anos de atuação do cartel nas muitas obras da Petrobras.

42. Importa para fundamentar a sanção nestes autos que a empresa obteve contrato por meio de atividade ilícita, atuou em conluio para que outras empresas obtivessem o mesmo benefício ilícito, se abstendo de alertar as autoridades quanto às fraudes cometidas e prejuízos causados. As condutas foram adequadamente tipificadas e fundamentadas no Acórdão 2.319/2017-TCU-Plenário.

43. Não há que se falar em **bis in idem** quanto à possibilidade de sanção em mais de um processo nesta Corte por fatos semelhantes em objetos distintos. Aliás, a empresa cometeu irregularidades em diversas licitações de empresas e órgãos diferentes, de forma reiterada por mais de uma década. Os processos mencionados tratam de fraudes nas licitações da Usina Termonuclear de Angra 3 (TC 016.991/2015-0) e nas licitações da Refinaria Abreu e Lima – Rnest (TC 016.119/2016-9). Em se tratando de processos distintos para apuração de tais irregularidades, é evidente que as sanções serão propostas de acordo com as apurações nos respectivos processos, o que não configura o **bis in idem**. No mais, registra-se que, no mínimo, a empresa assumiu o risco de ser sancionada em processos e instâncias administrativas e judiciais distintas, com competências legais específicas e concorrentes.

44. Quanto ao pedido de suspensão da representação, não merece prosperar pelos seguintes motivos: (i) não há direito subjetivo que assista à empresa neste sentido. Embora o art. 157 do RITCU permita ao relator sobrestar o processo, não há obrigação legal ou no RITCU que recomende tal suspensão pelo fato de haver processo ou acordo de leniência tramitando no Cade tratando dos mesmos fatos, ou mesmo acordos de colaboração premiada firmado com o MPF ou ações judiciais em curso, 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 dos processos e acordos citados em nada prejudica a possibilidade da Construtora Queiroz Galvão se defender e a decisão do TCU em nada depende das decisões que venha a ser tomada pelas demais instâncias.

45. Por fim, não se vislumbra razão para que seja solicitada cópia integral do processo em curso no Cade para ser juntado aos presentes autos. Além de não ter sido apresentada justificativa da parte requerente, não se vislumbra na presente fase processual a relevância de tal documentação. O acesso a tal processo poderá ser solicitado pela empresa diretamente ao Cade.

I.4. Da alegação de subsidiariedade do controle externo (p. 19-21)

46. Após referir-se ao Processo Administrativo de Responsabilização no Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU), a empresa alega que o TCU se apressa em apurar fatos, quebrando a subsidiariedade do controle externo, comprometendo a eficiência administrativa.

Análise

47. É preciso deixar clara a competência desta Corte de Contas: de acordo com a Constituição Federal e a Lei Orgânica, o TCU não exerce o controle subsidiário. No caso das fraudes às licitações, é plena a competência desta Corte de Contas. O TCU não está adstrito, limitado, não é subsidiário. Por tais razões, não está obrigado a aguardar o resultado de quaisquer apurações e quando o faz, é por mera liberalidade. A exceção é para o caso de situações específicas de decisões judiciais prolatadas no âmbito criminal.

48. Nessa linha, como detalhado a seguir, a sanção de inidoneidade aplicável pela CGU (Lei 8.666/1993, art. 87, inciso IV, ou art. 88, incisos II e III) tem natureza distinta da prevista na Lei 8.443/1992 (LOTUCU), cujo comando deriva da Constituição Federal, e se dá em razão de fraude comprovada à licitação (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, quanto à legalidade, legitimidade,

economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada poder.

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;'

49. 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.'

50. Há entendimento pacificado no âmbito do TCU de 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 Exmo. Ministro. Relator Walton Alencar Rodrigues e do Acórdão 348/2016-TCU-Plenário, conforme excerto a seguir, inclusive com citação de pronunciamento do Exmo. Ministro Sepúlveda, do STF, nesse mesmo sentido.

*'Com o advento da Lei nº 8.666/1993, 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: ‘.Cumpre 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 inexigibilidade.

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'.

51. Não há, portanto, como prosperar tal argumento.

I.5. Das provas emprestadas e seus vícios (p. 22-31)

52. A empresa alega a nulidade/imprestabilidade das provas emprestadas, baseadas em elementos extraídos de outros autos sem o preenchimento dos requisitos (devido processo legal) para o empréstimo válido das provas. Os elementos trazidos foram produzidos em processos nos quais a empresa não é parte. As acusações foram formuladas em inicial de ação de improbidade e em ações penais. Cita decisão monocrática de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

53. Além disso, os documentos trasladados para os presentes autos efetivamente não foram acompanhados de qualquer prova efetiva das alegações neles constantes. Os acordos de colaboração acostados nem outros documentos trazidos para os autos podem ser tratados como prova.

Análise

54. A atual fase processual representa o amplo exercício do contraditório e da ampla defesa. Está sendo oportunizado à empresa se manifestar, se assim desejar, não apenas sobre procedimento, mas, principalmente, sobre os fatos constantes na representação e na documentação em anexo. Nessa linha, a empresa, se assim quisesse, poderia com o devido suporte documental, intentar desconstituir as informações coincidentes, colhidas de fontes diferentes, em ocasiões também diferentes. A empresa poderia, inclusive, se assim quisesse, colaborar com esta Corte de Contas na apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e reparação do dano. No entanto, até o momento, sem o devido suporte documental, cinge-se a empresa a alegações infundadas.

55. Não há violação do princípio do devido processo legal em razão de supostamente não haver provas nos autos, pois a Representação se baseou em robusto conjunto probatório que demonstra de forma incontestante a ocorrência da fraude (peça 19).

56. Nessa linha, não procede a alegação de impossibilidade de exercer o contraditório e a ampla defesa. A utilização de provas produzidas em outras instâncias e o contraditório ofertado neste processo ampara-se no Novo Código de Processo Civil (NCPC), que 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'.

57. Ainda, não se trata meramente de prova emprestada, mas de mero traslado de documentos, que foram incorporados ao processo do TCU como elemento probatório sujeito ao amplo contraditório, à semelhança do pronunciamento proferido pelo Exmo. Ministro do STF Marco Aurélio no julgamento do Resp 1.554.986-SP, de 8/3/2016.

'(...) 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 extraíndo-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 precípua 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.'

58. O próprio Cade utilizou 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).

59. Em outros processos, também o CADE vem indeferindo este tipo de alegação em seus processos, conforme se pode 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 ALCÍD.A.S/A.

(REsp 617.428/SP, STJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 04/06/2014, DJe 17/06/2-----

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).'

60. Importante registrar ainda o recente Acórdão 1.457/2018-TCU-Plenário, sob a relatoria do Exmo. Ministro Benjamin Zymler (grifos acrescidos):

‘Dessa forma, não havendo restrições legais quanto ao traslado de uma prova, de um processo para outro, não há óbice a que o TCU utilize, em seus processos, provas emprestadas de processos judiciais, especialmente quando os procedimentos judiciais foram tornados públicos pelo juiz competente, como na situação ora examinada. Nesses casos, presume-se que o juízo autorizou o uso dos elementos contidos no processo por qualquer interessado, não havendo nenhuma necessidade de ato formal do juiz autorizando o compartilhamento da prova.

Como é cediço, o novo CPC não impôs muitas restrições para o aproveitamento de provas no processo civil. Pelo que se depreende da leitura da norma, basta a realização do contraditório. Todavia, cabe perquirir se o contraditório deve ser assegurado no processo de origem, como aventado pela embargante, ou se bastaria sua realização no âmbito do processo do TCU.

Sobre o assunto, a jurisprudência do STJ e do STF é pacífica no sentido de que a validade da prova extraída de outro processo depende da realização de contraditório somente no processo de destino. Além da jurisprudência já colacionada pela unidade instrutiva, transcrevo a ementa do REsp 1257058 / RS (relator Ministro Mauro Campbell Marques):

‘4. Tanto o STF quanto o STJ possuem posicionamento permitindo o uso da prova produzida em investigação criminal, na forma do art. 1º, da Lei 9.296/96 (interceptação de comunicações), em processo administrativo disciplinar e em ações de improbidade, desde que observado, no processo de destino seja administrativo, seja judicial, o devido processo legal e o contraditório. Pelas mesmas razões (‘ubi eadem ratio ibi eadem dispositio’), esse

entendimento se estende para se admitir o uso também em processo administrativo fiscal e em execuções fiscais, principalmente quando constatados indícios de cometimento de crimes contra a ordem tributária (Lei n. 8.137/90).’

Assim, o que deve ser observado precipuamente na admissão de prova emprestada é a observância do contraditório do responsável no processo de controle externo. Todavia, tal elemento comprobatório pode receber valoração diversa da que foi adotada no processo de origem, em face dos argumentos aduzidos pelos responsáveis. Concluo que a identidade das partes no processo de origem e no processo em que a prova será empregada não é requisito indispensável para a admissibilidade da prova emprestada, mas deve ser sopesada na valoração da mesma, que pode ter o seu valor diminuído pelo fato de o responsável não ter podido exercer a plenitude de suas garantias no processo de origem.

Finalmente, outra questão que deve ser ressaltada é que muitas das evidências colacionadas nos autos como indícios de fraude às licitações da Rnest não são propriamente provas emprestadas, e sim informações e documentos de caráter público, a exemplo do histórico de conduta resultante de acordo de leniência celebrado com o Cade .’

61. Quanto à utilização dos acordos, registra-se que a Lei 12.850/2013, em seu art. 3º, inclui a colaboração premiada (inciso I) e a cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal (inciso VIII) como meios de obtenção de prova. E em seu artigo 4º, § 16, a lei ressalva que nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador. Daí pode-se concluir que a colaboração premiada é muito mais ampla e contém provas e documentos, além das declarações do agente colaborador, não havendo como se confundir as duas coisas. Ressalte - se ainda que todas as colaborações premiadas utilizadas no presente processo foram homologadas pela justiça, que faz o controle de regularidade, legalidade e voluntariedade, conforme o § 7º do artigo 4º da mesma lei.

62. No caso dos acordos de leniência do Cade, estes possuem legislação própria, a Lei 12.529/2011, capítulo VIII, que prevê, em seu artigo 86, os requisitos para a celebração do acordo, entre os quais há a obrigatoriedade de que da colaboração resulte a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação. Assim como a colaboração premiada, o acordo de leniência não é um simples relato, pois que amparado por documentos que comprovam os fatos relatados.

63. Os argumentos apresentados, portanto, não merecem acolhida, pois não se trata de mera presunção, mas de prática de fraude às licitações públicas, comprovada por meio de provas obtidas em investigações criminais e confissões de gestores envolvidos. A utilização dessas provas trasladadas dos processos criminais e administrativos (Cade) sujeitou-se ao devido processo legal, do contraditório e ampla defesa, de forma que não procede a alegação de violação ao princípio do devido processo legal e ampla defesa, e de utilização indevida de prova emprestada.

64. Ademais, a Construtora Queiroz Galvão não trouxe aos autos nenhum elemento novo que possa negar a ocorrência dos ilícitos apontados ou mesmo afastar a sua participação, se limitando a tentar desqualificar as provas existentes.

1.6. Alegação de cerceamento de defesa (p. 32-35)

65. A empresa afirma que não há individualização da conduta ilícita da empresa ou de seus representantes, demonstrando o caráter genérico da representação. Afirma que não há sentenças em processos penais que vinculem condutas da empresa por atos praticados especificamente nas licitações da Repar. Há uma mera presunção de sua participação em suposto cartel. Não havendo a individualização, não há pleno exercício do contraditório.

Análise

66. Não procede a alegação de que os atos inquinados não teriam sido indicados de forma precisa, pois a empresa foi instada a se manifestar especificamente acerca da fraude às licitações das obras da Refinaria Presidente Getúlio Vargas (Repar), conduzidas pela Petrobras. Na Seção

'Histórico' acima, foram transcritos os itens da deliberação que tratam das condutas das empresas cartelizadas.

67. Como já registrado anteriormente, pela própria dinâmica do cartel, as empresas fraudaram as licitações, revezando nos papéis de vencedora, licitante apenas para ofertar propostas de cobertura, subcontratada, etc. Neste sentido, ver o Anexo 1 da Representação (peça 19, p. 24-27).

68. As fraudes foram praticadas por todas as empresas cartelizadas. As condutas estão descritas na Representação, no Relatório e Voto que acompanham o Acórdão 2.319/2017-TCU-Plenário e no Ofício de Audiência.

69. E é justamente sobre elas que a empresa foi instada a se manifestar. Não há que se falar, repita-se, em cerceamento de defesa, pois as condutas foram descritas, documentos foram fartamente juntados para sustentar as irregularidades apresentadas na Representação, foi concedido prazo para apresentação das razões de justificativa, o qual foi prorrogado sem sequer ter havido pedido anterior da empresa.

70. Assim, demonstra-se que houve indicação precisa dos atos inquinados, suficientes para permitir o contraditório e a ampla defesa. Os requisitos para permitir a defesa foram devidamente atendidos. Bastaria que os representantes legais da manifestante lessem o citado decisum do TCU por completo: Acórdão, Voto e Relatório.

71. Além disso, há jurisprudência pacificada do Superior Tribunal de Justiça que rejeita a alegação de inépcia de denúncia por falta de individualização das condutas em infrações de autoria coletiva ou societária.

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 de talhar as condutas individuais dos envolvidos, pois, admite a jurisprudência, nos chamados crimes coletivos ou societários, como 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 delituosa, 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).'

72. Os argumentos não merecem, portanto, prosperar.

II. Das alegações quanto ao mérito

II.1. Das características do mercado e do papel dos agentes públicos da Petrobras (p. 36-43 e 43-47)

73. A empresa alega que a Petrobras atua em monopólio, determinando seus fornecedores, sendo um mercado antagônico às condições necessárias à formação de um cartel. Afirma que a Petrobras possui os elementos para influenciar o mercado de fornecedores. Afirma que o entendimento sobre a existência de cartel lastreou-se exclusivamente em depoimentos colhidos em sede de delações, sem atentar para os fatos. Afirma inexistir o cartel.

74. A Construtora Queiroz Galvão afirma que a participação de diversas empresas convidadas pela Petrobras fora do que o TCU presumiu ser o 'Clube' é elemento suficiente para afastar a possibilidade de imputação a empresas que não venceram essa e outras licitações, da acusação presumida de concurso para alegada fraude. Segundo a empresa, revela-se improcedente a acusação, não podendo ser aplicada a sanção de inidoneidade.

Análise

75. Considera-se adequado analisar esses dois tópicos em conjunto dada a estreita relação entre ambos.

76. Discorda-se da argumentação empreendida pela empresa. O desenho atual do mercado criou as condições para que o cartel atuasse por mais de uma década, causando prejuízo de bilhões de reais aos cofres da Petrobras e da União.

77. Por ter a Petrobras o poder de escolher os seus fornecedores, atuando no mercado monopólio, bastou ao cartel corromper funcionários de uma única empresa para assim manter-se no controle das contratações da empresa estatal. Aliás, não apenas das contratações, como também na própria definição de investimentos, alguns deles até sem a devida maturação e cálculo do respectivo retorno econômico.

78. A Petrobras até teria capacidade de usar sua posição econômica no mercado para dela auferir vantagem econômica. Ao contrário, a corrupção de agentes públicos inverteu tal situação, ficando a empresa submissa à vontade de grupos empresariais cartelizados. O 'Clube' definia quem venceria e qual o preço seria praticado na licitação. Evidentemente, a Petrobras não foi privilegiada por sua posição econômica frente aos fornecedores.

79. Nessa linha, resgata-se trecho de relatório de fiscalização, citado na representação, no qual há claro registro dos problemas nos procedimentos licitatórios, os quais envolviam empresas e agentes públicos (peça 1, p. 165, TC 010.546/2009-4):

'Os critérios de julgamento dos convites, com base no preço secreto, proporcionam tanto a escolha pela Petrobras de quem será a vencedora quanto a formação de consórcios que praticam a

concertação de propostas. Quando os consórcios são formados, a Comissão de Licitação é obrigada, na maioria dos casos, a solicitar uma segunda estimativa aumentando o número do preço secreto. Se não aumentar, não contratará ninguém daquela vez.'

80. Na mesma linha, o Termo de Colaboração nº 1, de Paulo Roberto Costa, ex-diretor de Abastecimento da Petrobras, firmado no âmbito criminal da Justiça Federal, em 29/8/2014, sob o amparo da Lei 12.850/2013, foi revelado às autoridades (peça 4):

'(...) que, quanto às contratações da área de serviços, como ocorrem em todas aquelas feitas pela Petrobrás, considerando que o Brasil possui um número reduzido de empresas com capacidade técnica e porte para grandes obras (em torno de 10 empresas), havia uma cartelização com o objetivo de frustrar o efetivo procedimento licitatório para as contratações; que as empresas se reuniam normalmente em São Paulo, ou eventualmente na sede da Abemi no Rio de Janeiro, para decidir com quem ficaria cada uma das obras, definindo os percentuais de pagamento de propinas e os responsáveis por cada uma das obras e contratos. (...).'

81. Quanto à suposta participação de outras empresas nos certames, tal ponto não invalida os argumentos e fundamentos da representação, seja porque não houve a participação ativa de outras empresas fora do 'Clube', por meio de apresentação de propostas competitivas, eventual apresentação de recursos administrativos nas licitações, seja porque a representação não se baseia apenas nesse ponto para concluir pelas irregularidades e responsabilidades.

82. Sobre o ponto, foi destacado na representação que (peça 19):

'27. Das informações apresentadas até o momento, verifica-se que houve fraude às licitações que precederam os Contratos CT-101, CT-111 e CT-112, nas obras da Repar.

(...) 29. Cotejando essa lista com os trechos de colaborações premiadas transcritos anteriormente, verifica-se que todas as empresas, à exceção da Contreras Engenharia e Construções Ltda., foram citadas como participantes diretas ou simpatizantes do esquema ilícito.'

83. Importante resgatar, ainda, trecho esclarecedor da representação sobre a dinâmica das atividades do cartel e a manipulação de resultados (peça 19):

'18. No Anexo 21 do Termo de Colaboração de Ricardo Pessoa, firmado em 13/5/2015, foi apresentado o trecho a seguir transcrito, corroborando as informações anteriormente apresentadas por Paulo Roberto Costa (peça 4):

(...) A UTC foi convidada para participar de 4.029 obras junto a Petrobras. Ela participou efetivamente de 609 obras e ganhou 107 obras. Nas principais obras da Petrobras, existia um arranjo entre as empresas concorrentes, o qual funcionava por intermédio de um 'pacto de não agressão' e de 'fixação de prioridade na obra'.

Essas obras, nas quais existia um arranjo/combinção de preço por parte das empresas, eram as que compunham: a) os grandes pacotes de HDT'S em diversas refinarias; b) os grandes pacotes da Rnest (Abreu e Lima); e c) aos grandes pacotes do Comperj. Com relação às tais obras, existiu, portanto, um 'pacto de não agressão' e uma 'fixação prioridade na obra', os quais foram firmados entre as empresas licitantes na dinâmica abaixo descrita.

Quando um grande pacote de obra na Petrobras era lançado, as empresas licitantes promoviam uma reunião para conversarem sobre o tema. Não existia, no entanto, um 'Clube' fixo de empresas, isto porque os integrantes desse grupo se alteravam dependendo do pacote lançado - o critério para incluir ou excluir as empresas desse grupo era o da afinidade.

Nessas reuniões, era discutida a forma de distribuição dos pacotes de obras da Petrobras. Como nenhuma empresa tinha a capacidade de construir todas as obras sozinha, as reuniões objetivavam realizar a divisão dos grandes pacotes entre as empresas participantes para que nenhuma destas ficasse sem obra.

Para realizar tal distribuição, eram celebrados 'pactos de prioridade' e 'de não agressão' entre as empresas. Por intermédio deles, existia uma combinação de preço entre as empresas licitantes para, com ela, favorecer a vitória de determinada pessoa jurídica na licitação (normalmente a que tinha preferência para a obra em questão). Ou seja, respeitando a divisão prévia feita em tais

encontros, as empresas combinavam entre si o preço a ser ofertado na licitação - para, justamente, ou dar cobertura a empresa com preferência na obra (fornecendo preços mais elevados do que o oferecido por esta), ou ofertar o preço de mercado e com isto vencer o certame.

Como funcionava no caso de ds: pedia-se para que a empresa não diminuísse a produtividade, para não correr riscos. Isso significava que para 40% aproximadamente do preço os índices da produtividade e da mão de obra seriam baixos. Bastava, por exemplo, em uma montagem de tubulações de 10 ou 8 polegadas, colocar 350 homens hora por tonelada e não 250, por exemplo. Era, portanto, na produtividade da obra que o preço era fixado para respeitar o referido pacto de não agressão/prioridade.

Após essa definição de prioridades, diversos grupos se dividiam e um verdadeiro embate acontecia para a formação dos consórcios. Por essa razão, nesses grandes pacotes, poucas propostas eram apresentadas; até porque poucos consórcios teriam condição de apresentar uma proposta consistente e séria.

Saliente-se que estas discussões de consórcios e de 'pactos de preferência/não agressão' não eliminavam a presença de outras empresas aventureiras; as quais não respeitariam o acordado.

Em caso de cobertura de uma empresa na licitação, algumas vezes, as que se sagrariam vencedoras auxiliavam as demais participantes que dariam cobertura nos custos do projeto (...).

O início do que ficou nominado como cartel pelo Ministério Público Federal ocorreu na licitação da unidade de propeno da Revap, em São José dos Campos. Nela, foi apresentado para licitação um projeto muito ruim - o qual era fraco e inconsistente. Por essa razão, a licitação 'deu vazia' e nenhum proponente apareceu.

Diante de tal fato, a Abemi, em razão de sua atuação como entidade representante das empresas de construção e montagem industrial, foi chamada pela Petrobras para que tomasse algumas providências, diante do ocorrido na licitação da unidade de propeno da Revap, para que não ocorressem mais licitações vazias.

Para resolver a situação, a Abemi promoveu uma ou duas reuniões entre as empresas integrantes da classe por ela representada para, justamente, preparar as empresas para os grandes pacotes de obras da Petrobras e, com isto, evitar a repetição de uma licitação vazia como a que ocorreu na unidade de propeno da Revap.

Paralelamente a tais reuniões institucionais, promovidas a partir da Abemi, foram realizadas reuniões entre as empresas licitantes, as quais foram supramencionadas, para discutir a divisão dos grandes pacotes e determinar quais empresas teriam prioridade em cada um destes. Saliente-se que tais divisões ocorriam no bojo dos três grandes pacotes supramencionados, não existindo tal discussão para outras obras, tais como: grandes gasodutos; térmicas; e unidades de fertilizantes (...).

Já no caso do propeno da Replan, a UTC não sabia a lista de convidados, por não ter conseguido identificar todos. Na última hora ela ficou sabendo que a OAS estaria presente. Diante de tal fato, a UTC pediu à OAS para que esta não participasse da licitação. Em troca de tal pedido, foi ofertado à OAS uma participação em outro consórcio, qual seja, no consórcio Compar da planta de HDT da Repar. (...) (Grifos acrescidos).

19. Ricardo Pessoa voltou a tratar do 'pacto de não agressão e fixação de prioridades' em seu Termo de Colaboração nº 28, de 29/5/2015. Desse documento, cabe transcrever os seguintes trechos (peça 5):

(...) que os participantes da reunião mais ampla referiam-se a si mesmos como 'a mesa'; que, 'as mesas' funcionaram de 2006 a 2011; que, as mesas se reuniam cerca de três vezes ao ano e eram compostas por empresas que estavam no cadastro, ou seja: Odebrecht, OAS, Queiroz Galvão, Camargo Corrêa, Andrade Gutierrez, Mendes Júnior, Techint, Promon, EBE/MPE, Skanska, Engevix, Setal, GDK, Iesa; que, Setal, GDK, Iesa, EBE/MPE, nem sempre participavam da primeira reunião da 'mesa' porque não havia clareza se seriam ou não convidadas;

(...) que, em relação à obra da Planta de Gasolina da Repar, Araucária, Paraná, a ‘mesa’ definiu que o vencedor seria o consórcio formado pela UTC, Odebrecht (Márcio Faria) e OAS (Agenor Medeiros); que, quem apresentou a ‘proposta de cobertura’, ou seja, já sabendo que não iriam ganhar, foi o consórcio formado pelas seguintes empresas: Camargo Corrêa, representada na época possivelmente pela pessoa de Leonel, e Promon, representada por José Otavio Alvarenga; que, nesse caso, só houve uma proposta cobertura; (...).

20. Retornando a Paulo Roberto Costa, no caso específico da Repar, esse colaborador faz referência específica à atuação das empresas por meio do Termo de Colaboração nº 70, de 11/9/2014, nos seguintes termos (peça 6):

(...) que indagado se tem conhecimento do empreendimento denominado ‘Modernização e Adequação do Sistema de Produção da Refinaria Presidente Getúlio Vargas – Repar’, localizado dentro da área industrial da Petrobras no Município de Araucária/PR, afirma que sim, pois se trata de empreendimento realizado durante o período em que já ocupava a posição de Diretor de Abastecimento da Petrobras;

(...) que indagado se também havia interesses escusos na realização do referido empreendimento, como o desvio de recursos públicos, afirma que sim, por intermédio das empresas contratadas via consórcios que integravam o processo de cartelização já mencionada em outros termos de colaboração, sendo que, a partir disso, houve o desvio de recursos públicos por meio de algumas das obras realizadas na Repar; (...).

21. A seguir, são citados, no referido termo, alguns contratos, assinados com consórcios que atuaram nas obras mais valiosas da Repar, auditados por equipes do TCU e cujas empresas participaram, no todo ou em parte, do processo de cartelização. São eles:

Contrato CT 0800.0035013.07.2 - CT 101, assinado com o Consórcio Conpar, formado pelas empresas Construtora Norberto Odebrecht S.A., Construtora OAS Ltda. e UTC Engenharia S.A. Neste caso o colaborador afirmou que as três empresas tiveram envolvimento com a cartelização; objeto da tomada de contas especial TC 023.266/2015-5, no valor de R\$ 184.154.880,33.

Contrato CT 0800.0043363.08.2 - CT 111, firmado com o Consórcio Interpar, formado pelas empresas Mendes Júnior Trading e Engenharia S.A., MPE Montagens e Projetos Especiais S.A. e SOG - Sistemas em Óleo e Gás S.A. Confirmou, neste caso, que a Mendes Júnior participou da cartelização; objeto da tomada de contas especial TC 023.301/2015-5, no valor de R\$ 460.317.873,45; e

Contrato CT 0800.0043403.08.2 - CT 112, assinado com o Consórcio CCPR-Repar, constituído por Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A. e Promon Engenharia Ltda. Nesta avença, informou que apenas a primeira era cartelizada e, quanto à segunda, que não participava do esquema; objeto da tomada de contas especial TC 023.657/2015-45, no valor de R\$ 551.339.404,18.’

84. Não prosperam, portanto, os argumentos apresentados pela empresa.

II.2. Da dilação probatória (p. 47-50)

85. A Construtora Queiroz Galvão afirma ser necessária a dilação probatória, ‘especialmente por parte do TCU, que tem claramente o ônus da prova das acusações que formulou...’. A empresa solicita que seja promovido o contraditório dos depoimentos e declarações, a audiência dos funcionários da Petrobras. Ressalta não poder haver prejuízo ao exercício do contraditório e da ampla defesa.

Análise

86. Novamente, a Construtora Queiroz Galvão intenta inverter o ônus probatório. Já consta da representação (peça 19) elementos mais do que suficientes para sancionar a empresa, mormente por ter sido contratada pela Petrobras, ainda que por meio de consórcio. O **onus probandi** de apresentar as contraprovas é da empresa e demais responsáveis que cometeram as fraudes.

87. Caberia à empresa, se assim desejasse, fazer uso da presente fase processual para trazer provas cabais que desconstituíssem os itens da respectiva audiência.

88. *O exercício do contraditório e da ampla defesa na presente fase processual garantem a observância do princípio do devido processo legal. Nesse sentido, foram dados à empresa oportunidade e prazo para que se manifestasse sobre cada afirmação, fundamento, documento e prova trasladada.*

89. *É descabido, portanto, o pedido de dilação probatória.*

II.3. Dos pedidos

90. *A Construtora Queiroz requer: a) o reconhecimento da incompetência do TCU para tratar da matéria, cuja autoridade competente é o Cade; b) seja desprezada a prova produzida sem a garantia do contraditório; c) caso não seja desprezada a prova, sejam afastadas as acusações formuladas e arquivado o feito, reconhecendo a correção das condutas da Construtora; d) seja afastada a possibilidade de imputação de dano à empresa, eis que ausente acusação específica, a pretensão para estipular dano não tem fundamento legal e inexistente demonstração de dano ao erário; e) produção de prova pericial na área da economia concorrencial e de prova testemunhal.*

Análise

91. *Em relação ao reconhecimento da incompetência, já foi explicado em seção anterior que o TCU atua no exercício das suas competências constitucionais e legais, em especial quanto às fraudes praticadas em licitações públicas.*

92. *Quanto às provas existentes e que fundamentam a representação, o contraditório foi oportunizado por meio da oitiva. Além disso, a empresa não trouxe nenhum elemento capaz de afastar qualquer uma delas, principalmente quanto aos fatos narrados por diversos agentes públicos e particulares, partícipes no cometimento de tais fraudes e/ou no pagamento/recebimento das respectivas propinas.*

93. *Com relação ao dano ao erário, importa destacar que tal matéria não está sendo tratada nestes autos.*

94. *Com relação à produção de prova, como já dito anteriormente, é dever da empresa apresentar elementos/documentos capazes de desconstituir os fatos narrados na representação. A ela já foi propiciada a oportunidade de apresentá-las em sua manifestação.*

95. *Não há, portanto, como acolher os pedidos da empresa.*

III. Da responsabilização e individualização das condutas

Responsável: Construtora Queiroz Galvão S/A (CNPJ 33.412.792/0001-60)

Conduta: 9.2.2. irregularidades: conluio entre as empresas e fraude às licitações da Repar que precederam o Contrato 0800.0035013.07.2 (CT 101), o Contrato 0800.0043363.08.2 (CT 111) e o Contrato 0800.0043403.08.2 (CT 112), no bojo de esquema criminoso conduzido, pelo menos, de 2003 a 2014, a partir das seguintes condutas ilícitas: a) combinação de preços; b) quebra de sigilo das propostas; c) divisão de mercado; d) oferta de propostas de cobertura para justificar o menor preço ofertado; e) combinação prévia dos resultados com o consequente direcionamento das licitações; e f) ausência de formulação de proposta para beneficiar a empresa escolhida pelo cartel;

Nexo de causalidade: as práticas adotadas por esta empresa resultaram em: fraudes às licitações; restrição à competitividade; contratações de empresas e consórcios por valores acima daqueles que seriam praticados em ambiente competitivo; e prejuízo à transparência e ao controle social.

96. *A participação da Construtora Queiroz Galvão S/A, juntamente com as demais empresas citadas no subitem 9.2.1 do Acórdão 2.319/2017-TCU-Plenário, implicadas no bojo do processo da representação (peça 19), foi confirmada pelas investigações da Operação Lava Jato, conforme sentenças condenatórias da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR (peças 11 a 16), com destaque para a sentença proferida na Ação Penal 5083258-29.2014.4.04.7000/PR (peça 11), na qual o Juízo daquela Vara Federal condena diretores de outras construtoras por crimes que envolvem corrupção, lavagem e pertinência à organização criminoso.*

97. *Reforçando o conjunto probatório da ocorrência de fraude às licitações para as obras da Repar, a representação se baseou ainda nas seguintes evidências probatórias: Ação de*

Improbidade (peça 3), depoimentos e termos de colaboração (peças 4-10), sentenças (peças 11-16), Inquérito (peça 17), e denúncia (peça 18).

98. O Sr. Pedro José Barusco Filho, em seu Termo de Colaboração 5 (peça 8), também declarou ocorrência de cartel e fraude às licitações da Repar, nos seguintes termos:

'(...) afirma que a atuação do cartel na Petrobras já se dava há muito tempo, mas foi facilitada a partir de 2006 até 2011, em razão do grande volume de obras de grande porte, sendo que o critério técnico de seleção das empresas da Petrobras costumava sempre indicar as mesmas empresas do cartel e outras que eram 'simpatizantes', o que proporcionava as ações do cartel no sentido de dividir entre si as obras; que as empresas que compunham uma espécie de 'núcleo duro' do cartel eram em torno de 14 (quatorze), isto é, a Camargo Correa, a Andrade Gutierrez, a Odebrecht, Setal/SOG-Óleo e Gás, a OAS, a UTC, a Skanska, a Promon Engenharia, a Techint, a Queiroz Galvão, a Engevix, a Mendes Júnior, a Schahin e a MPE; que essas eram as empresas mais convidadas, as mais atuantes dentro da Petrobras; que havia também empresas simpatizantes que aceitavam 'a conversa com o cartel' acima referido e, eventualmente, participavam de licitações, atuando em conjunto com as empresas do 'núcleo duro', isto é, a Carioca, a Tomé Engenharia, a TKK, a Engesa, a Jaraguá, a Alusa, a GDK, dentre outras; que embora não tenha participado de reuniões com as empresas do cartel, o que eles faziam entre si era definir entre eles quem ganharia determinada licitação; que, basicamente, no tocante ao cartel, a ação era no sentido de haver um direcionamento em favor de determinadas empresas ou, além do direcionamento, também praticar preços excessivos, como se deu de modo mais evidente na Rnest;

(...) que indagado sobre a participação de Ricardo Pessoa, da UTC, no cartel, se sabia que o mesmo era o coordenador do 'Clube' das empresas, afirma que não sabia, mas, à época, tinha conhecimento de que ele era o presidente da Abemi - Associação Brasileira das Empresas de Engenharia Industrial, de maneira que ele exercia um certo papel de coordenação pela própria natureza do seu trabalho e acha que ele era uma pessoa bastante influente no cartel, embora desconheça que ele fosse o coordenador;

(...) que indagado sobre as obras da Repar, da Revap e da Replan, entende que também houve atuação do cartel no sentido de direcionar as obras para um grupo e para outro, mas não sabe dizer se houve uma ação organizada para majorar os preços, nos moldes em que ocorreu na Rnest e no Comperj;

(...) que o declarante apresenta uma lista de processos licitatórios no qual houve possível atuação das empresas do cartel em obras da Petrobras, ora anexada, na qual identifica o número do documento que origina o pedido para licitar, a data e o objeto; que, nestas licitações, estão os processos licitatórios da Rnest, Comperj, alguns da Repar, Replan, Relan, Recap; que quando saiu da Petrobras, solicitou que fossem gravados os seus atos de gestão e isso consta do sistema lótus notes, que está gravado no seu notebook, que ora apresenta para fins de apreensão; que verificou neste sistema quais foram as licitações em que o cartel efetivamente atuou ou pode ter atuado, mas de forma não exaustiva, pois o cartel pode ter atuado em vários outros processos licitatórios que o declarante não consegue identificar neste momento. (...).'

99. O Sr. Augusto Ribeiro de Mendonça Neto, no Termo de Colaboração 1 (peça 9, p. 5), também declara a existência de reuniões das empresas cartelizadas e de listas de empresas a serem convidadas para licitações na Petrobras, entregues ao Sr. Renato Duque, conforme transcrição abaixo:

'QUE o papel do coordenador, que sempre foi desempenhado por RICARDO PESSOA ao longo do funcionamento do 'CLUBE', era o de organizar as reuniões, era ele quem convocava os representantes das empresas para as reuniões, entregava as listas para RENATO DUQUE e estabelecia contato direto com ele;'

100. Portanto, resta comprovada a ocorrência de fraude nas licitações conduzidas pela Petrobras, relacionadas a certames para obras de modernização e adequação do sistema de produção da Repar, mediante a combinação de preços, quebra de sigilo das propostas, divisão de mercado,

oferta de propostas de cobertura para justificar o menor preço ofertado, combinação prévia dos resultados com o consequente direcionamento das licitações e ausência de formulação de proposta para beneficiar a empresa escolhida pelo cartel.

101. Também resta demonstrada a participação ativa e passiva da empresa Construtora Queiroz Galvão S.A. no esquema fraudulento acima referido.

102. Em face do exposto, conclui-se que a conduta é reprovável, devendo acarretar, no mérito, a declaração de inidoneidade da empresa Construtora Queiroz Galvão S.A. para participar de licitações na Administração Pública Federal, com fundamento no art. 46, da Lei 8.443/1992, conforme análise da dosimetria da sanção de inidoneidade a seguir.

IV. Da dosimetria da sanção de declaração de inidoneidade

103. Conforme exposto no exame técnico acima, restou comprovado que a Construtora Queiroz Galvão S/A participou ativamente de fraudes em licitações da Repar mediante a prática das seguintes condutas: combinação de preços, quebra de sigilo das propostas, divisão de mercado, oferta de propostas de cobertura para justificar o menor preço ofertado, combinação prévia dos resultados com o consequente direcionamento das licitações e ausência de formulação de proposta para beneficiar a empresa escolhida pelo cartel.

104. Esses atos ilícitos afrontaram de forma grave e continuada 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. Ademais, infringiram o item 1.2 do Decreto 2.745/1998.

105. 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.’

106. Conforme bem pontuado pelo Exmo. Min. Relator do Acórdão 348/2016-TCU-Plenário, a fraude e o conluio de forma reiterada, burlando os princípios fundamentais da Administração e ludibriando o controle, que, sem o poder de polícia para investigar, tem sua atuação limitada quanto à produção de prova de conluio e fraude à licitação da natureza das tratadas neste processo, merece tratamento rigoroso:

‘Constitui premissa lógica do sistema sancionatório o cumprimento integral de todas as sanções. Isso porque, se alguém tem o dever legal de não praticar determinada conduta e ainda assim, a prática mais de uma vez, viola a norma repetidas vezes, devendo suportar as consequências de cada transgressão.

Nesse sentido, a lição de Fábio Medina Osório (in Direito Administrativo Sancionador. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 412 e 414):

‘O concurso material de ilícitos está ligado ao princípio da igualdade. Não se pode tratar igualmente os desiguais. Daí que o sujeito que comete vários ilícitos merece um tratamento naturalmente mais rigoroso do que aquele que comete menor quantidade de infrações, se estamos diante de infrações de mesma natureza.

(...) A soma dos prazos é, de certo modo, inevitável diante do concurso de ilícitos. O legislador fixa, via de regra, prazos para ilícitos autônomos. Não veda o acúmulo material, que decorre da necessidade de tratamento isonômico. Isto porque eventual interpretação que congelasse o patamar máximo dos prazos de interdições ou suspensões de direitos feriria a igualdade de tratamento aos jurisdicionados ou administrados, equiparando corruptos e administradores altamente desonestos

a outros que atuam em escalas e níveis distintos, ainda que reprováveis. Haveria um estímulo ao ilícito e às injustiças decorrentes do rompimento do princípio isonômico’.

107. Portanto, considerando que (i) o Tribunal de Contas da União vem atuando nesses contratos desde 2009, apontando diversas irregularidades graves, culminando, anteriormente, na proposta de classificação de Irregularidade Graves com Recomendação de Paralisação do fluxo financeiro para essas obras e correspondente comunicação ao Congresso Nacional; (ii) a prática delituosa ocorreu de forma reiterada e ampla nas licitações da Petrobras, não se tratando de incidência isolada; (iii) a sanção deve guardar proporção com a reiteração da prática, com a gravidade dos atos ilícitos, envolvendo diversos meios fraudulentos para obtenção do êxito no crime perpetrado, com materialidade e com a culpabilidade do agente envolvido; e (iv) de forma a garantir a função pedagógica e preventiva da sanção, propugnase por declarar a inidoneidade da Construtora Queiroz Galvão S/A por 5 (cinco) anos para participar de licitações na Administração Pública Federal.

Conclusão

108. Tratam os autos de representação (peça 19), com fundamento nos arts. 46 e 86, inciso II, da Lei 8.443/1992, c/c art. 237, inciso VI, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União (RITCU), acerca de fraudes às licitações conduzidas pela Petróleo Brasileiro S/A (Petrobras) para a modernização e adequação do sistema de produção da Refinaria Presidente Getúlio Vargas em Araucária – PR (Repar).

109. O presente exame técnico avaliou a participação da Construtora Queiroz Galvão S/A no referido esquema de fraude.

110. Destacou-se, na seção ‘Histórico’, a atuação do TCU nessas obras, que desde 2009, vem realizando auditorias, apontando já naquela época diversas irregularidades, a sustentar inclusive a recomendação de paralisação das obras TC 010.546/2009-4.

111. Em razão dos desdobramentos da ‘Operação Lava Jato’, confirmando a ocorrência de conluio entre as empresas e o pagamento de propinas para fraudar as licitações da Petrobras, inclusive no âmbito da Repar, esta Secretaria Especializada representou junto a esta Corte de Contas (peça 19) com vistas à apuração das consequências administrativas advindas da referida fraude, acolhida por meio do Acórdão 2.319/2017-TCU-Plenário (TC 011.856/2017-3), da relatoria do Ministro André Luís de Carvalho, ficando os eventuais débitos para serem devidamente quantificados e as condutas e culpabilidades dos responsáveis para serem avaliadas no âmbito das respectivas tomadas de contas especiais específicas.

112. Com base nos subitens 9.2 e 9.6.1 do Acórdão 2.319/2017-TCU-Plenário (peça 22) foi determinada a realização da oitiva das empresas e a audiência dos responsáveis em processos apartados. As oitivas foram realizadas no âmbito do TC 029.988/2017-9. Consta no processo, no caso da Construtora Queiroz Galvão S/A, o Ofício de oitiva, peça 31 daquele processo (e 28 e 29 deste), e as razões de justificativa à peça 127 daquele processo (e 30 deste). Por meio do Acórdão 2.238/2018 (peça 1), da relatoria do Ministro André Luís de Carvalho, o Plenário autorizou a atuação de processos apartados específicos para análise dos argumentos de cada empresa chamada em oitiva nos autos.

113. Empreendida a análise, a empresa Construtora Queiroz Galvão S/A não logrou êxito em afastar sua responsabilidade nas irregularidades ora tratada pelos motivos sintetizados a seguir. Em verdade, a empresa se limitou, em sua manifestação, à tentativa de descaracterizar as provas legalmente obtidas e de alegar desrespeito ao devido processo legal, não buscando demonstrar eventual inexistência das fraudes inquinadas, tampouco provar que não teria participado do seu cometimento, conforme exame técnico desta Instrução.

114. Não há sobreposição de competências na atuação do Cade, CGU e TCU, tampouco risco de **bis in idem**, haja vista que a natureza da atuação constitucional de controle externo do TCU é distinta tanto da atuação do Cade, que se refere à concentração econômica, quanto da atuação da CGU, que se refere ao poder de autotutela da Administração de fiscalização de seus atos (Lei

8.666/1993, art. 87, inciso IV, ou art. 88, incisos II e III). Ainda, a Representação se baseou em robusto conjunto probatório que demonstra de forma incontestada a ocorrência das multicitadas fraudes.

115. Não houve violação ao princípio do devido processo legal, haja vista que a empresa foi instada a se manifestar acerca de todo o conteúdo dos autos. As provas trasladadas de processos de outras instâncias são legítimas e válidas, e a empresa teve a oportunidade de contestá-las e de provar suas afirmações, o que não ocorreu.

116. As condutas foram adequadamente delimitadas e descritas, conforme a representação, o Relatório, o Voto e o Acórdão 2.319/2017-TCU-Plenário (Relator Ministro André Luís de Carvalho), e a empresa foi regularmente notificada, conforme Ofício de Oitiva (peças 28 e 29).

117. Além da robustez do conteúdo probatório nestes autos, é importante lembrar que a Construtora Queiroz Galvão foi sancionada por esta Corte de Contas, em cada caso pelo prazo de cinco anos, pelo cometimento de fraudes semelhantes às licitações aqui relatadas, em procedimentos conduzidos pela Petrobras, no caso da Refinaria Abreu e Lima-Rnest (Acórdão 1.221/2018, mantido pelo Acórdão 1.457/2018, ambos do Plenário, Relator Exmo. Ministro Benjamin Zymler), e ainda no caso da Usina Termonuclear Angra III (Acórdão 483/2017-TCU-Plenário, Relator Exmo. Ministro Bruno Dantas).

118. Os elementos probatórios carreados aos autos formam conteúdo forte e convergente, suficiente para comprovar a ocorrência da fraude à licitação, em consonância com o entendimento constante dos Acórdãos 1.223/2015-TCU-Plenário (Min. Relatora Ana Arraes), 333/2015-TCU-Plenário (Min. Relator Bruno Dantas), e 834/2014-TCU-Plenário (Min. Relator André de Carvalho). E, considerando a independência das instâncias, as decisões nas instâncias cível e criminal não vinculam a decisão do TCU, exceto quando a decisão proferida na instância penal taxativamente declare a inexistência do fato ou a negativa da autoria, o que não é o caso.

119. Foi respeitado o contraditório e a ampla defesa, conforme demonstram os documentos relacionados à comunicação da empresa sobre as irregularidades às quais foi chamada a responder (peças 22 a 30).

120. Foi respeitado o princípio da presunção de inocência, pois foi facultado à Construtora Queiroz Galvão o contraditório e a ampla defesa, inclusive com concessão de prazo adicional. Além disso, cabe à empresa demonstrar, através de contraprovas, que não participou do esquema delituoso, pois a presente Representação se baseou em conteúdo probatório suficiente para comprovar a ocorrência da fraude à licitação, cuja conduta e clareza quanto ao tipo sancionatório foi devidamente demonstrada.

121. Não ocorreu a prescrição da pretensão punitiva. Trata-se de continuidade da ação delitiva das empresas cartelizadas. Os prejuízos foram causados à Administração Pública à medida em que executados os contratos, e, enquanto não encerrados, os contratos e os respectivos pagamentos, não tem início o prazo prescricional. Assim, o prazo prescricional será contado para frente, e não pelo que já transcorreu.

122. O disposto no art. 46 da Lei 8.443/1992 não condiciona a declaração de inidoneidade a nenhuma outra apuração, senão à ocorrência de fraude comprovada à licitação, e constatada a fraude à licitação, e declaradas inidôneas as empresas implicadas, cabe à Administração, no caso a Petrobras (Administração Indireta), no uso da autotutela administrativa, adotar providências quanto à anulação dos contratos decorrentes desses procedimentos licitatórios ora inquinados.

123. A proporcionalidade e a razoabilidade são consideradas na dosimetria da sanção à medida que o TCU avalia o nível de gravidade do ilícito, a materialidade e o grau de culpabilidade dos responsáveis implicados, em consonância com a jurisprudência do TCU e com o Voto do Min. Relator Bruno Dantas, que fundamentou o Acórdão 483/2017-TCU-Plenário.

124. *A declaração de inidoneidade prevista no art. 46 da Lei 8.443/1992, decorrente da atuação constitucional de controle externo do TCU, é de natureza distinta da pretensão punitiva constante do Decreto 2.745/1998, que se refere a sanções referentes a infrações e descumprimento na execução contratual. A declaração de inidoneidade imposta pelo TCU abrange toda a Administração Pública Federal, sendo a atuação da Administração de forma direta, indireta ou por meio de transferências voluntárias (item 9.2.1 do Acórdão 348/2016-TCU-Plenário, Relator Exmo. Ministro Walton Alencar Rodrigues).*

125. *Portanto, conforme tópico '(III) da responsabilização e individualização das condutas', resta comprovada a ocorrência de fraudes nas licitações conduzidas pela Petrobras, relacionadas a certames para às licitações conduzidas pela Petrobras na realização das obras da Refinaria Presidente Getúlio Vargas (Repar), localizada em Araucária/PR, mediante conluio entre as empresas para a prática das seguintes condutas: combinação de preços, quebra de sigilo das propostas, divisão de mercado, oferta de propostas de cobertura para justificar o menor preço ofertado, combinação prévia de resultados e consequente direcionamento das licitações, e ausência de formulação de proposta para beneficiar a empresa escolhida pelo cartel.*

126. *Também resta comprovada a participação da empresa Construtora Queiroz Galvão S/A no esquema fraudulento acima referido.*

127. *Em face do exposto, a conduta delitativa afrontou de forma grave e continuada os princípios constitucionais insculpidos no art. 37, caput e inciso XXI, no art. 173, § 1º, inciso III, ambos da Constituição Federal (CF/1988), bem como no item 1.2 do Decreto 2.745/1998, precipuamente os da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da igualdade de condições aos concorrentes em processo licitatório. A gravidade danosa já indicada em processos específicos de TCE e a prática delituosa reiterada em diversos certames licitatórios requerem a atuação exemplar deste Tribunal de Contas.*

128. *Pelos motivos expostos, conclui-se que a conduta é reprovável. Considerando a gravidade e extensão dos danos causados pelos ilícitos em apuração em processo de tomadas de contas específicos, e a prática continuada dos ilícitos, resultando das contratações fraudulentas das obras referentes à Repar, para garantir a função pedagógica e preventiva da sanção, propõe-se aplicar a pena de declaração de inidoneidade para participar de licitações na Administração Pública Federal à empresa Construtora Queiroz Galvão S/A pelo prazo de 5 (cinco) anos, com fundamento no art. 46, da Lei 8.443/1992, conforme análise da dosimetria da sanção de inidoneidade (tópico IV).*

129. *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) e no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS), bem como à 13ª Vara Federal de Curitiba/PR, à Força-Tarefa do Ministério Público Federal no Paraná, à Força-Tarefa da Advocacia-Geral da União no Paraná, ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), ao Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU) e à Diretoria de Governança, Risco e Conformidade da Petrobras (GRC), para as medidas consideradas cabíveis.*

130. *Em razão de o presente processo ter sido constituído a partir do processo de representação original (TC 011.856/2017-3) para análise em apartado das manifestações da Construtora Queiroz Galvão S/A, e de este apartado se tratar de mera estratégia processual com vista a atender à razoável duração do processo que o caso requer, propõe-se ainda que, quando do encerramento do presente processo, ele seja apensado ao processo TC 011.856/2017-3.*

Proposta de encaminhamento

131. *Diante do exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo ao Tribunal:*

a) rejeitar as razões de justificativa apresentadas pela Construtora Queiroz Galvão S/A;

b) com fundamento no art. 46 da Lei 8.443/1992, declarar a inidoneidade da empresa Construtora Queiroz Galvão S/A, para participar de licitação na administração pública federal, bem como em certames promovidos por estados e municípios cujos objetos sejam custeados mediante recursos federais repassados por força de instrumentos de repasses pactuados, pelo prazo de 5 (cinco) anos;

c) dar ciência do acórdão que vier a ser proferido:

i. à Secretaria de Logística e Tecnologia de Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão para que, atendendo às recomendações exaradas no item 9.6 do Acórdão 1.986/2013-TCU-Plenário, possa proceder com os registros e as comunicações pertinentes;

ii. ao Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União para a inscrição da empresa indicada no item 9.1 deste acórdão no Sistema de Cadastro Unificado de Fornecedores (Sicaf) e no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS);

iii. à empresa responsável, à Força-Tarefa do Ministério Público Federal no Paraná, à 13ª Vara Federal de Curitiba, à Força-Tarefa da Advocacia-Geral da União no Paraná, ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e à Diretoria de Governança, Risco e Conformidade da Petrobras (GRC), para medidas consideradas cabíveis; e

d) determinar o apensamento, quando do encerramento do presente processo, ao processo de representação originário (TC 011.856/2017-3), com vista à consolidação das decisões proferidas em razão da representação decorrente às fraudes às licitações nas obras especificadas da Rnest.”

3. Por sua vez, com a anuência do titular da unidade técnica (Peça 33), o diretor da SeinfraOperações manifestou a sua concordância em relação à referida proposta do auditor federal, sem prejuízo, no entanto, de aduzir algumas ponderações específicas, tendo consignado o seu parecer à Peça 32 nos seguintes termos:

“(…) 3. A seguir, teço considerações sobre a dosimetria proposta para a aplicação da penalidade de declaração de inidoneidade da Construtora Queiroz Galvão S.A.

4. A instrução (parágrafos 103 a 107) discorreu sobre a proporcionalidade da pena levando em conta a gravidade das irregularidades e a reiteração da prática delituosa, recomendando a dosimetria de cinco anos.

5. Em relação a esse tema, não posso deixar de trazer à discussão caso semelhante já enfrentado por este Tribunal em relação à atuação do mesmo cartel nas obras da Refinaria Abreu e Lima – Rnest. A Representação apresentada no TC 016.119/2016-9, cujas manifestações vêm sendo apreciadas em apartados para cada responsável, já resultou na apenação de algumas empresas e de uma pessoa física.

6. Refiro-me aos casos da MPE Montagens e Projetos Especiais S/A (Acórdão 300/2018 TCU-Plenário, Ministro Benjamin Zymler) e da Mendes Júnior Trading e Engenharia S.A. (Acórdão 414/2018-TCU-Plenário, Ministro Benjamin Zymler). Na análise da contratação de cinco obras, em três delas as empresas haviam retirado o convite, mas não apresentaram propostas, e em uma deram proposta de cobertura.

7. Em ambas oportunidades a unidade técnica havia proposto a aplicação de cinco anos tendo em vista a atuação delituosa reiterada e ampla nas licitações da Petrobras.

8. Nas duas ocasiões o Ministério Público Junto ao TCU propôs penas maiores do que cinco anos (quarenta anos para a Mendes Júnior e 35 anos para a MPE), considerando a aplicação da sanção separadamente em cada licitação, somando-as de acordo com a regra do concurso material, aplicando-se, conforme o caso, a continuidade delitiva prevista no art. 71 do Código Penal e sem considerar a limitação do tempo total a cinco anos, como estipulado no Acórdão 348/2016-TCU-Plenário (Ministro Walton Alencar Rodrigues), cuja aplicação estaria suspensa em decorrência de pedido de reexame interposto pelo MPTCU.

9. Para um melhor entendimento da participação da Construtora Queiroz Galvão nas licitações da Repar que fundamentaram a representação, apresenta-se o quadro a seguir, elaborado a

partir do Anexo I da Instrução (peça 19, p. 24-27) nos mesmo moldes daqueles apresentados nos pareceres do MPTCU e nos Votos dos Acórdãos 300/2018 e 414/201-TCU-Plenário. (...).

10. Verifica-se que a Construtora Queiroz Galvão não venceu nenhuma das três licitações, tendo suprimido proposta em uma delas e apresentado proposta de cobertura em outras duas.

11. Não se trata de aplicar uma sanção para apenas um caso de fraude à licitação. Embora seja aplicada apenas uma sanção, ela corresponde a casos reiterados de fraudes licitatórias. Corresponde à condenação pela participação em três casos de fraude, aplicada de uma só vez. Se avaliadas de maneira separada, considerando a participação de cada empresa (vencedora ou não da licitação), para cada caso caberia a diferenciação de dosimetria de três ou cinco anos, considerando os períodos adotados nos processos da Rnest. Mas a reiteração da prática em diversas licitações demanda a ampliação do prazo, obedecendo-se o limite de cinco anos de acordo com o Acórdão 348/2016-TCU-Plenário.

12. Assim, a aplicação da sanção pelo prazo de cinco anos, seja para as empresas que venceram as licitações, seja para aquelas que deram proposta de cobertura ou suprimiram propostas, não decorre de ausência de diferenciação da conduta, mas da reincidência na irregularidade e da limitação do prazo máximo da pena.

13. Não se pode olvidar, ainda, que o modo de atuação do cartel era de divisão de mercado de modo que, se nessas licitações que fizeram parte da amostra que fundamentou a representação a empresa responsável não se sagrou campeã, sua atuação para simular concorrência e permitir a vitória de suas 'concorrentes' garantiu que ela se sagra-se campeã em outros certames. A definição da dosimetria levando em conta se uma empresa venceu ou não a licitação deve considerar que a contrapartida por perder propositadamente algumas licitações era a de ganhar outras ofertando preço inflado.

Assim, ciente de que a definição da dosimetria da sanção de declaração de inidoneidade cabe somente ao Plenário e que o teor deste despacho visa somente a fornecer subsídios para a tomada dessa decisão, aquiesço com a íntegra da proposta apresentada na instrução.”

4. Enfim, os representantes legais da Queiroz Galvão compareceram pessoalmente perante o Ministro-Relator e apresentaram alguns memoriais com o pedido para a retirada do feito da presente pauta, tendo o aludido pedido sido prontamente negado, além de anunciar que as anteriores declarações de inidoneidade promovidas pelo TCU estariam suspensas em face da interposição do correspondente recurso legal, anunciando, ainda, que a apreciação do aludido recurso estaria até mesmo sobrestada, diante da eventual colaboração da aludida empresa perante o TCU para a suposta elucidação do conseqüente dano ao erário, a despeito, contudo, de os respectivos dirigentes, com a referida empresa, não terem celebrado nenhum acordo judicial de colaboração premiada, com o subjacente acordo de leniência, perante o Ministério Público Federal.

É o Relatório.

VOTO

Trata-se de representação autuada para a oitiva da Construtora Queiroz Galvão S/A por força do Acórdão 2.238/2018 prolatado pelo Plenário, no âmbito do TC 029.988/2017-9, em face das evidências de fraude às licitações conduzidas pela Petrobras na realização das obras da Repar.

2. Como visto, a partir da representação autuada sob o TC 011.856/2017-3, o TCU determinou a presente oitiva, tendo ela sido promovida pela unidade técnica em sintonia com as evidências colhidas junto à Operação Lava Jato (OLJ) no sentido da formação de cartel para fraudar as licitações e para a corrupção de vários dirigentes da empresa estatal, salientando que o aludido esquema criminoso, com a prática de crimes contra a ordem pública, além de corrupção e lavagem de dinheiro, entre outros ilícitos, teria sido engendrado a partir da formação do autodenominado “Clube” para a atuação em diversos empreendimentos da Petrobras, aí incluído o referido contrato na Repar.

3. Por essa linha, o Plenário do TCU proferiu o Acórdão 2.319/2017 no sentido de conhecer da representação e determinar a oitiva da Construtora Norberto Odebrecht S/A, da Construções e Comércio Camargo Corrêa S/A, da Construtora Andrade Gutierrez S/A, da Mendes Júnior Trading e Engenharia S/A, da MPE Montagens e Projetos Especiais S/A, da Promon Engenharia Ltda., da Toyo Setal (SOG) Empreendimentos Ltda., da Techint Engenharia e Construção S/A, da UTC Engenharia S/A, da Construtora OAS S/A, da Engevix Engenharia S/A, da Galvão Engenharia S/A, da GDK S/A, da Iesa Óleo & Gás S/A, da Skanska Brasil Ltda. e da presente Construtora Queiroz Galvão S/A.

4. Posteriormente, por meio do Acórdão 2.238/2018, o Plenário autorizou a formação de específicos processos apartados para a análise das defesas oferecidas pelas respectivas empresas e, assim, foi autuado o presente processo para cuidar, unicamente, das justificativas apresentadas pela Construtora Queiroz Galvão S/A em face do conluio entre as empresas e da fraude às licitações na Repar para a celebração do Contrato 0800.0035013.07.2 (CT 101), do Contrato 0800.0043363.08.2 (CT 111) e do Contrato 0800.0043403.08.2 (CT 112), a partir das seguintes irregularidades: (i) combinação de preços; (ii) quebra de sigilo das propostas; (iii) divisão de mercado; (iv) oferta de propostas de cobertura para maquiagem, como menor preço, a proposta ofertada; (v) prévia combinação dos resultados com o consequente direcionamento das licitações; e (vi) ausência da formulação de propostas com o intuito de beneficiar a empresa escolhida pelo cartel.

5. Devidamente chamada em oitiva nos autos, a Construtora Queiroz Galvão S/A apresentou as suas justificativas à Peça 30, alegando, em suma, que: (i) teria ocorrido a prescrição administrativa; (ii) subsistiria o **bis in idem** pela possibilidade de sanção em mais de um processo no TCU, (iii) deveria ser promovida a suspensão da presente representação para aguardar a conclusão do processo junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), (iv) subsistiria a subsidiariedade do controle externo, (v) deveria ser observada a nulidade ou imprestabilidade das provas emprestadas, (vi) subsistiria o cerceamento de defesa, (vii) deveriam ser sopesadas as características do mercado como monopólio, além do papel dos agentes públicos da Petrobras, e (viii) deveria ser observada a necessidade de dilação probatória.

6. Após a percuente análise final do feito, a SeinfraOperações propôs a rejeição dos pedidos e das justificativas da referida empresa com vistas, assim, a declarar a inidoneidade da Construtora Queiroz Galvão S/A para participar de licitação na administração pública federal, além dos certames promovidos pelos Estados, DF e Municípios com os recursos federais.

7. Incorporo o parecer da unidade técnica a estas razões de decidir.

8. As justificativas oferecidas pela referida empresa não conseguiram esclarecer, nem afastar as robustas evidências de fraude às licitações promovidas pela Petrobras para as obras da Repar.

9. A unidade técnica bem evidenciou os malsinados procedimentos engendrados pelas empresas participantes do autodenominado “Clube” com o escuso intuito de simular o ambiente de disputa nos certames para tentar validar os referidos procedimentos licitatórios eivados de vícios desde a origem.

10. As aludidas justificativas foram devidamente refutadas pela unidade técnica, cabendo destacar que não se vislumbra a prescrição da pretensão punitiva do TCU, em sintonia com o Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário, já que não houve o transcurso de dez anos entre a autorização para a oitiva da aludida empresa, em 11/10/2017 (Acórdão 2.319/2017-TCU-Plenário), e o final da vigência do Contrato CT 111, em 27/2/2014, do Contrato CT 101, em 19/3/2013, e do Contrato CT 112, em 13/9/2013, diante da efetiva continuidade da aludida fraude desde a simulação das licitações até a escusa execução dos subsequentes contratos públicos.

11. Por seu turno, não se mostra procedente a mera alegação de que o mercado atuaria em monopólio e, com isso, impediria a formação de cartel, não só porque, de fato, haveria mais de um fornecedor para a respectiva contratação, mas também porque, no presente caso concreto, o poder de escolha da Petrobras teria sido afastado pela subjacente corrupção dos seus dirigentes e empregados, para além do conluio entre as licitantes, viabilizando o indevido controle e o inaceitável direcionamento das contratações públicas na referida empresa estatal, com a definição de investimentos duvidosos ou até mesmo desnecessários, resultando na evidente dilapidação do erário.

12. Na mesma esteira, não se mostra procedente a simplória alegação de que a participação das diversas empresas convidadas pela Petrobras seria suficiente para o afastamento da aludida irregularidade em relação às empresas não vencedoras das licitações, não só porque o referido conluio em cartel teria contribuído decisivamente para a efetiva prática da fraude nas licitações, mas também porque a colaboração premiada prestada por Ricardo Pessoa, corroborando as informações anteriormente apresentadas por Paulo Roberto Costa, teriam efetivamente evidenciado o escuso arranjo entre as empresas licitantes em colusão, ante o “pacto de não agressão” e de “fixação de prioridade na obra”, ressaltando que os integrantes do “Clube” seriam alterados em cada processo licitatório em função do pacote de obras lançado pela Petrobras e, assim, a declaração de inidoneidade pode ser aplicada em cada simulacro de procedimento licitatório.

13. Por esse ângulo, não subsistiria o suposto **bis in idem**, já que o TCU teria aplicado as aludidas inidoneidades em face da comprovada prática de fraude a licitações distintas, tendo o Tribunal detectado, por exemplo, a participação da Construtora Queiroz Galvão em nefastas fraudes perpetradas contra os processos de licitação na Refinaria Abreu e Lima (Rnest), com a prolação dos Acórdãos 1.221/2018 e 1.457/2018, do Plenário, e na Usina Termonuclear Angra III, com a prolação do Acórdão 483/2017, do Plenário.

14. O presente julgamento é baseado, enfim, não apenas nas informações obtidas a partir das provas judiciais emprestadas, mas também nos elementos materiais detectados pela unidade técnica a partir da análise da conduta da referida empresa junto ao aludido “Clube”, devendo destacar, nesse ponto, que, no referido comparecimento ao meu Gabinete, o próprio diretor-presidente da Queiroz Galvão assinalou que a empresa estaria disposta a colaborar com o TCU para a elucidação dos ilícitos perpetrados em desfavor dos contratos na Repar, reconhecendo aí a participação da aludida empresa no referido “Clube”, ante o conluio para a aludida fraude à licitação, a despeito de a empresa não ter celebrado o subsequente contrato público resultante do subjacente certame simulado.

15. Por tudo isso, entendo que o TCU deve declarar a inidoneidade da Construtora Queiroz Galvão S/A para participar de licitação na administração pública federal ou nos certames promovidos pelos Estados, DF e Municípios com a aplicação de recursos federais, pelo período de 5 anos, nos termos do art. 46 da Lei nº 8.443, de 1992, salientando, nesse ponto, que a eventual colaboração futura da Queiroz Galvão no âmbito dos processos de controle externo financeiro perante o TCU, sem a efetiva celebração do necessário acordo judicial de colaboração premiada e de leniência perante o MPF, pode até servir para a subsequente redução no TCU do aludido período de inidoneidade, mas não necessariamente para o total afastamento da aludida inidoneidade, até porque a referida fraude à licitação só foi efetivamente detectada pelo TCU a partir da oportuna atuação do MPF na Operação Lava-Jato, entre outras relevantes operações conduzidas com o valoroso apoio da Polícia Federal.

16. De todo modo, Senhor Presidente, diante da proposta ora oferecida pelo ilustre Ministro Benjamin Zymler, passo a também pugnar pela declaração da referida inidoneidade pelo menor

período de 3 anos, e não mais de 5 anos, salientando, contudo, que o prazo de 5 anos poderia, sim, ser fixado em desfavor de empresas não contratadas a partir da fraude à licitação, mas, no presente caso concreto, a suscitada redução para 3 anos tende a melhor definir a dosimetria da pena, ressaltando, ainda, que, como lembrado pelo Ministro Bruno Dantas, a atual regulamentação para a aplicação da inidoneidade pode vir a futuramente receber alguns aprimoramentos pela nova regulamentação ora em análise no âmbito do anunciado grupo de estudo.

Ante o exposto, voto pela prolação do Acórdão ora submetido a este Colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em tagDataSessao.

Ministro-Substituto **ANDRÉ LUÍS DE CARVALHO**
Relator

ACÓRDÃO Nº 424/2019 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 036.694/2018-5.
2. Grupo I – Classe de Assunto: VII – Representação.
3. Responsável: Construtora Queiroz Galvão S/A (CNPJ 33.412.792/0001-60).
4. Entidade: Petróleo Brasileiro S/A (Petrobras).
5. Relator: Ministro-Substituto André Luís de Carvalho.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria Extraordinária de Operações Especiais em Infraestrutura (SeinfraOperações).
8. Representação legal: José Roberto Manesco (OAB/SP 61.471), entre outros, representando a Construtora Queiroz Galvão S/A.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação autuada para a oitiva da Construtora Queiroz Galvão S/A por força do Acórdão 2.238/2018 prolatado pelo Plenário, no âmbito do TC 029.988/2017-9, em face das evidências de fraude às licitações conduzidas pela Petrobras na realização das obras da Refinaria Presidente Getúlio Vargas (Repar);

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

- 9.1. rejeitar as justificativas apresentadas pela Construtora Queiroz Galvão S/A;
- 9.2. declarar a inidoneidade da Construtora Queiroz Galvão S/A para participar de licitação na administração pública federal ou nos certames promovidos pelos Estados, DF e Municípios com a aplicação de recursos federais, pelo período de 3 (três) anos, nos termos do art. 46 da Lei nº 8.443, de 1992;
- 9.3. determinar que a Controladoria-Geral da União adote as providências cabíveis para o efetivo cumprimento do item 9.2 deste Acórdão; e
- 9.4. determinar que a SeinfraOperações adote as seguintes medidas:
 - 9.4.1. envie a cópia deste Acórdão, acompanhado do Relatório e da Proposta de Deliberação que o fundamenta, à Construtora Queiroz Galvão S/A, para ciência, e à Força-Tarefa do Ministério Público Federal junto à Operação Lava-Jato no Paraná, à Força-Tarefa da Advocacia-Geral da União junto à Operação Lava-Jato no Paraná, ao juízo federal na 13ª Vara Federal de Curitiba – PR, à Controladoria-Geral da União (CGU), à Diretoria de Governança, Risco e Conformidade da Petrobras e ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), para ciência e eventuais providências; e
 - 9.4.2. promova o definitivo apensamento do presente processo ao TC 011.856/2017-3.

10. Ata nº 6/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 27/2/2019 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-0424-06/19-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Benjamin Zymler, Raimundo Carreiro, Ana Arraes e Bruno Dantas.

13.2. Ministros-Substitutos convocados: Augusto Sherman Cavalcanti, Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho (Relator).

(Assinado Eletronicamente)
JOSÉ MUCIO MONTEIRO
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
ANDRÉ LUÍS DE CARVALHO
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA
Procuradora-Geral