GRUPO I – CLASSE VII – Plenário
TC 013.384/2017-1
Natureza: Representação
Órgão/Entidade: Petróleo Brasileiro S.A.
Responsável: Engevix Engenharia e Projetos S.A. (00.103.582/0001-31)
Representação legal: Taísa Oliveira Maciel (118.488/OAB-RJ) e outros, representando Petróleo Brasileiro S.A.; Adjair da Cunha dos Santos (353.060/OAB-SP), José Roberto de Castro Neves (85.888/OAB-RJ), João Geraldo Piquet Carneiro (800-A/OAB-DF) e outros, representando Engevix Engenharia e Projetos S.A.

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. IMPLANTAÇÃO DA REFINARIA ABREU E LIMA. COMPARTILHAMENTO DE INFORMAÇÕES PRESENTES NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE PROPOSTAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E DAS SENTENÇAS DAS AÇÕES PENAIS DA JUSTIÇA FEDERAL DO PARANÁ. FORMAÇÃO DE CARTEL. FRAUDES NAS LICITAÇÕES. PARTICIPAÇÃO DE EXECUTIVOS DA ESTATAL. DETERMINAÇÃO DE AUDIÊNCIA E OITIVAS DOS AGENTES PÚBLICOS E DAS EMPRESAS. ESTIMATIVA DE DÉBITO EM TOMADAS DE CONTAS ESPECIAIS. CONSTITUIÇÃO DE APARTADOS PARA CADA EMPRESA. REJEIÇÃO DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL.

RELATÓRIO

Transcrevo inicialmente a instrução inserta à peça 65, de lavra da Sra. Auditora da Secretaria Extraordinária de Operações Especiais em Infraestrutura (SeinfraOpe):

"INTRODUÇÃO

1. Tratam os autos de processo apartado para análise da manifestação da empresa ***Engevix Engenharia S.A.****, constituído a partir da representação, com fundamento no art. 86, inciso II, da Lei 8.443/1992, c/c art. 237, inciso VI, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União (RI-TCU), acerca de fraudes em licitações conduzidas pela Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras) relacionadas a licitações para as obras de implantação da Refinaria Abreu e Lima, também denominada de Refinaria do Nordeste (Rnest), em Ipojuca/PE, realizada no TC 016.119/2016-9.*

HISTÓRICO

2. O presente histórico visa propiciar compreensão acerca das irregularidades que constituem objeto desta instrução, apresentando breve contextualização das fraudes às licitações da Petrobras e das irregularidades apontadas nas obras da Rnest.

3. Conforme bem apresentado na instrução de representação (peça 42, do TC 016.119/2016-9, p. 4-6), o conceito de cartel está sedimentado na literatura especializada, sendo caracterizado pela coligação entre empresas de mesma categoria com o objetivo de obter vantagens indevidas por meio de supressão da livre concorrência e sobre-elevação artificial de preços, assemelhando-se ao controle de mercado alcançado em uma situação de monopólio.

4. Segundo a Secretaria de Direito Econômico – SDE/MJ, a experiência internacional demonstra que as empresas participantes de cartéis em licitações públicas utilizam-se das seguintes estratégias: propostas fictícias ou de cobertura (cover bidding); supressão de propostas (bid suppression); propostas rotativas ou rodízio (bid rotation); divisão do mercado (market allocation ou market division); e subcontratação. Estratégias essas que se apresentam, em sua maioria, descritas nas atuações do grupo de empresas para, em conluio, direcionar e fraudar licitações no âmbito da Petrobras, inclusive em licitações para a implantação da Rnest.

5. As empresas, por meio de ajuste prévio, definiam em conluio qual delas seria a vencedora do certame, as demais empresas apresentavam propostas com valores acima do limite aceitável pela Petrobras com intuito de acobertar a fraude ao processo licitatório, ou se abstinham de participar do certame, conforme devidamente comprovado por meio das provas compartilhadas com o TCU oriundas da "Operação Lava Jato", explicadas e referenciadas na instrução de representação (peça 42, do TC 016.119/2016-9, p. 6-38) .

6. O êxito da fraude era garantido por diretores da estatal mediante recebimento de vantagem financeira indevida (propina), confirme descrito na Instrução de Representação (peça 42, do TC 016.119/2016-9, p. 17-18).

7. Maiores detalhes sobre os conceitos de cartel e conluio podem ser vistos na representação original (peça 42, do TC 016.119/2016-9).

8. Nesse contexto, o depoimento de Augusto Ribeiro de Mendonça Neto, dirigente da Setal Oleo e Gás S/A, descreve a evolução no tempo e o modo de funcionamento do cartel de empreiteiras criado para fraudar licitações da Petrobras (evento 259 do processo n. 508335189.2014.4.04.7000 – peça 14, p. 43):

> *Isso foi uma iniciativa que começou talvez no final dos anos noventa. Sem muita efetividade, por conta de que eram poucas empresas. Na época eram nove empresas, pra um mercado mais abrangente de modo que essas empresas não tinham, elas só tinham um sistema de proteção entre elas e isso passou a ter mais efetividade a partir do ano, talvez, final de 2003, 2004. Quando estas questões passaram a ser combinadas com os diretores da Petrobrás. De modo que as empresas convidadas fossem aquelas que, vamos dizer, estavam participando dessas ações aí, ou desse clube. Bom, a partir daí a ação passou a ser mais efetiva. Começaram a dar certo as contratações. E houve, por imposição do mercado, ou até pela própria Petrobrás, a partir de um certo momento, talvez em 2006, no final de 2006, a inclusão de outras empresas. Inicialmente eram nove, entraram mais sete e viraram dezesseis. E continuaram operando da mesma forma. Isto funcionou até o final do ano de 2011, aproximadamente, começo de 2012.*

9. Recentemente, o CADE celebrou TCCs (Termos de Compromisso de Cessação de Prática) com as empresas UTC e Andrade Gutierrez, além de funcionários e ex-funcionários dessas empresas. Ambas as construtoras firmaram acordos no processo que investiga cartel em licitações da Petrobrás no mercado de serviços de engenharia, construção e montagem industrial "onshore" (Processo Administrativo 08700.002086/2015-14), de acordo com notícia publicada em 18/1/2017 no site do CADE (http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordos-com-andrade-gutierrez-e-utc-nas-investigacoes-de-cartel-em-licitacoes-da-petrobras-e-da-eletronuclear).

10. Abaixo reproduz-se trecho da notícia:

> *Investigação em licitações da Petrobras*
>
> *O processo administrativo por meio do qual é investigada a ocorrência desse cartel pelo Cade, no âmbito da "Operação Lava Jato", foi instaurado em 22 de dezembro de 2015, a*

partir da celebração do Acordo de Leniência 01/2015, em março de 2015, entre a Superintendência-Geral e a Setal Engenharia e Construções, a SOG Óleo e Gás e pessoas físicas funcionários do grupo Setal/SOG. O acordo foi assinado em conjunto com o Ministério Público Federal do Paraná – MPF/PR ("Força-Tarefa da Operação Lava Jato"). As contribuições trazidas pela leniência apontaram indícios de cartel em licitações da Petrobras envolvendo diversas construtoras, entre elas a Setal/SOG e a Camargo Correa.

No TCC homologado hoje, os compromissários da UTC colaboraram com o processo por meio da apresentação de informações e documentos que ampliaram o escopo das investigações, consolidados em um Histórico da Conduta [versão pública disponível aqui]. Aproximadamente trinta novos documentos que evidenciam a conduta anticompetitiva foram apresentados e dez novas licitações identificadas como afetadas pelo cartel. A contribuição pecuniária total da UTC (incluindo empresa, funcionários e ex-funcionários) é de R$ 129.232.142,71 – a maior contribuição individual já negociada com uma empresa pelo Cade.

No TCC assinado com a Andrade Gutierrez, por sua vez, os compromissários também colaboraram com a apresentação de informações e documentos que ampliaram o escopo das investigações, consolidados em um Histórico da Conduta. Aproximadamente vinte novos documentos que evidenciam a conduta anticompetitiva foram apresentados e seis novas licitações identificadas como afetadas pelo cartel. A contribuição pecuniária total da Andrade Gutierrez (incluindo empresa, funcionários e ex-funcionários) é de R$ 49.854.412,72.

Próximos passos

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

Leniência e TCC

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

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

Cumpre observar que estes dois TCCs, da Andrade Gutierrez e da UTC, não foram objeto de análise da presente instrução, já que não trazem novos elementos que possam alterar a análise da unidade técnica, apenas corroborando as informações já existentes, que comprovam a atuação de um cartel na Petrobrás, dentro daquilo que é escopo do TCU e

conforme apresentadas originalmente pela Setal Engenharia e Construções, a SOG Óleo e Gás e pessoas físicas funcionários do grupo Setal/SOG no acordo de leniência 01/2005-CADE (peça 31) e pela CCCC em sua manifestação (peça 246 do TC016.119/2016-9) .

11. Assim, restou reconhecido que as empreiteiras participantes do "clube" fraudavam as licitações da Petrobrás, por meio da (i) combinação prévia da distribuição dos contratos entre elas, viabilizado pela ausência de apresentação de proposta, ou pelo oferecimento de proposta de cobertura, e (ii) do pagamento de propina a agentes públicos para a obtenção de favorecimentos nesse processo, sendo que parte desses valores era repassado a partidos políticos responsáveis pela indicação desses agentes.

12. Esse modus operandi foi detectado nas licitações e contratos relacionados às obras da Refinaria Abreu e Lima – Rnest.

13. No âmbito do processo TC 016.119/2016, por meio do Acórdão 1.583/2016-TCU-Plenário, de Relatoria do Exmo. Min. Benjamin Zymler, o Tribunal conheceu da representação, determinando, com fundamento no art. 46 da Lei 8.443/1992 (subitem 9.2.1 do Acórdão 1.583/2016-TCU-Plenário), 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.

14. Esclarece-se que os débitos alusivos aos contratos estão sendo apurados em processos específicos, com a devida identificação dos respectivos responsáveis, sendo que, somando-se os contratos analisados nas obras da Rnest, o prejuízo à estatal foi estimado em um total de R$ 2,7 bilhões, a valores históricos.

15. Tendo em vista a celeridade processual que o caso requer e a complexidade das várias manifestações dos responsáveis implicados, mediante Despacho (peça 63, do TC 016.119/2016-9), o Exmo. Min. Relator Benjamin Zymler autorizou a constituição de processos apartados para análise individualizada das manifestações de cada responsável envolvido.

16. Os ofícios de comunicação do TCU acerca da oitiva e da prorrogação de prazo, os comprovantes de ciência, e as respectivas manifestações da empresa Engevix Engenharia S/A constam das peças especificadas na Tabela 1 a seguir:

Peça	***Natureza***	***Responsável***	***Ciência***	***Manifestação***
*56**	*Oitiva*	*Engevix Engenharia S.A.*	*115*/239**	*56***

**Fonte: os números das peças originais constam do processo TC 016.119/2016-9; e*

***Fonte: os números das peças constam do processo TC 013.384/2017-1.*

17. Nos presentes autos, analisam-se as alegações aduzidas pela empresa Engevix Engenharia S/A na peça 56 dos autos do TC 013.384/2017-1.

EXAME TÉCNICO

18. O presente exame técnico avalia a participação da empresa Engevix Engenharia S/A no esquema de fraude às licitações da Rnest e analisa, em caráter conclusivo, as questões suscitadas no processo, as informações e/ou documentos coletados ou os argumentos apresentados pelos agentes ouvidos pelo Tribunal. Visa-se, ao final, extrair conclusões fundamentadas nas provas, nas normas que regulamentam a matéria, no entendimento da jurisprudência e em lições doutrinárias, além de proposta quanto ao encaminhamento a ser dado ao processo.

19. Para tanto, a seção se subdivide em: (I) evidências presentes nos autos; (II) alegações da empresa e respectivas análises e (III) responsabilização e individualização das condutas.

I. Evidências dos autos

20. Explicita-se, a seguir, o conjunto de provas constantes dos autos que demonstram (I.1) existência de fraudes em licitações da Petrobras; (I.2) a participação da Engevix em fraudes em licitações da Petrobras; (I.3) a participação da Engevix Engenharia S/A nas fraudes às licitações relativas às obras da Rnest; (I.4) a obtenção dos contratos de implantação de edificações e urbanização da Rnest mediante fraude à licitação; (I.5) supressão de propostas em certames da Rnest; e (I.6) apresentação de propostas de cobertura (ou fictícias) em licitações da Rnest.

I.1. Evidências da existência do cartel da Petrobras

21. O seguinte trecho do voto do Ministro-Relator Benjamin Zymler, no Acórdão 300/2018-TCU-Plenário, explicita o conjunto de evidências que comprovam a existência de fraudes em licitações da Petrobras, denunciadas na presente Representação:

> *8. De início, reproduzo trechos do voto condutor do Acórdão 1.583/2016-Plenário em que estão evidenciados os elementos indicativos de que houve fraude nas licitações que precederam as contratações em questão:*
>
> *"O conjunto probatório acostado aos autos, incluindo delações premiadas, acordos de leniência firmados no âmbito do Cade, acordos de cooperação firmados com empresas no âmbito judicial, documentação apreendida pela Polícia Federal e análises estatística indicam que grandes empresas/grupos econômicos, o denominado "Clube", associaram-se para dominar o mercado de grandes obras de engenharia civil demandadas pela Petrobras e para eliminar a concorrência real.*
>
> *Os contatos e acordos entre concorrentes tomaram-se mais frequentes e estáveis entre 2003 e 2004 e duraram até, pelo menos, final de 2011 /início de 2012 (peça 31, p. 1) .*
>
> *Inicialmente, o cartel era formado pelas empresas do denominado "Clube dos 9": (i) Camargo Corrêa S/A; (ii) Construtora Andrade Gutierrez S/A; (iii) Construtora Norberto Odebrecht S/A; (iv) Mendes Junior Trading Engenharia; (v) MPE Montagens e Projetos Especiais S/A; (vi) Promon S/A; (vii) Setal/SOG Óleo e Gás; (viii) Techint Engenharia e Construção S/A e (ix) UTC Engenharia S/A. (peça 31, p. 1).*
>
> *Consoante exposto no acordo de leniência junto ao Cade, 'ao longo dos anos, o grupo de empresas participantes da conduta anticompetitiva se ampliou, devido à necessidade de acomodação de mais empresas nos ajustes. Assim, foi formado o 'Clube das 16', que se manteve de forma estável e organizada até, pelo menos, final de 2011 /início de 2012.' (peça 31, p. 1) (...)*
>
> *Acerca dos elementos probatórios acostados aos autos, menciono planilha apreendida pela Polícia Federal, na sede da empresa Engevix, contendo uma divisão de obras da Petrobras (peça 28, p. 1-4) . No documento, resta estabelecido a cargo de qual empresa seria destinada cada obra da refinaria. Por exemplo, para as empresas Odebrecht e OAS, são marcadas as obras da UDA e UHDT; para a empresa Camargo Corrêa foram marcadas as obras da UCR e Tubovias.*
>
> *De se ressaltar que essa planilha é datada de 11/6/2008 e os processos licitatórios dessas unidades foram aprovados pela Diretoria Executiva da estatal apenas em 17/7/2008, ou seja, um mês depois da decisão do "Clube", indicando que as empreiteiras tinham conhecimento das licitações antes mesmo de seu anúncio ao mercado. Ressalte-se que a divisão planejada pelo cartel foi confirmada quando das contratações.*
>
> *É relevante também o seguinte trecho da instrução da unidade técnica que faz referência ao Laudo 2400/2015 da Polícia Federal (peça 27, p. 21-22) :*

"após análise de 19 e de 18 propostas apresentadas, respectivamente, pelas Construtoras Norberto Odebrecht e OAS, em licitações da Petrobras referentes às Refinarias Rnest e Comperj, restou constatado que tais empresas:

(...) sagraram-se vitoriosas com propostas de preços próximas ao limite superior da Petrobras apenas em condições onde todas as empresas concorrentes faziam parte do grupo indicado como 'Clube dos 15'.

117. Ademais, nota-se também que apenas nas licitações onde todas as empresas faziam parte do 'Clube dos 15' as Construtoras Norberto Odebrecht e OAS apresentaram propostas perdedoras bem acima dos limites admitidos pela Petrobras, indicando uma postura de 'cobertura' para eventual vencedora. [Nota: Foi registrada exceção no caso da construção dos tanques do Comperj]

118. Salienta-se ainda que nas licitações onde nem todos os participantes pertenciam ao 'clube dos 15' – em tese, onde havia maior concorrência -, a Construtora Norberto Odebrecht chegou a apresentar proposta com até 25% de desconto da estimativa Petrobras." (grifou-se)

O contido no Laudo 0777/2015 da Polícia Federal igualmente aponta informações relevantes nesse sentido (peças 3, p. 25; e 47) .

20. Pertinente também mencionar as seguintes informações constantes do já mencionado acordo de leniência firmado junto ao Cade pela empresa Toyo/Setal (peça 31, p. 59-60) :

"161. Previamente à realização da licitação da RNEST, houve diversas reuniões do "Clube das 16" para decidir como dividir entre as empresas algumas das oportunidades de obras existentes em 2009 (...)

162. Diante da existência de muitas empresas no "Clube das 16" e das dificuldades de se chegar a um acordo para todas as licitações, os Signatários informam que Odebrecht, Camargo Corrêa, Andrade Gutierrez e Queiroz Galvão (pertencentes ao "Clube VIP", sem a UTC nessa situação em específico) informaram que não aceitariam a divisão de algumas obras dessa licitação, pois RNEST seria a prioridade delas (...)

164. Nestas licitações, as demais empresas do "Clube das 16" formariam consórcios para oferecer propostas de cobertura, a fim de que as empresas acima indicadas vencessem os maiores pacotes de obras da R-NEST. A Signatária, por exemplo, se comprometeu a oferecer proposta de cobertura para as licitações em pelo menos dois pacotes de obras."

A existência da atuação do cartel também foi apurada mediante modelo estatístico com a utilização de técnicas econométricas consagradas a partir de dados das contratações da Petrobras e de informações dos processos judiciais em curso (Acórdão 3089/2015-Plenário). Ou seja, segundo o estudo, houve a constatação matemática do aumento de preços nas contratações quando presentes as empresas do "Clube".

Nesse trabalho estatístico foi indicada a prática de preços monopolísticos praticados em contratos da Diretoria de Abastecimento da Petrobras. Assim, a atuação dos arranjos de preço – cartel – reduziu em aproximadamente 17% o valor do desconto que seria ofertado no caso de um cenário competitivo, o que indicaria um prejuízo de R$ 1,90 bilhão somente nos contratos ora analisados (sem considerar os aditivos que não foram objeto do estudo).

Ressalte-se também as declarações de executivos das empresas participantes do esquema ilícito [e de outros participantes no esquema] (...)

a) sr. Augusto Ribeiro de Mendonça Neto – executivo da empresa Setal Engenharia e Construções – (Termo de Colaboração 1, peça 34, p. 3-4) ;

b) sr. Gerson de Melo Almada – Vice-presidente da empresa Engevix – depoimento constante da sentença da ação penal 508351-89.2014.4.04.7000 – vinculada à empresa Engevix –, peça 14, p. 53-56) ;

c) sr. Dalton dos Santos – Diretor e depois Presidente da empresa Camargo Correa (depoimento constante da sentença da Ação Penal 5036528-23.2015.4.04.7000 – vinculada à empresa Odebrecht –, peça 9, p. 104-105, e Termo de Colaboração 14, peça 23, p. 3) ;

d) sr. Pedro Barusco – Gerente Executivo de Engenharia da Petrobras (Termo de Colaboração 2, peça 33, p. 2) ;

e) sr. Alberto Youssef – operador financeiro do esquema – interrogatório na ação penal 5026212-82.2014.404.7000 – vinculada à empresa Camargo Correa– (peça 30, p. 38) ;

f) sr. Paulo Roberto Costa – Diretor de Abastecimento da Petrobras – interrogatório na ação penal 5026212-82.2014.404.7000 – vinculada à empresa Camargo Correa – (peça 30, p. 8);

25. Em suma, para cada contratação, o "Clube" definia a empresa que se sagraria vencedora no certame, assim a empresa (ou consórcio) escolhida apresentava proposta de preço à Petrobras e as demais davam cobertura, apresentando propostas de preços maiores.

26. Frise-que a Petrobras tem como padrão admitir a contratação por preço no máximo 20% superior a sua estimativa e no mínimo 15% inferior a ela. Acima de 20%, o preço é considerado excessivo; abaixo de 15%, a proposta é considerada inexequível. A atuação do cartel e o favorecimento por meio de pagamento de propina teriam possibilitado que a empresa selecionada apresentasse propostas próximas ao teto (+20%) em grande parcela das contratações. ...

Registro, também, declaração de Sr. Augusto Mendonça (Termo de Colaboração 1, peça 34, p. 3-4):

"QUE o "CLUBE" tinha um articulador e coordenador, que na verdade era quem organizava as reuniões e fazia o contato com Renato Duque [Diretor de Engenharia da Petrobras], para estabelecer quem seriam os convidados para cada licitação;" (Grifou-se) .

9. São pertinentes também as seguintes conclusões constantes do relatório da Comissão Interna de Apuração da Petrobras, instaurada para verificar a existência de desconformidades nos procedimentos licitatórios para obras da Rnest (peça 16, p. 17, 23 e 24):

"Nos processos de contratação da UDA, UCR, UHDT/UGH e Tubovias, após o cancelamento do 1º processo licitatório e homologação para um novo, não foi identificada a inclusão de novas empresas para participar do certame, contrariando o disposto no item 5.6.2 do Decreto 2.745/1998, a saber: "a cada novo convite, realizado para objeto idêntico ou assemelhado, a convocação será estendida a, pelo menos, mais uma firma, dentre as cadastradas e classificadas no ramo pertinente." (...)

Os processos para contratação dos serviços de construção e montagem de unidades foram "relicitados" (UDA, UCR, UHDT/UGH e Tubovias de interligações), e os contratos assinados no "topo" da estimativa. Tais contratos totalizaram R$ 10,8 bilhões (valores originais). A Comissão identificou, analisando o comportamento dos resultados destes processos licitatórios (primeira e segunda rodadas de licitação), que o valor das propostas aproximou-se do "teto" (valor de referência mais 20%) das estimativas

elaboradas pela ENGENHARIA/SL/SCP – vide 6.6. Estes fatos, associados às declarações do Sr. Paulo Roberto Costa, indicam a possibilidade da existência de um processo de cartelização relativo às empresas indicadas nos processos analisados."

10. Sintetizando, temos os seguintes elementos de formação do cartel:

– Provas indiretas: convites restritos às empresas integrantes do cartel, falta de inclusão de novas empresas na renovação da licitação, propostas vencedoras próximas ao limite máximo admitido, estudo econométrico indicando os reflexos da atuação do cartel;

– Prova diretas: manifestações de empreiteiros, operador financeiro e dirigentes da Petrobras; e

– Provas documentais: elementos indicativos dos resultados das licitações e da participação de cada empresa nos certames, os quais coincidem com o efetivamente ocorrido.

11. Esse ambiente de atuação de cartel foi assim definido pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) (Anexo I da Resolução 20/1999) : "Cartéis – acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio".

I.2. Evidências que demonstram a participação da Engevix em fraudes a licitações da Petrobras

22. A partir da análise dos elementos probatórios acostados aos autos do TC 013.384/2017-1, verificaram-se evidências robustas e convergentes acerca da participação da Engevix Engenharia S/A. em fraudes a licitações a que se refere a Representação (peça 42).

23. Primeiramente, os depoimentos de Augusto Ribeiro de Mendonça Neto, dirigente da Setal Oleo e Gas S/A (SOG), de Alberto Youssef e de Paulo Roberto Costa, os quais constituíram elementos de prova na ação penal n. 508335189.2014.4.04.7000 (peça 14, TC 013.384/2017-1), coincidem no sentido de confirmar essa participação:

i. depoimento de Augusto Ribeiro de Mendonça Neto (peça 14, TC 013.384/2017-1, p. 43-44):

290. Também confirmou a participação da Engevix no cartel e nos ajustes das licitações, a partir aproximadamente de 2006, e afirmou que ela teria sido representada pelo acusado Gerson de Mello Almada. Ministério Público Federal: A ENGEVIX, ela participava desse clube?

Augusto: Sim. Participava.

Ministério Público Federal: E quem representava a empresa?

Augusto: Era o Gerson Almada.

ii. depoimento de Alberto Youssef (peça 14, TC 013.384/2017-1, p. 77):

Juiz Federal: Com quem o senhor tratava na Engevix?

Alberto: Diretamente com o senhor Gerson Almada, Gerson Almada.

iii. depoimento de Paulo Roberta Costa (peça 14, TC 013.384/2017-1, p. 79, 85 e 89):

Juiz Federal: Nesse processo, nós temos aqui 5 ações penais com algumas dessas empresas, a Engevix participava?

Paulo: Participava. Engevix, OAS...

(...)

Juiz Federal: Engevix?

Paulo: Engevix participou também de reunião.

(...)

Juiz Federal: Certo. Então vamos agora para outra das ações penais. Essa aqui Engevix, ação penal 508335189.2014.404.7000, o senhor se recorda se a empresa Engevix participava desse cartel?

Paulo: Participava.

24. Além dos depoimentos, há provas documentais relativas às planilhas das preferências das empreiteiras na distribuição das obras da Petrobras, apreendidas na sede da própria Engevix Engenharia S/A. Nessas planilhas estavam registradas as preferências da Engevix Engenharia S/A, a qual estava identificada pela sigla EX, consoante confirmação de Gerson Almada (peça 14, TC 013.384/2017-1, p. 50):

295. Esses documentos foram juntados originariamente no processo 5073441-38.2014.404.7000 (eventos 27, inf1, e 51, apreensão2). Foram disponibilizados às partes junto com a denúncia, evento 1, comp12, comp13 e comp14.

296. Entre eles, pela fácil visualização, destacamse tabelas relativamente às preferências das empreiteiras na distribuição das obras da Petrobrás e que se encontram por exemplo na fl. 7 do aludido arquivo comp12 do evento 1.

297. Como ali se verifica, na tabela, há apontamento, no lado esquerdo, das obras da Petrobrás a serem distribuídas, no topo, do nome das empreiteiras identificadas por siglas, e nos campos que seguem a anotação das preferências de cada uma (com os números 1 a 3, segundo a prioridade de preferência), como um passo para a negociação dos ajustes.

298. Entre as empreiteiras identificadas, encontrase a Engevix, identificada pela sigla "EX".

299. Em outra tabela, na fl. 5 do arquivo comp14, evento 1, novamente são listadas obras e preferências das empreiteiras, aqui explicitamente relacionada a "Engevix", sem a utilização de siglas.

(...)

301. Documentos similares foram também apreendidos na sede da própria empresa Engevix Engenharia, na mesa de Gerson de Mello Almada, e foram juntados originariamente no evento 38, apreensão 9, do inquérito 5053845 68.2014.404.7000. Foram juntados por cópia nestes autos no evento 1, arquivo mandbuscaapreenc11.

302. Deles, destacase a tabela produzida com as preferências das empreiteiras na distribuição das obras da Petrobrás no COMPERJ Complexo Petroquímico do Rio de Janeiro (fl. 13, arquivo mandbuscaapreenc11, evento 1). O documento tem o título "Lista dos novos negócios Comperj". De forma similar a anterior, na tabela, há apontamento, no lado esquerdo, das obras da Petrobrás no Comperj a serem distribuídas, e, no topo, do nome das empreiteiras identificadas por siglas, e nos campos que seguem a anotação das preferências de cada uma (com os números 1 a 3, segundo a prioridade de preferência), como um passo para a negociação dos ajustes.

303. Entre as empreiteiras identificadas, encontrase a Engevix, identificada desta feita pela sigla "VX".

(...)

Gerson: É Engevix. Só batizaram como VX a Engevix.

25. A corroborar os elementos probatórios analisados na esfera penal, o Histórico de Conduta elaborado pelo Cade, no Termo de Cessação de Conduta da Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A (peça 31, TC 013.384/2017-1, p. 39), também trouxe planilha com identificação das preferências da Engevix:

preencheram a planilha, dando números a cada um dos pacotes específicos de obras da Petrobras: o número 1 indica maior interesse da empresa naquela obra, o número 2, médio interesse e o número 3, menor interesse.

EMPREENDIMENTOS																			
#	PROJETO	VALOR	DATA	AG	TT	OS	EX	SB	GO	CA	ME	SK	UC	CO	PN	GK	MJ	IA	QG
1	HDT DIESEL REDUC	1.500	out/13					2	2					2				3	3
	FERTILIZANTES																		
2	UFN 4 LINHARES	5.000	mar/12			2	3			2	3			1					
3	UFN 5 UBERABA	2.000	out/11	2	2						2		2				2	2	1
	TERMINAIS																		
4	GNL TRBR - BARRA DO RIACHO	3.400	mai/12	3	3		2	3	1	1	1				2	2	3		
5	GNL TRBA - BAHIA	1.360	set/11										1	3		1			2
6	ITAGUAI	12.000	set/12																
7	BASE PORTUARIA UBU	2.210	ago/12			3				3			3						

Fonte: peça 31, p. 39.

26. O fato de o nome da Engevix aparecer em várias das planilhas de distribuição de obras, com identificação das preferências da empresa, faz presumir sua participação habitual e duradoura em fraudes a licitações.

27. Ademais, em depoimento prestado, o ex-Vice-Presidente da Engevix Engenharia S/A, Gerson Almada, confessou a existência de cartel estabelecido com vistas a fraudar licitações e da participação da Engevix (peça 14, TC 013.384/2017-1, p. 53):

> *318. E para espancar dúvidas, o próprio acusado Gerson de Mello Almada, Vice-Presidente da Engevix, confessou, ainda que relutantemente, a existência do cartel e dos ajustes fraudulentos das licitações entre as empreiteiras (evento 473). Embora tenha ele tentado minorizar a definição das preferências, alegando que o preço era definido pela Petrobrás e que os ajustes não tinham funcionamento perfeito, pois nem sempre havia acordo ou que outras empresas de fora do grupo podiam atrapalhar, o relato confirma os pontos essenciais, que as grandes empreiteiras, entre elas a Engevix, ajustavam suas preferências nas grandes licitações para que uma não atrapalhasse a outra, dividindo na prática as obras da Petrobrás. Embora a Petrobrás ainda fizesse uma estimativa de preço, o estratagema fraudulento permitia que a empresa para a qual a preferência foi definida apresentasse sua proposta sem concorrência real com as demais empreiteiras participantes do cartel.*

28. Com efeito, o conjunto probatório formado por: (i) depoimentos de diversos envolvidos nas irregularidades; (ii) provas documentais referentes às planilhas de distribuição de obras; e (iii) confissão do Vice-Presidente da empresa à época da ocorrência das irregularidades faz concluir pela participação da Engevix no conluio entre as empreiteiras para fraudar as licitações da Petrobras.

I.3. Evidências que demonstram a participação da Engevix Engenharia S/A nas fraudes às licitações relativas às obras da Rnest

29. Há ainda evidências convergentes e robustas de que a Engevix fraudou especificamente licitações relativas às obras da Rnest, mediante: 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 de resultados e consequente direcionamento das licitações; e f) ausência de formulação de proposta para beneficiar a empresa escolhida pelo cartel nas contratações referentes à Refinaria de Abreu e Lima – Rnest.

30. Entre as provas documentais anteriormente citadas, constam planilhas referentes às obras da Rnest as preferências da Engevix Engenharia S/A (peça 14, TC 013.384/2017-1, p. 55):

> *306. Tabelas similares também existem em relação à fixação das preferências nas obras da Petrobrás na Refinaria do Nordeste Abreu e Lima **RNEST.***
>
> *307. Na tabela de título "Lista Novos Negócios RNEST" (fl. 12, mandbuscaapreenc11, evento1), para as obras "01 Unidade de ETDI", a anotação da preferência "1". Não foi possível, porém, identificar essa obra ou contrato entre as licitações efetivamente ganhas pela Engevix.*
>
> *(...)*
>
> *316. Além disso, nas tabelas apreendidas, identificase a fixação da preferência da Engevix para pelo menos três dos contratos e obras cujas licitações foram efetivamente ganhas pela referida empresa, sozinha ou em Consórcio, conforme rol da denúncia. São elas, o contrato para fornecimento de bens e serviços relativos à unidade de destilação atmosférica e a vácuo (U2100) do COMPERJ, o contrato para fornecimento de materiais e serviços para interligações do offsite da carteira de diesel da RLAM, e o o contrato para reforma e modernização da unidade de reforma catalítica URC da RPBC.*

31. O depoimento de Alberto Youssef confirma essa participação (peça 14, TC 013.384/2017-1, p. 77):

> *Juiz Federal: Com quem o senhor tratava na Engevix?*
>
> *Alberto: Diretamente com o senhor Gerson Almada, Gerson Almada.*
>
> *Juiz Federal: O senhor se recorda especificamente em que obras que houve...*
>
> *Alberto: Especificamente, as obras da **Rnest** e as obras de Cubatão.*

32. No mesmo sentido, Gerson Almada confessou:

I. a participação da Engevix no cartel, fraudando licitações de contratos da RNEST (peça 14, TC 013.384/2017-1, p. 51):

> *319. Gerson de Mello Almada, confrontado com os referidos documentos apreendidos na Engevix, também confirmou a sua autenticidade e admitiu que a Engevix ganhou licitações da Petrobras atráves dos prévios ajustes de preferências realizados entre as empreiteiras. Citou especificamente os contratos ganhos da URC da RBPC, da RNEST e da unidade de destilação atmosférica e a vácuo (U2100) do COMPERJ.*

II. que a Engevix Engenharia S/A obteve sucesso licitações referentes a obras da RNEST, mediante combinação de preços (peça 14, TC 013.384/2017-1, p. 56 e 105):

> *Juiz Federal: E alguma obra que o senhor mencionou.. essas duas foram malsucedidas. Teve alguma coisa que foi bem sucedida?*
>
> *Gerson: Bem sucedida foi a URC e a RNEST. Porém, ambas essas obras não estavam dentro desse grupo, mas eu demonstrei o meu maior interesse nessas obras. Então ficou eu brigando contra o resto que inclusive tinha mais convidados de fora do que do grupo.*
>
> *Juiz Federal: Do grupo? Mas dentro do grupo houve alguma definição da preferência da Engevix ou não?*
>
> *Gerson: Aceitaram a preferência da Engevix para essas obras.*
>
> *(...)*

Juiz Federal: Mas porque faziam essa escala então? Essas propostas de fechamento aqui? Não significava que as outras iriam dar preferência a essas apontadas aqui como ganhadoras? Não era isso?

Gerson: Sim, sim.

Juiz Federal: Era isso?

Gerson: Era isso, preferência, sim, confirmo.

Juiz Federal: Mas dariam preferência como? Não participariam da licitação ou participariam oferecendo propostas maiores?

Gerson: Segunda alternativa.

Juiz Federal: Participaria oferecendo propostas maiores?

Gerson: Sim.

(...)

*Juiz Federal: Depois eu tenho aqui: **Engevix**, E & T Engiform, indicações **Abreu e Lima**, esse que o senhor mencionou?*

Gerson: Sim.

Juiz Federal: Esse é o da RNEST?

Gerson: Este é o da RNEST.

(iii) que houve a participação de dirigentes da Petrobrás para facilitar a obtenção dos contratos da RNEST pela Engevix (p. 109):

Juiz Federal: Um caso específico, o senhor pode me ilustrar, por exemplo, que ele tenha atuado pra auxiliar a Engevix em ganhar um contrato ou não ter dificuldade com o contrato ou pra ser convidado?

Gerson: Desculpa. Vamos pegar as concorrências que tiveram dentro da área de, nesse programa de refino que teve bastante forte, ele teve uma atuação bastante boa. Em cartas-convite, nem todas as cartas convites eu ganhei, ele perdia, não ganhava nada, então tinha o trabalho de risco. E teve trabalhos em que ele [Pedro Barusco] participou bastante, ajudando, podemos dizer é o caso da RNEST, que ele teve uma participação."

III. *o pagamento de propina a dirigentes da Petrobras pela Engevix Engenharia S/A para obtenção de contratos (p. 42, 104 e 110):*

509. Gerson Almada, também admitiu, em síntese, o pagamento de valores em decorrência da obtenção de contratos da Petrobrás. Argumentou, porém, que os pagamentos foram feitos a "lobistas", como Alberto Youssef, que intermediariam repasses a partidos políticos, no caso o Partido Progressista, e que na época desconhecia que eles eram também direcionados aos Diretores da Petrobrás. Ainda admitiu que, de forma semelhante aos pagamentos a Alberto Youssef e ao Partido Progressista, remunerava também outros "lobista", Milton Pascowitch, desta feita para que a Engevix "ficasse conhecida" pelo Partido dos Trabalhadores.

IV. *que a Engevix manteve relacionamento estreito com o doleiro Alberto Youssef e com a empresa de fachada MO Consultoria para emissão de notas frias nas obras da RNEST (p. 42, 104 e 110):*

286. Para efetuar o pagamento, os dirigentes da Engevix Engenharia teriam utilizado os recursos provenientes dos próprios contratos, submetendoo a prévias condutas de ocultação e dissimulação executadas por Alberto Youssef, antes do pagamento.

(...)

"Juiz Federal: E depois o senhor mencionou o senhor Alberto Youssef, isso? Ele lhe procurou?

Gerson: Exatamente. Que depois o Alberto Youssef, em dois contratos ele atuou bastante forte comigo, que foi o caso da URC e da RNEST. Após ganho vieram..., vieram fazer essa oferta de mesmo trabalho que eu tinha na Diretoria de Serviços com a Diretoria de Abastecimento.

(...)

*Juiz Federal: Esse, um outro contrato aqui, evento 25 do inquérito 5044866, do consórcio **RNEST**, vou mostrar aqui ao senhor.*

Gerson:Correto.

Juiz Federal: Esse contrato também é um daqueles, feito com Alberto Youssef?

Gerson:Exato, e aí ele indicou a empresa MO.

Juiz Federal: O valor aqui é de R$ 5.790.000,00. Esses serviços da MO Consultoria na verdade era esse lobby do senhor Alberto Youssef?

Gerson: Exato. E como nem tudo são rosas, né, tanto nesse contrato quanto no outro, como tivemos grandes problemas nos contratos, eles não chegaram a ser pagos integralmente.

33. Assim, na esfera penal consideraram-se significativas as provas ora apresentadas a ponto de se concluir que contratos da Rnest foram obtidos pela Engevix Engenharia mediante cartel e ajuste fraudulento de licitações, com pagamentos de vantagens indevidas a agentes públicos e ocultação e dissimulação desses pagamentos (peça 14, TC 013.384/2017-1, p. 96):

442. Então, em conclusão deste tópico, de se concluir que há provas muito significativas de que os contratos da RNEST, RLAM, RPBC e do COMPERJ foram obtidos pela Engevix Engenharia mediante cartel e ajuste fraudulento de licitações.

(...)

446. Como ver-se-á adiante, está confirmado pelo rastreamento de valores e fluxo financeiro entre a Engevix Engenharia e contas controladas por Alberto Youssef.

(...)

496. Tem-se, portanto, uma extensa prova material e independente decorrente principalmente de quebras de sigilo bancário e fiscal e de apreensões de documentos, que corroboram as declarações dos criminosos colaboradores quanto ao pagamento pela Engevix Engenharia de propinas à Diretoria de Abastecimento da Petrobrás nos contratos obtidos pela empreiteira na RNEST, RLAM, RPBC e COMPERJ. Mais uma vez de se salientar que a prova material preexistia às colaborações, sendo delas causa e não o contrário.

(...)

571. De se reputar configurado um crime de corrupção para cada contrato no qual houve pagamento de vantagem indevida: um na RNEST, um na RLAM, um na RPBC e um no COMPERJ.

> *572. Com efeito, caracterizadas condutas de ocultação e dissimulação pela simulação da prestação de serviços das empresas MO Consultoria, Empreiteira Rigidez, GFD Investimentos e Costa Global Consultoria para a Engevix Engenharia, tudo isso no âmbito das obras contratadas pela Petrobrás na RNEST, RLAM, RPBC e COMPERJ. Os crimes de lavagem ocorreram em cerca de trinta e uma operações, considerando o número de depósitos encobertos por contratos e notas fiscais fraudulentas.*

34. Destarte, os depoimentos de Gerson Almada e as conclusões do Juízo penal, com base em todos os demais elementos probatórios, derivam a constatação de que a Engevix participou das fraudes à licitação da Rnest ora em análise.

35. A partir dos elementos probatórios dos autos, foi possível ainda especificar as licitações em que a Engevix Engenharia S/A (i) ganhou em virtude da sua participação no cartel e (ii) aquelas em que essa empresa ofereceu proposta de cobertura para viabilizar que outras empresas do "grupo" ganhassem os certames, o que se esclarecerá a seguir.

I.4. Evidências que demonstram a obtenção dos contratos de implantação de edificações e urbanização da Rnest mediante fraude à licitação

36. Na esfera penal, houve reconhecimento de que os contratos de implantação de edificações e urbanização da Rnest foram obtidos mediante ajuste fraudulento das licitações, consoante se extrai do seguinte excerto da sentença proferida na ação penal n. 508335189.2014.4.04.7000 (peça 14, TC 013.384/2017-1, p. 62):

> *378. Muito embora esteja abaixo da estimativa inicial realizada pela Petrobras, o que sugeriria que não teria sido objeto de ajuste fraudulento prévio no cartel das empreiteiras, o próprio Gerson de Almada declarou, em seu interrogatório, que a preferência da Engevix para este contrato foi definido no cartel das empreiteiras, o que levou pelo menos à eliminação da concorrência pelas demais empresas componentes do grupo (item 319). A proposta competitiva apresentada pela Engevix pode ser explicada pelo fato de terem também participado do certame outras empresas que não faziam parte dos ajustes das preferências. Assim, pelo menos em parte, o contrato foi obtido mediante o cartel e ajuste fraudulento das licitações, uma vez que afastadas do certame, por combinação ilícita, pelo menos as demais empresas componentes do cartel.*

37. De fato, identificou-se que a Engevix, por meio do Consórcio Rnest, ganhou os contratos de implantação de Edificações e Urbanização da Rnest (contratos n. 8500.0000037.09.2 e 0800.0049742.09.2), assinados em 30/04/2009, com execução iniciada em 30/04/2009 e finalizada em 20/11/2014, como pode ser verificado da tabela apresentada no relatório final da sindicância realizada pela Petrobras (peça 16, p. 16):

Quadro I – Contratos analisados (R$ milhões)

Seq.	Contratada	Objeto contratual	Data da assinatura	Valor original	Qtde. de aditivos	Valor dos aditivos	Valor Total
1	Consórcio Refinaria Abreu e Lima (Odebrecht/Galvão Engenharia/Camargo Correa e Queiroz Galvão)	Projeto e execução de terraplanagem	31/07/2007	429,20	17	104,96	534,16
2	Chemtech	FEED – *Front End Engineering Design*	04/03/2008	119,72	10	129,92	249,64
3	Alusa Engenharia	Casa de Força - CAFOR	02/12/2008	966,10	15	249,10	1.215,20
4	Jaraguá	Montagem dos Fornos da Unidade de Destilação Atmosférica-UDA	18/03/2009	76,67	12	-0,93	75,74
5	Jaraguá	Montagem dos Fornos da Unidade de Coqueamento Retardado-UCR	03/05/2010	116,68	6	0,49	117,17
		Montagem dos Fornos de Hidrotratamento-UHDT	30/11/2010	55,83	7	4,25	60,08
6	Jaraguá	Montagem dos Fornos da Unidade de Geração de HidrogênioUGH	30/11/2010	151,24	5	9,22	160,46
7	SES/Montcalm	Montagem das caldeiras da CAFOR	10/02/2010	174,45	11	66,00	240,45
8	Enfil/Veolia	Estação Tratamento Água-ETA	30/03/2009	774,00	17	109,86	883,86
9	Orteng	Central Geral de Elétrica-CGE	29/05/2009	269,53	16	52,91	322,44
10	Engevix/EIT	Edificações e Urbanização	30/04/2009	591,32	14	183,59	774,91

Fonte: relatório final da Sindicância da Rnest realizada pela Petrobras.

38. Foram convidadas vinte e duas empresas, mas apresentaram propostas somente oito delas, houve restrição de participação de convidadas, entre as quais cinco contestaram sua exclusão (peça 14, p. 60):

> *365. A Gerência de Estimativa de Custos e Prazo da Petrobrás estimou os custos da contratação em cerca de R$ 614.007.362,58, admitindo variação entre o mínimo de R$ 521.906.258,19 e o máximo de R$ 736.808.835,09.*
>
> *367. Foram convidadas vinte e duas empresas, mas apresentaram propostas somente oito delas. A menor proposta, do Consórcio RNEST O.C. Edificações, composto pela Engevix, EIT, e à época Engeform que se retirou antes da formalização do contrato , foi de R$ 591.324.228,09. Em seguida, nessa ordem, as propostas do Consórcio Construcap/Progen, formado pela Construcap e pelo Progen (R$ 677.979.996,03), da Egesa Engenharia (R$ 683.429.586,75), da Paranasa Engenharia e Comércio (R$ 699.287.073,00), do Consórcio Santa Barbara, formado pela Santa Barbara Engenharia e DM Construtora de Obras (R$ 716.772.617,75), pela Fidens Engenharia (R$ 760.207.654,12), pelo Consórcio Schahin/Serveng, formado pela Schahin Engenharia e pela Serveng (R$ 772.679.673,39), pelo Consórcio Obras Civis/RNEST, formado pela Construções e Comércio Camargo Correa, pela Construtora Norberto Odebrecht, pela Construtora Queiroz Galvão e pela Galvão Engenharia (R$ 806.878.264,43).*
>
> *369. Houve um aditivo no contrato 0800.0049742092, na data de 03/12/2013, no valor de R$ 230.484.642,86.*
>
> *370. Entretanto, tal aditivo não vai ser considerado para os fins desta ação penal, porquanto realizado em data posterior à saída de Paulo Roberto Costa da Diretoria de Abastecimento da Petrobras.*
>
> *373. Constou ele da tabela apresentada pela Petrobras (evento 1, contr37).*
>
> *374. Não obstante, não foi possível localizar o aditivo na documentação apresentada pela Petrobras (evento 644).*
>
> *375. Observo, ainda, que o MPF, em sede de alegações finais, inicialmente requereu a exclusão desse aditivo (fls. 758), conquanto não tenha requerido, ao final, a absolvição com base nele (fls. 272/275), nem tampouco tenha explicitado os seus motivos.*
>
> *376. Assim, havendo dúvida razoável quanto à existência e condições desse aditivo, deixo de considerálo para os fins desta ação penal.*
>
> *377. O valor do contrato a ser levado em consideração é, portanto, de R$ 591.324.228,09.*
>
> *378. Muito embora esteja abaixo da estimativa inicial realizada pela Petrobras, o que sugeriria que não teria sido objeto de ajuste fraudulento prévio no cartel das empreiteiras, o próprio Gerson de Almada declarou, em seu interrogatório, que a preferência da Engevix para este contrato foi definido no cartel das empreiteiras, o que levou pelo menos à eliminação da concorrência pelas demais empresas componentes do grupo (item 319). A proposta competitiva apresentada pela Engevix pode ser explicada pelo fato de terem também participado do certame outras empresas que não faziam parte do ajustes das preferências. Assim, pelo menos em parte, o contrato foi obtido mediante o cartel e ajuste fraudulento das licitações, uma vez que afastadas do certame, por combinação ilícita, pelo menos as demais empresas componentes do cartel.*
>
> *Edificações de obras civis – Posteriormente à aprovação da relação das convidadas e à emissão do convite, em 01/08/2008, cinco empresas (Construcap CCPS Engenharia e Comércio, Egesa Engenharia, Engeform Construções e Comércio, Fidens Engenharia e Santa Barbara Engenharia) enviaram correspondências ao Srs. Pedro José Barusco Filho e Glauco Legatti, reivindicando sua participação no processo licitatório, sob o argumento de possuírem as condições necessárias. Estas empresas não foram selecionadas inicialmente por não atenderem à pontuação mínima requerida.*
>
> *Em 22/08/2008, por meio do DIP ENGENHARIA 677/2008, assinado em conjunto pelo Sr. Pedro José Barusco Filho e Sra. Venina Velosa da Fonseca, foi solicitado ao DSERV e ao DABAST a*

> *aprovação da inclusão das empresas no processo licitatório e posterior encaminhamento à Diretoria Executiva, quando do resultado final do certame, para homologação. A aprovação se deu em 04/09/2008 pelos Srs. Paulo Roberto Costa e Renato Duque – Anexo 19. O Consórcio Engevix/EIT sagrou-se vencedor do processo.*

39. Além disso, a referida sindicância identificou ainda a falta de emissão de parecer jurídico nesse processo licitatório (peça 16, p. 22):

> *Falta de emissão de parecer jurídico em quatro processos licitatórios – Orteng (CGE); Invensys (CGA); Engevix (Edificações); Consórcio Enfil/Veolia (ETA); Nos processos licitatórios da RNEST, houve a participação de advogados do Jurídico de Serviços, procedimento não usual nos processos licitatórios conduzidos na Companhia. Ademais, ao serem encaminhados à Diretoria Executiva, para aprovação, em quatro destes processos (Edificações, ETA, CGA, CGE) foi registrado que "tendo em vista a participação efetiva de representante do JURIDICO/JSERV/ENG como membro da Comissão de Licitação e os ritos processuais foram todos respeitados conforme instruções normativas, não se faz necessário o envio do Relatório da Comissão para parecer jurídico".*
>
> *A Comissão observou que tal procedimento (ausência de parecer jurídico quanto aos resultados dos processos licitatórios), não foi observado, quando da finalização dos processos licitatórios, pelo Srs. Pedro José Barusco Filho e Sra. Venina Velosa de Fonseca.*

40. Ao final do certame, sagrou-se vencedor o Consórcio Rnest O.C Edificações, composto por Engevix, EIT e Engeform, com responsabilidade da ENGEVIX 99% e da EIT 1%, não tendo a Engeform assinado o contrato.

41. Houve um aditivo no contrato 0800.0049742092, na data de 03/12/2013, no valor de R$ 230.484.642,86. Após os aditivos, o valor total do contrato foi de R$ 653.118.815,72.

> *371. Houve, ainda, quatro aditivos ao contrato 8500.0000037092, nas datas de 15/03/2012 (R$ 61.794.587,63), 04/06/2013 (R$ 12.594.900,06) e 02/07/2013 (R$ 2.370.728,45) e 22/10/2013 (R$ 117.076.897,68), os quais majoraram o seu valor em R$ 193.837.113,82. Como houve também redução contratual, no montante de R$ 10.246.723,64, o valor final do contrato ficou em R$ 774.914.618,27, conforme quadro demonstrativo de contratos e aditivos apresentado pela Petrobrás (evento 1, contr37).*
>
> *372. Em rigor, poderia ser considerado o aditivo datado de 15/03/12, no valor de R$ 61.794.587,63, para os fins desta ação penal, único negociado durante a época em que Paulo Roberto Costa esteve à frente da Diretoria de Abastecimento.*

42. De todo modo, as condutas da empresa nesse contrato não serão consideradas para fins de dosimetria, visto que a Representação se restringe à fraude à licitação em cinco contratos da Rnest, entre os quais não se incluem os de edificações e urbanização. Assim, as evidências da obtenção desses contratos por meios fraudulentos constituem fatores que robustecem as conclusões acerca da participação da Engevix nos certames da Rnest.

43. Ademais, consoante evidenciado na Ação de Improbidade Administrativa n. 5006628-92.2015.4.04.7000, ajuizada em desfavor da Engevix Engenharia S/A, houve supressão de propostas ou oferecimento de propostas de cobertura nos seguintes contratos: (i) Unidades de Hidrotratamento de Diesel e de Nafta (UHDT) e Unidade de Geração de Hidrogênio (UGH); (ii) Tubovias de Interligações; (iii) Unidade de Destilação Atmosférica (UDA); e (iv) Unidades de Coqueamento Retardado – UCR, o que se evidenciará nas seções seguintes.

I.5. Evidências de supressão de propostas em certames da Rnest

44. Além do êxito no certame relativo aos contratos de Edificações e Urbanizações da Rnest, a própria Representação (peça 14) e o Voto do Ministro Relator Benjamin Zymler (peça 51)

identificaram os contratos em que a Engevix foi convidada para participar da licitação e não ofereceu proposta, justamente em razão das combinações entre as empresas cartelizadas:

(i) Unidades de Hidrotratamento de Diesel e de Nafta (UHDT) e Unidade de Geração de Hidrogênio (UGH):

Empresas convidadas (quinze)	**Propostas apresentadas (quatro)**	**Contratação**
Integrantes do cartel: Clube VIP: Camargo Correa, Andrade Gutierrez, Odebrecht, Queiros Galvão e UTC; Demais integrantes do cartel**:** OAS, Mendes Junior, Techint, Engevix, GDK, Iesa, MPE, Promon, Skanska e SOG	OAS e Odebrecht: R$ 3,26 bilhões Mendes Junior: R$ 3,65 bilhões Camargo Correa: R$ 3,78 bilhões Andrade Gutierrez e Techint: R$ 4,01 bilhões	Consórcio OAS e Odebrecht: R$ 3,19 bilhões. Representando cerca de **99% do teto da estimativa da Petrobras** (R$ 3,23 bilhões) – peça 16, p. 10.

Fonte: Voto do Relator, Ministro Benjamin Zymler (peça 51, p. 8).

(ii) Tubovias de Interligações:

Empresas convidadas (quinze)	**Propostas apresentadas (três)**	**Contratação**
Integrantes do cartel: Clube VIP: Camargo Correa, Andrade Gutierrez, Odebrecht, Queiros Galvão e UTC; Demais integrantes do cartel**:** OAS, Mendes Junior, Techint, Engevix, GDK, Iesa, Promon, Skanska e SOG	Queiroz Galvão e Iesa: R$ 2,73 bilhões Odebrecht e OAS: R$ 2,84 bilhões GDK e SOG: R$ 4,10 bilhões	Queiroz Galvão e Iesa: R$ 2,69 bilhões Representando cerca de **96,4% do teto da estimativa da Petrobras** (R$ 2,79 bilhões) – peça 16, p. 10.

Fonte: Voto do Relator, Ministro Benjamin Zymler (peça 51, p. 14).

45. Uma vez demonstrado pelo conjunto probatório a participação da Engevix nas fraudes à licitação da Rnest, em coautoria com as demais empresas cartelizadas, permite-se concluir que as supressões de propostas nas referidas licitações constituem condutas que ensejaram restrição de competição e, por consequência, fraudes a essas licitações.

46. Identifica-se, pois, nexo de causalidade entre as supressões de proposta nos referidos certames e a fraude às licitações da Rnest, nos termos do que definido pelo artigo 46 da Lei 8.443/1992. Tanto o é que a supressão de propostas foi imputada à Engevix como conduta ensejadora de fraude à licitação na Ação de Improbidade Administrativa ajuizada contra essa empresa (peça 6), na ação penal n. 03652823.2015.4.04.7000/PR (peça 9) e na ação penal n. 508337605.2014.404.7000 (peça 14).

I.6. Evidências de apresentação de propostas de cobertura em licitações da Rnest

47. Além da supressão de propostas, a Engevix, apresentou proposta de cobertura nas licitações referentes aos contratos:

(i) das Unidades de Coqueamento Retardado – UCR:

Empresas convidadas (quinze)	Propostas apresentadas (quatro)	Contratação
Integrantes do cartel: Clube VIP: Camargo Correa, Andrade Gutierrez, Odebrecht, Queiros Galvão e UTC; Demais integrantes do cartel**:** OAS, Mendes Junior, Techint, Engevix, GDK, Iesa, MPE, Promon, Skanska e SOG	Camargo Correa e CNEC: R$ 3,44 bilhões UTC e Engevix: R$ 3,85 bilhões Odebrecht e OAS: R$ 3,94 bilhões MPE: R$ 4,07 bilhões	Camargo Correa e CNEC: R$ 3,41 bilhões Representando cerca de **98,8% do teto da estimativa da Petrobras** (R$ 3,45 bilhões) – peça 16, p. 10

Fonte: Voto do Relator, Ministro Benjamin Zymler (peça 51, p. 11).

(ii) da Unidade de Destilação Atmosférica (UDA):

Empresas convidadas (quinze)	Propostas apresentadas (seis)	Contratação
Integrantes do cartel: Clube VIP: Camargo Correa, Andrade Gutierrez, Odebrecht, Queiros Galvão e UTC; Demais integrantes do cartel**:** OAS, Mendes Junior, Techint, Engevix, GDK, Iesa, MPE, Promon, Skanska e SOG	OAS e Odebrecht: R$ 1,50 bilhão Iesa e Queiroz Galvão: R$ 1,66 bilhão Engevix e UTC: R$ 1,78 bilhão	Consórcio OAS e Odebrecht: R$ 1,48 bilhão. Representando cerca de **97% do teto da estimativa da Petrobras** (R$ 1,52 bilhão) – peça 16, p. 10.

Fonte: Voto do Relator, Ministro Benjamin Zymler (peça 51, p. 9).

48. Os demais elementos que comprovam a fraude à licitação nesses contratos já foram extensivamente analisados no âmbito da representação da Unidade Técnica (peça 42) e no voto do Ministro-Relator (peça 51). Conjugando-se os elementos probatórios elencados na seção (I.2), que demonstram a participação da Engevix nas fraudes às licitações da Rnest, conclui-se pela responsabilidade dessa empresa pelas condutas ora descritas, que resultaram em restrição à competição nos respectivos certames.

II. Das alegações da empresa Engevix Engenharia S/A e respectivas análises

II.1. Tempestividade

49. Preliminarmente, a empresa Engevix Engenharia S/A, alega serem tempestivas as suas manifestações (peça 56).

Análise

50. Como a ciência da decisão se deu em 12/7/2016 e as manifestações foram protocoladas em 27/7/2016, dentro do prazo de 15 dias estabelecido pelo artigo 179, §§ 1º e 6º do RITCU, reconhece-se razão à empresa quanto à alegação de tempestividade das manifestações, motivo pelo qual, procede-se à análise das demais preliminares apresentadas pela defesa.

II.2. Da sobreposição de procedimentos administrativos com o mesmo objeto

51. A empresa destaca que está negociando com a Controladoria Geral da União a celebração de acordo de leniência, com base na Lei 12.846/2013 e no Decreto 8.420/2015, no âmbito do processo administrativo de responsabilização – PAR 00190.025829/2014-39.

52. Por essa razão, a presente instrução deveria levar em conta esse fato, para compatibilizar a atuação do TCU ao desenvolvimento do PAR, sob pena de exaurir a efetividade do instituto do acordo de leniência.

53. Nesse sentido, qualquer medida adotada pelo TCU relativamente ao objeto do referido PAR deveria ser suspensa, garantindo "uniformidade de procedimentos entre os órgãos fiscalizadores dos contratos" (peça 56, p. 10), sem qualquer prejuízo à Administração Pública, em virtude de se interromper a prescrição a partir da instauração do PAR (art. 25 da LAC).

Análise

54. Conforme artigos 70 e 71, incisos II e VIII, da Constituição Federal/1988, é competência privativa e inderrogável do TCU reprimir fraude à licitação promovida por ente da Administração Indireta, de forma independente e sem prejuízo da competência da CGU para aplicar, no âmbito de processos administrativos de responsabilização, as sanções da Lei 12.846/2013 e da Lei 8.666/93, em virtude do princípio da independência das instâncias.

55. Apesar da alegação de estar negociando acordo de leniência com a CGU, não há fonte oficial e fidedigna que confirme a continuação das tratativas.

56. Assim, em razão do sigilo dessas informações, o Tribunal de Contas da União, no Acórdão 1.348/2017-TCU-Plenário, definiu que, caso as empresas declaradas inidôneas assinem acordo de leniência, a sanção de inidoneidade imposta pelo Tribunal poderá ser revista:

> *Vale lembrar que eventual acordo de colaboração das empresas envolvidas pode atenuar as responsabilizações aqui discutidas. Essa questão foi enfrentada em outro processo que também trata do empreendimento de Angra 3, que discutia a execução dos serviços de montagem eletromecânica (GAC.T/CT-4500167239 e GAC.T/CT-4500167242). (...)*
>
> *Aplicando neste caso concreto a racionalidade daquela decisão, não vislumbro impedimento a que a pena de inidoneidade aqui determinada à empresa Engevix venha a ser revista pelo Tribunal, por provocação do Ministério Público Federal, ante eventual celebração de acordo que possa contribuir com as apurações em curso, dando celeridade e robustez à apuração de responsabilidades e ao ressarcimento do dano.*

57. Dessa forma, a informação de que a empresa está negociando acordo de leniência não prejudica a aplicação da sanção de inidoneidade, permitindo que eventual assinatura de acordo conduza à revisão da sanção aplicada pelo Tribunal.

II.3. Do procedimento no âmbito do TCU para apurar eventual ilícito administrativo

58. No ponto, a empresa argumenta que "a formulação da Representação, diante das condutas que pretende apurar, requer a adoção pelo TCU da tomada de contas especial a fim de permitir a apurar os fatos que teriam dado causa a eventual dano ao Erário" (peça 56, p. 13), razão porque somente seria possível apurar eventuais danos ao Erário por meio do processo de tomada de contas especial.

59. Baseada na Instrução Normativa 71/2012, a empresa entende que "a instrução da tomada de contas especial não pode prescindir da produção de atos internos pelo TCU os quais serão o norte para formação do convencimento da Corte de Contas e que poderão ser complementados com elementos colhidos fora do processo administrativo" (peça 56, p. 13-14).

60. Diante dessa premissa e considerando o princípio da busca da verdade real, seria necessário que o TCU elaborasse documentos internos, com ampla dilação probatória, para subsidiar

o seu convencimento, ao invés de extrair conclusões de documentos "externos e sem comprovação definitiva de validade pelo Poder Judiciário, tampouco pelo CADE" (peça 56, p. 18), obtidos no âmbito da Operação Lava-Jato.

61. Afirma, pois, que o TCU descumpre essa obrigação, ao se valer apenas de elementos de caráter meramente informativos, não dotados de caráter probatório, motivo pelo qual não seria permitida a imputação de sanções no âmbito do presente processo.

Análise

62. Não assiste razão à alegação da Engevix Engenharia S/A, visto que, havendo elementos probatórios suficientes para identificação dos responsáveis pelas irregularidades noticiadas, a respectiva representação prescinde de abertura de tomada de contas especiais.

63. Isso porque tanto o artigo 8º da Lei 8.443/1992 quanto o artigo 2º da Instrução Normativa 71/2012 definem como função da tomada de contas especial (i) a apuração de fatos, (ii) a quantificação de danos e (iii) a identificação dos responsáveis:

> *Art. 2º Tomada de contas especial é um processo administrativo devidamente formalizado, com rito próprio, para apurar responsabilidade por ocorrência de dano à administração pública federal, com apuração de fatos, quantificação do dano, identificação dos responsáveis e obter o respectivo ressarcimento.*
>
> *Art. 8° Diante da omissão no dever de prestar contas, da não comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União, na forma prevista no inciso VII do art. 5° desta Lei, da ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, ou, ainda, da prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao Erário, a autoridade administrativa competente, sob pena de responsabilidade solidária, deverá imediatamente adotar providências com vistas à instauração da tomada de contas especial para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano.*

64. Se, por meio de elementos externos, for possível – como no presente caso – a apuração dos fatos e identificação dos responsáveis, esses podem legitimamente subsidiar representações, nos termos do art. 1º, inciso VIII, da Lei 8.443/1992:

> *Art. 1° Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma estabelecida nesta Lei:*
>
> *VIII - representar ao poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados, indicando o ato inquinado e definindo responsabilidades, inclusive as de Ministro de Estado ou autoridade de nível hierárquico equivalente.*

65. Ademais, não seria adequado, de acordo com o princípio da eficiência administrativa – art. 37, caput, da Constituição Federal, instaurar tomada de contas especial com objetivo que já foi atingido por meio processual mais econômico e eficiente.

II.4. Da declaração de inidoneidade pelo TCU

66. Calcando-se em precedentes desta Corte de Contas, a Engevix defende que, pela gravidade da declaração de inidoneidade, a responsabilização do licitante só pode ocorrer se houver robusto e suficiente conjunto probatório que demonstre inequivocamente o nexo de causalidade entre a sua atuação e a fraude, o que não vale para provas indiciárias e inconsistentes entre si.

Análise

67. De fato, a declaração de inidoneidade não pode prescindir de robusto e suficiente conjunto probatório. Justamente com essa orientação, a presente instrução analisou e elencou os elementos probatórios constantes dos autos de modo a concluir, consoante exposto na seção I, pela

responsabilidade da empresa pelas condutas ora especificadas, o que também restou reconhecido no Juízo penal (peça 14, TC 013.384/2017-1, p. 96):

> *442. Então, em conclusão deste tópico, de se concluir que há provas muito significativas de que os contratos da RNEST, RLAM, RPBC e do COMPERJ foram obtidos pela Engevix Engenharia mediante cartel e ajuste fraudulento de licitações. (...)*
>
> *572. Com efeito, caracterizadas condutas de ocultação e dissimulação pela simulação da prestação de serviços das empresas MO Consultoria, Empreiteira Rigidez, GFD Investimentos e Costa Global Consultoria para a Engevix Engenharia, tudo isso no âmbito das obras contratadas pela Petrobrás na RNEST, RLAM, RPBC e COMPERJ. Os crimes de lavagem ocorreram em cerca de trinta e uma operações, considerando o número de depósitos encobertos por contratos e notas fiscais fraudulentas.*

II.5. Da contradição do conjunto probatório no caso concreto

68. A empresa alega que o TCU desconsidera julgados mais recentes do Supremo Tribunal Federal, os quais exigem que as provas indiciárias sejam dotadas de segurança, indução certa, indícios variados e coincidentes para terem força de prova suficiente para sustentar a declaração de inidoneidade, nos termos do Recurso Extraordinário n. 68.006.

69. Alega que o conjunto probatório indiciário "não permite ao julgador depreender de forma precisa a indução do fato analisado em razão das contradições que retiram a coincidência necessária dos indícios".

70. Nesse sentido, a empresa aduz que "não se verifica qualquer identidade nas propostas apresentadas pela Engevix no âmbito do projeto RNEST relativas aos Contratos da UDA e UCR", razão pela qual, o entendimento adotado pelo TCU não permite amoldar a conduta da Engevix como suposta fraude a licitação. Por outro lado, a mera formulação de oferta de valor excessivo seria insuficiente para autorizar a imposição da sanção de inidoneidade.

71. Outrossim, considera que a confissão de Gerson Almada possui inconsistências e dela é possível inferir "que o pagamento não se caracterizava como pressuposto para obtenção de contratos perante a Petrobras, mas sim uma execução nos termos adequados, haja vista as dificuldades que se apresentavam tanto na relação com o gestor do contrato, quanto no que se refere aos elementos técnicos fornecidos pela Petrobras. (...) O trabalho contratado consistia em assessoria posterior à celebração de contrato, sendo certo que não se extrai conclusão no sentido de que seria de conhecimento de GMA que o valor pago poderia ser repassado". Desse modo, os pagamentos considerados como vantagens indevidas, seriam destinados somente a "facilitar aonde cada empresa tinha maior interesse em participar".

72. A partir desse conjunto de argumentações, conclui no seguinte sentido:

> *Assim, apesar do reconhecimento da existência do cartel e dos ajustes fraudulentos de licitação, forçoso concluir que não se pode afirmar que todos os contratos celebrados entre a Engevix Engenharia e a Petrobrás especificados na denúncia foram obtidos por meio do esquema criminoso.*
>
> *(...) resta claro que o conjunto probatório colacionado e utilizado pela Representação apresenta evidente contradição e inconsistência, razão pela qual não se revela como elemento dotado de certeza suficiente para apenar a Engevix, sobretudo considerado o entendimento do TCU sobre o tema, conforme já exposto.*

Análise

73. Consoante demonstrado na seção I do exame técnico, há elementos probatórios que proporcionam conclusões coincidentes e seguras acerca da responsabilidade da Engevix nos ilícitos ora analisados.

74. Em segundo lugar, registre-se a incoerência de a Engevix Engenharia alegar que está assinando acordo de leniência, no qual estaria buscando, por meio da confissão das irregularidades, diminuição das sanções da Lei 12.846/2013; que cessou as referidas condutas e negar, no âmbito do TCU, a sua participação no cartel no âmbito dos processos de responsabilização relativos às mesmas condutas, assim como todos os elementos probatórios que conduzem à conclusão acerca da sua responsabilidade pelas fraudes à licitação.

75. Em verdade, a informação da empresa de que está negociando acordo de leniência corrobora as conclusões ora alcançadas pelo exame técnico.

76. Todos os depoimentos apontam que as fraudes às licitações da Rnest de fato ocorreram e decorreram, em concorrência com a participação das demais empresas cartelizadas, das condutas da Engevix Engenharia S/A de (i) obter o contrato de Edificações e Urbanização mediante restrição da competição; (ii) suprimir propostas nos certames relativos aos contratos de Unidades de Hidrotratamento de Diesel e de Nafta (UHDT), Unidade de Geração de Hidrogênio (UGH) e Tubovias de Interligações; e (iii) oferecer propostas de cobertura nas licitações das Unidades de Coqueamento Retardado (UCR), Unidade de Destilação Atmosférica (UDA).

77. Repise-se que deixar de formular proposta ou não participar de licitação é justamente uma prática utilizada pelo cartel (bid suppression), como já explicitado anteriormente nesta instrução.

78. As empresas dividiam entre si as obras que lhes fosse de interesse, vide trecho do Histórico de Conduta (peça 31, p. 25-26):

> *(...) Segundo os Signatários, a partir de 2003/04 nove empresas formaram um 'CLUBE'/'Grupo'/'Mesa', e combinaram de não competir entre si nas licitações da Petrobras. O ajuste consistia em as empresas sinalizarem entre si opções de escolha, dentro do programa de obras da Petrobras, daquelas obras que lhes fossem mais adequadas, de modo a chegarem a um acordo para que as demais não 'atrapalhassem' sua respectiva vitória quando o edital da licitação fosse publicado. (...)*

79. Como forma de não atrapalhar o esquema perpetrado, as empresas participantes do cartel atuaram também por meio de abstenções, conforme declaração dos signatários do Acordo de Leniência firmado entre o Cade e a empresa SOG Óleo e Gás, vide excerto do "Histórico de Conduta" (peça 31, p. 1) a seguir:

> *As condutas anticompetitivas consistiram em acordos de (i) fixação de preços, condições, vantagens e abstenção de participação, e (ii) divisão de mercado entre concorrentes, em licitações públicas de obras de montagem industrial 'onshore' da Petrobras do Brasil. Estas condutas foram viabilizadas, principalmente, por meio de reuniões presenciais, contatos telefônicos e SMS's entre os representantes das empresas, voltados à supressão/redução de competividade nas licitações/contratações realizadas pela Petrobras nas obras de montagem industrial 'onshore', com prévio acerto do vencedor, preços apresentados, condições, divisões de lotes, abstenções, propostas de cobertura, dentre outros.*

80. Essas mesmas condutas anticompetitivas, dentre elas a supressão de proposta, foram confirmadas pela empresa Camargo Corrêa por meio de seu Termo de Compromisso de Cessação de Práticas também firmado com o Cade, juntado por ela ao processo original de representação (peça 246, p. 66 e 120, do TC 016.119/20169).

81. Os fatos narrados no Histórico de Conduta acompanham documentações probatórias, não se baseando apenas em depoimentos. Algumas dessas documentações estão em planilhas, como as que constam na peça 31, páginas 33, 35, 39, 48.

82. Cumpre mencionar que aqui não se trata de um cenário saudável de competição nas licitações, mas sim de um cenário contaminado, com formação e participação de cartel com o objetivo de fraudar licitações. Sendo assim, a argumentação da empresa – simplesmente afirmando que não participou das licitações, ou simplesmente negando os fatos a ela imputados – não possui condão para desfazer o conjunto probatório presente:

(i) no Acórdão 1583/2016-TCU-Plenário (Min. Relator Benjamin Zymler);

(ii) no Histórico de Conduta do Cade (peça 31),

(iii) nos Laudos de Perícia Criminal da Polícia Federal 2400/2015-SETEC/SR/DPF/PR (peças 26 a 29) e 0777/2015-SETEC/SR/DPF/PR (peça 47);

(iv) no Relatório de apuração da Petrobras sobre licitações na Rnest (peça 16 e 17);

(v) nos depoimentos e termos de colaboração (peças 18 a 20, 23 a 25, 30 a 34, e 48);

(vi) nas Denúncias oferecidas pelo MPF-PR (peças 15, 21 e 22, e 36 a 41);

(vii) e no Auto de Apreensão 1117/2014 da Polícia Federal (peça 35) contendo planilhas e regramentos apreendido na sede da empresa Engevix referentes à organização do esquema criminoso.

83. Como a participação da Engevix no cartel, utilizado para fraudar as licitações da Petrobras, em especial a Rnest, desta instrução, está amplamente evidenciada, consequentemente, extrai-se que as supressões de proposta e propostas de cobertura nos referidos contratos contribuíram para essas fraudes.

84. Vale notar que não se está responsabilizando a Engevix por declinar dos convites da Petrobras para as licitações ora questionadas, mas em razão de sua participação em esquema criminoso de conluio e fraude às licitações de obras públicas da Petrobras, sobejamente demonstrado nos autos.

85. Sendo assim, conforme explicitado nesse tópico, não merece acolhida a alegação da empresa em que nega sua participação nas "combinações de preços ou resultados, quebra de sigilo de propostas, divisão de mercado, oferta de propostas de cobertura, direcionamento de licitações".

II.6. Da inaplicabilidade da pena de declaração de inidoneidade à Engevix

86. Defende-se a inaplicabilidade da sanção de inidoneidade em razão da cessação de quaisquer condutas por força (i) do memorando de entendimentos assinado com a CGU e AGU, durante as negociações dos acordos de leniência e (ii) do afastamento de Gerson Almada da administração da empresa. Alega ainda que está adotando "medidas visando ao ressarcimento e o real afastamento da pessoa física diretamente envolvida nas investigações da Operação Lava Jato".

87. Defende, ademais, a desvinculação da conduta individual daquela aplicável a pessoa jurídica, nos termos do MS 7.311, de relatoria Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 02.06.2003.

Análise

88. Consoante já explicitado na seção II.2, a informação de que a empresa está negociando acordo de leniência não prejudica a aplicação da sanção de inidoneidade, permitindo que eventual assinatura de acordo conduza à revisão da sanção aplicada pelo Tribunal.

89. Além disso, o simples afastamento de Gerson Almada não constitui óbice à aplicação da sanção de inidoneidade, prevista no artigo 46 da Lei Orgânica do TCU, à Engevix, uma vez que a atuação no cartel não se deu unicamente em razão das condutas de Gerson Almada, sendo que a empresa como um todo se beneficiava do esquema fraudulento.

III. Da responsabilização e individualização das condutas

Responsável: *Engevix Engenharia S/A (CNPJ nº 103.582/0001-31).*

Conduta: *Participar de conluio entre as empresas com o objetivo de fraudar as licitações para implantação da Rnest, mediante as 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; ausência de formulação de proposta para beneficiar a empresa escolhida pelo cartel. Essas condutas infringiram o disposto nos art. 37, caput e inciso XXI, 170, inciso IV, e no art. 173, §1º, inciso III, todos da*

Constituição Federal (CF/1988), bem como no item 1.2 do Decreto 2.745/1998, configurando fraude comprovada à licitação para fins do disposto no art. 46 da Lei 8.443/92.

90. Especificamente quanto aos contratos objeto da presente representação, todos os elementos probatórios apontam que as fraudes às respectivas licitações de fato ocorreram e decorreram, em concorrência com a participação das demais empresas cartelizadas, das condutas da Engevix Engenharia S/A de:

(i) suprimir propostas nos certames relativos aos contratos de Unidades de Hidrotratamento de Diesel e de Nafta (UHDT), Unidade de Geração de Hidrogênio (UGH) e Tubovias de Interligações; e

(ii) oferecer propostas de cobertura nas licitações das Unidades de Coqueamento Retardado (UCR), Unidade de Destilação Atmosférica (UDA).

Nexo de causalidade: *As práticas adotadas por esta empresa resultaram em: fraude à licitação do contrato de terraplanagem da Rnest; restrição à competitividade; contratações de consórcios por valores acima daqueles que seriam praticados em ambiente competitivo e prejuízo à transparência e ao controle social.*

91. O conjunto probatório disponível à presente instrução foi suficientemente robusto para demonstrar que houve fraude à licitação do contrato de terraplanagem da Rnest e que a referida fraude foi causada pelas condutas da Engevix, em concorrência com a conduta das demais empresas envolvidas no conluio e nas tratativas específicas, assim como a dos agentes públicos que a viabilizaram.

92. No desempenho das atribuições de controle externo, ao Tribunal de Contas da União é dada a competência para responsabilizar agentes que deem causa a irregularidades consideradas graves e de alta reprovabilidade no âmbito da sua atividade fiscalizadora, das quais se presuma a produção, direta ou indiretamente, de danos ao erário. É o caso da fraude à licitação verificada em razão de condutas antijurídicas de agentes, que, por força do artigo 46 da Lei 8.443/1992, submetem-se à sanção de inidoneidade para contratar com a Administração Pública Federal:

> *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****.*

93. Nesse âmbito, é preciso ser comprovada (i) a conduta, (ii) a culpa em sentido amplo, (iii) o nexo de causalidade e (iv) a efetiva ocorrência da fraude à licitação.

94. No presente caso, as ***condutas*** *da Engevix que, em concorrência com as condutas das demais empresas envolvidas no conluio e nas tratativas específicas, assim como a dos agentes públicos que a viabilizaram, ensejaram a fraude a licitação especificamente nos contratos objeto da Representação foram:*

(i) suprimir propostas nos certames relativos aos contratos de Unidades de Hidrotratamento de Diesel e de Nafta (UHDT), Unidade de Geração de Hidrogênio (UGH) e Tubovias de Interligações; e

(ii) oferecer propostas de cobertura nas licitações das Unidades de Coqueamento Retardado (UCR), Unidade de Destilação Atmosférica (UDA).

95. Tratam-se de condutas antijurídicas qualificadas pela voluntariedade, porquanto decorreram de escolha consciente da empresa e de seus executivos, sem qualquer coação física irresistível ou ato reflexo. Nesse sentido, os elementos probatórios acima demonstraram que a Engevix não só anuiu com os termos do acordo, como também pressionou para participar do conluio.

96. Estão também configurados todos os aspectos da imputabilidade e culpabilidade, visto que a empresa possuía completa capacidade de compreender a violação de dever jurídico exigível por parte de sua conduta e de determinar-se de acordo com esse entendimento.

*97. Na análise da **culpa em sentido amplo**, o traço de intencionalidade da conduta da empresa, faz configurar o dolo como seu elemento subjetivo. Em outros termos, a supressão de propostas, o oferecimento de propostas de cobertura e o pagamento de propina aos agentes da Petrobras se deram com o ânimo de fraudar a licitação do contrato de terraplanagem da Rnest.*

98. Ainda que se defendesse a configuração da culpa no caso, não procederia qualquer argumento que aventasse a imprevisibilidade da fraude, seja com base agentes de diligência média, seja considerando-se as circunstâncias do caso. Qualquer combinação de preços e de propostas pressupõe a compreensão de que isso implicará em fraude à licitação, tratando-se de culpa grave, ou, mais precisamente, de dolo.

*99. O **nexo de causalidade** também restou explicitado no presente caso: se a Engevix Engenharia S/A não tivesse anuído o acordo do conluio, oferecendo proposta de cobertura no certame relativo às Unidades de Coqueamento Retardado (UCR) e Unidade de Destilação Atmosférica (UDA), e não tivesse suprimido propostas nos certames relativos aos contratos de Unidades de Hidrotratamento de Diesel e de Nafta (UHDT), Unidade de Geração de Hidrogênio (UGH) e Tubovias de Interligações, as demais empresas participantes do cartel, determinadas por prévia combinação, não teriam vencido os respectivos certames, obtendo direito a executar o contrato a preços muito acima daqueles praticados no mercado, o que, por si, configura fraude à execução. Sua vantagem indevida e o decorrente dano ao erário são atribuíveis às suas condutas, consorciadas com a dos demais envolvidos no esquema criminoso.*

100. Nesse sentido, confira-se o trecho do Acórdão 300/2018-TCU-Plenário, que reconhece, em situação análoga à da Engevix, a responsabilidade da MPE nas fraudes à licitação da Rnest por suprimir propostas e por oferecer propostas de cobertura:

> *40. Veja-se que a norma estabelece a condição de "licitante" para que a conduta do sujeito ativo enquadre-se na figura típica.*
>
> *41. Em relação ao oferecimento de propostas de cobertura, não há maiores dúvidas de que a empresa atuou na condição de licitante e que, portanto, sua conduta se amolda aos fatos típicos previstos no referido dispositivo legal.*
>
> *42. Resta apreciar as condutas caracterizadas pela omissão na apresentação de propostas, pelo fato de que nessa situação a empresa não necessariamente figuraria na condição de licitante. Isso porque o entendimento usual da matéria é ser licitante aquele que participa do certame mediante a apresentação de propostas.*
>
> *43. Não há, contudo, uma definição legal de licitante, não havendo óbices, a meu sentir, para esse conceito ser entendido como o particular que de alguma forma participa do procedimento licitatório na condição de potencial contratado e interfere na disputa e no resultado. Esse entendimento parece ser o que melhor busca concretizar a vontade da lei e impede o seu desvirtuamento, que constituiria no afastamento de sua incidência de condutas que evidentemente atentam contra o bem jurídico protegido – lisura das licitações efetuadas pela Administração Pública.*
>
> *44. Por certo, pode-se afirmar que se estaria diante de interpretação extensiva, a qual guarda restrição a sua aplicação no direito sancionatório em razão do princípio **in dubio pro reo**. Acontece que essa restrição não é absoluta como se depreende do seguinte julgado do Supremo Tribunal federal:*
>
> *"1. Pratica infração grave, na forma prevista no art. 50, VII, da Lei 7.210/84, com as alterações introduzidas pela Lei 11.466/2007, o condenado à pena privativa de liberdade que é flagrado na posse de acessórios de aparelhos celulares em unidade prisional.*

> *2. A interpretação extensiva no direito penal é vedada apenas naquelas situações em que se identifica um desvirtuamento na **mens legis**." (RHC 106481, Rel. Min. Carmem Lúcia, Primeira Turma, 08/02/2011) (Grifou-se) .*
>
> *45. No caso em concreto, a empresa MPE Montagens e Projetos Especiais S.A. foi convidada para o certame e, deliberadamente, absteve-se de apresentar proposta para beneficiar terceiros. Ou seja, vislumbro uma conduta omissiva efetuada com o objetivo específico de interferir nos certames ilicitamente, de forma que a empresa se amolda ao estabelecido no art. 46 da Lei 8.443/1992.*
>
> *46. De qualquer forma, mesmo que assim não fosse, adotando-se os preceitos do direito penal (art. 30 do Código Penal), há de se registrar que as elementares de determinado fato típico comunicam-se entre os participantes do ato ilícito, desde que estejam em suas esferas de conhecimento. É por essa razão, por exemplo, que um particular pode responder pelo crime de peculato caso participe do crime juntamente com um funcionário público.*
>
> *47. Na descrição legal em tela, a condição de "licitante" é uma elementar do tipo, que se comunicaria com os participantes do ilícito que não detenham essa condição.*
>
> *48. Assim, mesmo que se admita que a empresa MPE não detenha a condição de "licitante", o fato é que, com sua conduta, contribuiu para que outras empresas, na condição de licitantes, fraudassem os certames em análise. Ou seja, nesse caso, a MPE assumiria a condição de partícipe e igualmente deveria responder pelo ilícito na medida de sua culpabilidade.*

101. A partir dessa descrição atende-se à teoria do dano direto ou imediato, mas o nexo causal permanece presente ainda que se adote a teoria da causa adequada, em que se consideram apenas as condutas que constituem causas normais para as consequências observadas. Assim, o oferecimento de propostas de cobertura, a supressão de propostas, a combinação de resultados e o pagamento de propina para obter favorecimento e ter acesso antecipado ao valor de referência do contrato são causas normalmente presentes de fraudes à licitação.

102. No ponto, também não se verificam excludentes do nexo de causalidade, tal como fato exclusivo da vítima, fato exclusivo de terceiro, caso fortuito ou força maior.

103. Enfim, a comprovação da fraude a licitação foi suficientemente explicitada pelos elementos probatórios acima apresentados, os quais se mostraram convergentes e coerentes com as conclusões ora alcançadas.

104. Em face do exposto, conclui-se que a conduta é reprovável, devendo acarretar, no mérito, a declaração de inidoneidade da empresa Engevix Engenharia 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

105. O poder sancionador veiculado pelo artigo 42 da Lei 8.443/1992 destina-se a conformar juízo de reprovabilidade de condutas que impliquem fraude à licitação e, ao mesmo tempo, desincentivar a sua reincidência, estabelecendo-se a pena de inidoneidade por período não tão baixo que não impinja o efeito dissuasório esperado e nem tão alto que comprometa significativamente a atividade econômica da empresa, de modo a prejudicar o seu futuro e o eventual ressarcimento do dano. 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. Justamente para atingir tais fins é que se procede à individualização da conduta, seguida da adequada dosimetria, a qual deve levar em conta o (i) nível de gravidade dos ilícitos apurados; (ii) as circunstâncias fáticas e jurídicas e (iii) a isonomia de tratamento com casos análogos, consoante entendimento explicitado no Acórdão 8.570/2017-TCU-2ª Câmara:

> *Por último, informo que o TCU não realiza dosimetria objetiva da multa, comum à aplicação de normas do Direito Penal e não há um rol de agravantes e atenuantes legalmente reconhecido.* ***O valor das penas a serem aplicadas fica a critério do plenário e tem como balizadores o nível de gravidade dos ilícitos apurados, as circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas e a isonomia de tratamento com casos análogos.*** *Nesse sentido, está a jurisprudência desta Casa, a exemplo do Acórdão 944/2016-TCU-Plenário do Exmo. Ministro Augusto Nardes. Assim, a simples alusão de que a multa seria excessiva, sem a indicação de eventuais fatores que possam interferir na sua estipulação, não é suficiente, por si só, para retificar a decisão anterior, de modo que a alegação não merece acolhimento.*

107. Conforme exposto no exame técnico acima, restou comprovado que a empresa Engevix Engenharia S.A. participou ativamente de fraudes em licitações da Rnest mediante as seguintes condutas: conluio, combinação de preços; quebra de sigilo das propostas; divisão de mercado; oferta de propostas de cobertura; combinação prévia de resultados; ausência de formulação de proposta para beneficiar a empresa escolhida pelo cartel e consequente direcionamento das licitações; para beneficiar a si e as demais empresas participantes do cartel.

108. 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.

109. No Acórdão 300/2018-TCU-Plenário, definiu-se a sanção de inidoneidade da MPE – outra empresa participante de cartel que nos contratos referenciados na Representação apresentou propostas de cobertura e suprimiu propostas – em três anos, pelos fundamentos a seguir expostos:

> *Nessa linha, por concordar com os fundamentos do Acórdão 348/2016-Plenário, entendo que a pena máxima aplicável no presente caso é de cinco anos.*
>
> *Sob essa premissa, acolho a argumentação do Ministério Público junto ao TCU no sentido de que a pena máxima deve ser reservada àqueles que praticaram conduta de maior gravidade em cada fraude. Nesse sentido, transcrevo as seguintes ponderações do Parquet:*
>
> *"Contudo, a pena máxima não deve recair igualmente sobre todas as empreiteiras, mas somente sobre as que praticaram as condutas mais graves em cada fraude.*
>
> *Proponho, então, os critérios seguintes para que se possa sopesar o grau de culpabilidade em função das condutas empregadas.*
>
> *A conduta mais gravosa corresponde à apresentação de proposta próxima ao limite admitido pela Petrobras, a fim de vencer o certame e celebrar contrato com preços excessivos. Às empresas que praticaram essa conduta, ou seja, às vencedoras dos certames...*
>
> *Às licitantes que apresentaram proposta de cobertura para conferir uma aparência de regularidade ao certame seria imputado prazo menor ... Sanção menor ainda seria imposta às empresas que adotaram conduta omissiva dolosa, que foram convidadas para o certame, mas se abstiveram de oferecer proposta..." (Grifou-se).*
>
> *Com efeito, cabe realçar que o cartel no âmbito da Rnest era dominado pelas empresas Odebrecht, Camargo Corrêa, Andrade Gutierrez e Queiroz Galvão e que à MPE foi reservado um papel secundário que, em princípio, não resultou qualquer benefício direto decorrente das contratações.*
>
> *Desta feita, com base nessas considerações, sopesando a gravidade da conduta imputada à MPE Montagens e Projetos Especiais S.A., entendo que a sanção a ser aplicada no presente processo deva ficar adstrita ao prazo de três anos.*

110. Como a Engevix apenas apresentou propostas de cobertura e suprimiu propostas nos cinco contratos objeto da Representação, propõe-se, em consonância com a jurisprudência desta Corte de Contas, a ***aplicação da sanção de inidoneidade de três anos****, com vistas a garantir a isonomia de tratamento com casos análogos.*

111. Quanto à apresentação de proposta próxima ao limite admitido pela Petrobras, a fim de vencer o certame e celebrar os contratos de Urbanização e Edificações a preços excessivos, há processo específico que visa a aplicar as sanções devidas em razão de superfaturamentos, qual seja, o TC 009.758/2009-3.

112. Registre-se que, nos termos do Acórdão 1.348/2017-TCU-Plenário, eventual assinatura de acordo de leniência poderá conduzir à revisão da sanção aplicada pelo Tribunal.

(V) Da extensão da sanção de inidoneidade

113. Em atenção ao princípio da razoabilidade da pena aplicada pelo TCU, pondera-se pela consideração do prazo efetivamente cumprido da sanção de inidoneidade declaração pela CGU como compensação do prazo de inidoneidade que vier a ser declarado pelo TCU.

114. Outrossim, com vistas a evitar estratégias de alteração societária que contornem a presente sanção, propõe-se que a responsabilização atinja igualmente:

(i) as pessoas jurídicas (controladas, subsidiárias, etc) cujos estatutos ou contratos sociais forem objeto de alteração para absorver as atividades da(s) empresa(s) penalizada(s); e

(ii) outras sociedades empresariais que vierem a ser criadas para contornar essa sanção.

115. Desde que garantido ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular, tal possibilidade já foi devidamente admitida pela jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, consoante se extrai da ementa do RMS 15.166/BA:

> *ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO.* ***SANÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR. EXTENSÃO DE EFEITOS À SOCIEDADE COM O MESMO OBJETO SOCIAL, MESMOS SÓCIOS E MESMO ENDEREÇO****. FRAUDE À LEI E ABUSO DE FORMA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA ESFERA ADMINISTRATIVA.* ***POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E DA INDISPONIBILIDADE DOS INTERESSES PÚBLICOS.***
>
> *- A constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo endereço, em substituição a outra declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, com o objetivo de burlar à aplicação da sanção administrativa, constitui abuso de forma e fraude à Lei de Licitações Lei n.o 8.666/93, de modo a possibilitar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para estenderem-se os efeitos da sanção administrativa à nova sociedade constituída.*
>
> *- A Administração Pública pode, em observância ao princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei, desde que facultado ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular.*
>
> *- Recurso a que se nega provimento.*
>
> *(RMS 15.166/BA, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/08/2003, DJ 08/09/2003, p. 262)*

116. Registre-se que, com o mesmo objetivo de evitar burlas operadas por meio de alterações societárias, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, expediu, em 15 de setembro de 2017, a Portaria 948/2017, regulamentando o chamado Procedimento Administrativo de Reconhecimento de Responsabilidade – PARR, o qual destina-se a apurar "a responsabilidade de terceiros pela prática

da infração à lei consistente na dissolução irregular de pessoa jurídica devedoras de créditos inscritos em dívida ativa administrados pela PGFN", conferindo-se contraditório e ampla defesa(disponível em: http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=19/09/2017&jornal=1&pagina=23&totalArquivos=80&utm_source=Mailee&utm_medium=email&utm_campaign=EZSet2017&utm_term=&utm_content=Ementário+de+Gestão+Pública+nº+2.025).

117. Do mesmo modo que empresas dissolvem sociedades e constituem novas para elidir multas e impostos, elas possuem incentivos para fazer o mesmo no caso de serem punidas com a sanção de inidoneidade, de modo a continuar contratando com a Administração Pública sem maiores prejuízos a despeito das sanções, como bem reconheceu o Acórdão 348/2016-Plenário:

> *Não raro, integrantes de comissões de licitação verificam que sociedades empresárias afastadas das licitações públicas, em razão de suspensão do direito de licitar e de declaração de inidoneidade, retornam aos certames promovidos pela Administração valendo-se de sociedade empresária distinta, mas constituída com os mesmos sócios e com objeto social similar.*

118. Ao assim reconhecer, o referido Acórdão estabelece, com base em consistente fundamentação jurídica, o entendimento que a sugerida desconstituição da personalidade jurídica é plenamente possível:

> *Por força dos princípios da moralidade pública, prevenção, precaução e indisponibilidade do interesse público, o administrador público está obrigado a impedir a contratação dessas entidades, sob pena de se tornarem inócuas as sanções aplicadas pela Administração.*
>
> *O instituto que permite a extensão das penas administrativas à entidade distinta é a desconsideração da personalidade jurídica. Sempre que a Administração verificar que pessoa jurídica apresenta-se a licitação com objetivo de fraudar a lei ou cometer abuso de direito, cabe a ela promover a desconsideração da pessoa jurídica para lhe estender a sanção aplicada.*
>
> *Desse modo, não estará a Administração aplicando nova penalidade, mas dando efetividade à sanção anteriormente aplicada pela própria Administração.*
>
> *Ressalto que, no Estado da Bahia, a Administração chega a contar com dispositivo legal específico que a autoriza a estender, a outra entidade, a pena que foi imposta a determinada pessoa jurídica, desde que se verifique, em sua constituição, uma ou mais pessoas físicas que integravam a entidade apenada. Trata-se do art. 200 da Lei Estadual 9.433/2005, que disciplina o regime jurídico das licitações e contratos administrativos, in verbis:*
>
> *'Fica impedida de participar de licitação e de contratar com a Administração Pública* ***a pessoa jurídica constituída por membros de sociedade que, em data anterior à sua criação, haja sofrido penalidade de suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração ou tenha sido declarada inidônea para licitar e contratar e que tenha objeto similar ao da empresa punida****.'*
>
> *No âmbito federal, tramita o Projeto de Lei de Lei 7709/2009, que inclui o inciso IV, no art. 28 da Lei 8.666, a fim de que na fase de habilitação seja exigida do licitante declaração de que não está incurso nas sanções previstas nos incisos III e IV, e acrescenta parágrafo único ao dispositivo 28, nos seguintes termos:*
>
> *'Parágrafo único.* ***Não poderá licitar nem contratar com a Administração Pública pessoa jurídica cujos diretores, gerentes ou representantes, inclusive quando provenientes de outra pessoa jurídica, tenham sido punidos na forma do § 4º do art. 87 desta Lei, nos limites das sanções dos incisos III e IV do mesmo artigo, enquanto perdurar a sanção.****'*
>
> *Embora não haja ainda expressa previsão legal para a aplicação do referido instituto pela Administração Federal, o ato administrativo de afastamento da personalidade não fere a legalidade, já que se fundamenta no princípio da juridicidade, ou seja, no conjunto de normas e princípios que constituem o Direito como um todo e que representam um dever a ser seguido e cumprido pelo administrador público.*

Ao debruçar-se sobre o tema, assim se manifestou Marçal Justen Filho (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Ed. Dialética, 13ª ed., 2009, pág. 799):

'Não se trata de ignorar a distinção ente a pessoa da sociedade e a de seus sócios, que era formalmente consagrada pelo art. 20 do Código Civil/1916. Quando a pessoa jurídica for a via para realização da fraude, admite-se a possibilidade de superar-se sua existência. Essa questão é delicada mas está sendo enfrentada em todos os ramos do Direito. Nada impede sua aplicação no âmbito do Direito Administrativo, desde que adotadas as cautelas cabíveis e adequadas.'

Sobre a matéria, é importante destacar trecho do voto do Exmo. Ministro Castro Meira, Relator da paradigmática decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no ROMS 15.166 / BA, em que foi considerada legítima a aplicação do instituto desconsideração da personalidade jurídica pela própria Administração Pública:

'Firmado o entendimento de que a Recorrente foi constituída em nítida fraude à lei e com abuso de forma, resta a questão relativa à possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica, na esfera administrativa, sem que exista um dispositivo legal específico a autorizar a adoção dessa teoria pela Administração Pública.

A atuação administrativa deve pautar-se pela observância dos princípios constitucionais, explícitos ou implícitos, deles não podendo afastar-se sob pena de nulidade do ato administrativo praticado. E esses princípios, quando em conflito, devem ser interpretados de maneira a extrair-se a maior eficácia, sem permitir-se a interpretação que sacrifique por completo qualquer deles.

Se, por um lado, existe o dogma da legalidade, como garantia do administrado no controle da atuação administrativa, por outro, existem Princípios como o da Moralidade Administrativa, o da Supremacia do Interesse Público e o da Indisponibilidade dos Interesses Tutelados pelo Poder Público, que também precisam ser preservados pela Administração. Se qualquer deles estiver em conflito, exige-se do hermeneuta e do aplicador do direito a solução que melhor resultado traga à harmonia do sistema normativo.

A ausência de norma específica não pode impor à Administração um atuar em desconformidade com o Princípio da Moralidade Administrativa, muito menos exigir-lhe o sacrifício dos interesses públicos que estão sob sua guarda. Em obediência ao Princípio da Legalidade, não pode o aplicador do direito negar eficácia aos muitos princípios que devem modelar a atuação do Poder Público.

Assim, permitir-se que uma empresa constituída com desvio de finalidade, com abuso de forma e em nítida fraude à lei, venha a participar de processos licitatórios, abrindo-se a possibilidade de que a mesma tome parte em um contrato firmado com o Poder Público, afronta aos mais comezinhos princípios de direito administrativo, em especial, ao da Moralidade Administrativa e ao da Indisponibilidade dos Interesses Tutelados pelo Poder Público.

A concepção moderna do Princípio da Legalidade não está a exigir, tão-somente, a literalidade formal, mas a intelecção do ordenamento jurídico enquanto sistema. Assim, como forma de conciliar o aparente conflito entre o dogma da legalidade e o Princípio da Moralidade Administrativa é de se conferir uma maior flexibilidade à teoria da desconsideração da personalidade jurídica, de modo a permitir o seu manejo pela Administração Pública, mesmo à margem de previsão normativa específica'

119. Cite-se, enfim, precedentes desta Corte de Contas, proferidos no âmbito dos Acórdãos 1.209/2009-TCU-Plenário e 495/2013-TCU-Plenário, que conferiram o mesmo tratamento para empresas declaradas inidôneas as quais tentaram burlar a sanção por meio de alterações societárias:

Acórdão 1.209/2009-TCU-Plenário

9.5. recomendar à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que:

9.5.1. adote as providências necessárias à efetivação do registro desta decisão no âmbito do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (Sicaf);

9.5.2. desenvolva mecanismo, no âmbito do Sicaf, que permita o cruzamento de dados de sócios e/ou de administradores de empresas que tenham sido declaradas inidôneas e de empresas fundadas pelas mesmas pessoas, ou por parentes, até o terceiro grau, que demonstrem a intenção a participar de futuras licitações;

9.5.3. ***oriente todos os órgãos/entidades do Governo Federal, caso nova sociedade empresária tenha sido constituída com o mesmo objeto e por qualquer um dos sócios e/ou administradores de empresas declaradas inidôneas, após a aplicação dessa sanção e no prazo de sua vigência, nos termos do o art. 46 da Lei 8.443/92, a adotar as providências necessárias à inibição de sua participação em licitações, em processo administrativo específico, assegurado o contraditório e a ampla defesa a todos os interessados.***

9.6. recomendar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, ao Ministério da Fazenda e à Controladoria-Geral da União que incluam na Portaria Interministerial CGU/MF/MP 507/2011, ou em outra que venha a substituí-la, cláusula que vede, na hipótese de aplicação de recursos federais a serem repassados mediante convênio ou instrumento congênere, a participação em licitação ou a contratação de empresas que constem do cadastro de empresas inidôneas do Tribunal de Contas da União, da Controladoria-Geral da União ou do Sicaf;

Acórdão 495/2013-TCU-Plenário:

9.13 ***declarar, nos termos do art. 46 da Lei n.º 8.443/92, a inidoneidade para licitar com a Administração Pública Federal, por 5 (cinco) anos, às futuras sociedades constituídas com o mesmo objeto social e composta pelo mesmo quadro societário das empresas*** *CONDOR – Administração de Serviços Ltda., CNPJ 70.309.943/0001-86; Solução Serviços Comércio e Construção Ltda., CNPJ n.º 05.531.239/0001-01; Mult Service Construções e Serviços Ltda., CNPJ n.º 02.648.969/0001-07; Conecta Serviços Terceirizados Ltda., CNPJ n.º 02.477.341/0001-88; CM – Conservadora Mundial Ltda., CNPJ n.º 03.691.720/0001-39; TÁLER Service - Recursos Humanos e Serviços Ltda., CNPJ n.º 05.539.867/0001-33; STAFF-Assessoria Empresarial, Empreendimentos e Serviços Ltda., CNPJ n.º 05.562.351/0001-00; Daniel Carvalho Leite-ME, CNPJ n.º 00.454.059/0001-50; L&M-Serviços de Conservação de Bens Ltda., CNPJ n.º 00.454.059/0001-50; A.J. Serviços Ltda., CNPJ n.º 02.633.573/0001-88; Ação Empreendimentos e Serviços Ltda., CNPJ n.º 42.104.869/0001-26; TC3 – Terceirização de Serviços Meios Ltda., CNPJ n.º 03.350.200/0001-62; SGP – Serviços Gerais Personalizados Ltda., CNPJ n.º 02.751.637/0001-45; TGS – Tecno Global Service Ltda., CNPJ 03.898.917/0001-43; Control Service Ltda., CNPJ n.º 02.201.611/0001-23; GEL Comércio e Serviços Ltda., CNPJ n.º 03.932.006/0001-95; e Construtora Solares Ltda., CNPJ n.º 02.773.312/0001-63;*

CONCLUSÃO

120. Visando à avaliação da participação da empresa Engevix Engenharia S/A no esquema de fraude à licitação da Rnest, os presentes autos analisam os argumentos aventados pela empresa em suas manifestações e individualiza as suas condutas para fins de responsabilização e estabelecimento da sanção de inidoneidade prevista no artigo 46 da Lei 8.443/1992.

121. O histórico das irregularidades explicita que o modus operandi das fraudes às licitações da Petrobrás ocorriam por meio da (i) combinação prévia da distribuição dos contratos entre elas, viabilizado pela ausência de apresentação de proposta, ou pelo oferecimento de proposta de cobertura, e (ii) do pagamento de propina a agentes públicos para a obtenção de favorecimentos nesse processo, sendo que parte desses valores era repassado a partidos políticos responsáveis pela indicação desses agentes.

122. O conjunto probatório permitiu concluir que a Engevix:

(i) participou do conluio entre as empreiteiras para fraudar as licitações da Petrobras;

(ii) participou das fraudes à licitação da Rnest ora em análise;

(iii) obteve os contratos de implantação de edificações e urbanização da Rnest mediante ajuste fraudulento das licitações, o que, apesar das respectivas condutas da empresa nesse contrato

não serem consideradas para fins de dosimetria, robustecem as conclusões acerca da participação da Engevix nos certames da Rnest;

(iv) suprimiu propostas nas licitações das Unidades de Hidrotratamento de Diesel e de Nafta (UHDT) e Unidade de Geração de Hidrogênio (UGH) e de Tubovias de Interligações; e

(v) apresentou propostas de cobertura nos certames relativos aos contratos das Unidades de Coqueamento Retardado – UCR e da Unidade de Destilação Atmosférica (UDA).

123. Tais condutas ensejaram restrição de competição e, por consequência, fraudes à licitação, estando devidamente evidenciado o nexo de causalidade indispensável para a imputação de responsabilidade.

124. Relativamente às alegações da empresa, alcançaram-se as seguintes conclusões:

(i) é competência privativa e inderrogável do TCU reprimir fraude à licitação promovida por ente da Administração Indireta, de forma independente e sem prejuízo da competência da CGU

(ii) a informação de que a empresa está negociando acordo de leniência não prejudica a aplicação da sanção de inidoneidade, permitindo que eventual assinatura de acordo conduza à revisão da sanção aplicada pelo Tribunal;

(iii) havendo elementos probatórios suficientes para identificação dos responsáveis pelas irregularidades noticiadas, a respectiva representação prescinde de abertura de tomada de contas especiais;

(iv) há robusto e suficiente conjunto probatório, que permitiu concluir, consoante exposto na seção I, pela responsabilidade da empresa pelas condutas ora especificadas;

(v) ha incoerência de a Engevix Engenharia alegar que está assinando acordo de leniência, no qual busca, por meio da confissão das irregularidades, diminuição das sanções da Lei 12.846/2013; que cessou as referidas condutas e negar, no âmbito do TCU, a sua participação no cartel no âmbito dos processos de responsabilização relativos às mesmas condutas;

(vi) o simples afastamento de Gerson Almada não constitui óbice à aplicação da sanção de inidoneidade, prevista no artigo 46 da Lei Orgânica do TCU, à Engevix, uma vez que a atuação no cartel não se deu unicamente em razão das condutas de Gerson Almada, sendo que a empresa como um todo se beneficiava do esquema fraudulento.

125. Com efeito, propõe-se a rejeição das alegações da empresa, para no mérito declarar a sua inidoneidade, com fundamento no art. 46 da Lei 8.443/1992, para participar, por 3 (três) anos, de licitações na Administração Pública Federal;

126. Em consonância com a dosimetria ora estabelecida pela jurisprudência deste Eg. Tribunal de Contas da União, propõem-se que a referida pena seja fixada no total de ***três anos****.*

127. Pelos fundamentos externados na seção (V), propõe-se que a responsabilização atinja igualmente:

(i) as pessoas jurídicas (controladas, subsidiárias, etc) cujos estatutos ou contratos sociais forem objeto de alteração para absorver as atividades da(s) empresa(s) penalizada(s); e

(ii) outras sociedades empresariais que vierem a ser criadas para contornar essa sanção.

128. Propõe-se também encaminhar cópias do Acordão 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 9.6.1 do Acórdão 1.986/2013-TCU-Plenário, no que se refere ao registro da inidoneidade no Sistema de Cadastro Unificado de Fornecedores (Sicaf), bem como à Força-Tarefa do Ministério Público Federal no Paraná, à Força-Tarefa da Advocacia-Geral da União no Paraná, ao Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU) e à Diretoria de Governança, Risco e Conformidade da Petrobras (GRC), para medidas consideradas cabíveis.

129. Em razão de o presente processo ter sido constituído a partir do processo de representação original (TC 016.119/2016-9) para análise em apartado das manifestações da empresa Engevix Engenharia S/A, e de este apartado se tratar de mera estratégia processual com vista a atender à celeridade processual que o caso requer, propõe-se ainda que, quando do encerramento do presente processo, ele seja apensado ao processo TC 016.119/2016-9.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

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

I) rejeitar as alegações da empresa Engevix Engenharia S/A (CNPJ 01.340.937/0001-79), para no mérito declarar a sua inidoneidade, assim como a das pessoas jurídicas (controladas, subsidiárias, etc.) cujos estatutos ou contratos sociais forem objeto de alteração para absorver as atividades da empresa penalizada ou de outras sociedades empresariais que vierem a ser criadas para contornar a ordem judicial, com fundamento no art. 46 da Lei 8.443/1992, para participar, por ***três anos****, de licitações na Administração Pública Federal;*

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

III) encaminhar cópia do acórdão que vier a ser proferido, acompanhado do Relatório e do Voto que o fundamentam, à empresa responsável, para ciência;

IV) encaminhar cópia do acórdão que vier a ser proferido, acompanhado do Relatório e do Voto que o fundamentam à Força-Tarefa do Ministério Público Federal no Paraná, à Força-Tarefa da Advocacia-Geral da União no Paraná, ao Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU) e à Diretoria de Governança, Risco e Conformidade da Petrobras (GRC), para medidas consideradas cabíveis.

V) determinar o apensamento, quando do encerramento do presente processo, ao processo de representação originário (TC 016.119/2016-9), com vista à consolidação das decisões proferidas em razão da representação decorrente à fraude às licitações nas obras especificadas da Rnest."

2. O Sr. Diretor da 2ª DT da SeinfraOperações exarou despacho contextualizando e ajustando a proposta de encaminhamento efetuada, nos termos reproduzidos a seguir (peça 66):

"1. Cuidam os autos de processo apartado para análise de oitiva da empresa ***Engevix Engenharia e Projetos S/A****, constituído a partir de representação acerca de fraudes em licitações conduzidas pela Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras) relacionadas às obras de implantação da Refinaria Abreu e Lima, também conhecida como Refinaria do Nordeste (Rnest), em Ipojuca/PE, conforme Acórdão 1.583/2016-TCU-Plenário.*

2. A representação teve como objeto o processamento no TCU das consequências administrativas oriundas das fraudes comprovadas em processo administrativo e judicial nas licitações da Rnest e se relacionam com 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 direcionamento das licitações.

3. Historicamente, convém registrar que o TCU constata irregularidades na Rnest desde 2008, tais como: projeto básico deficiente; superfaturamento decorrente de preços excessivos em relação ao mercado; ausência de assinatura de termo aditivo; ausência de critério de aceitabilidade de preços máximos no edital; e inadequação ou inexistência de critérios de aceitabilidade de preços unitários e global. Em 2010 o TCU apontou prejuízos da ordem de R$ 1,3 bilhão (Acórdão 3.362/2010-TCU-Plenário). Essa irregularidade foi classificada por este Tribunal e pelo Congresso

Nacional como grave com recomendação de paralisação das obras, nos termos do art. 94, § 1º, inciso IV, da Lei 12.017/2009 (LDO/2010). Não obstante, o Poder Executivo Federal à época não acolheu tal classificação, tendo aposto veto à inclusão da Rnest no quadro-bloqueio da Lei Orçamentária Anual de 2010, mantendo assim o fluxo de recursos orçamentários para essas obras.

*4. Sobre a comprovação da fraude no presente do TCU registre-se que se deu por meio de **prova documental pública**, especialmente informações extraídas do histórico de conduta da leniência da empresa Setal Engenharia e Construções e da empresa SOG Óleo e Gás no Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade – (peça 31); e informações contidas na sentença condenatória exarada pela 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba na ação penal n. 5083351¬89.2014.4.04.7000/PR (peça 14). Além da cognição exauriente a respeito das fraudes já ter ocorrido no CADE e na Justiça Federal convém registrar que o TCU no mesmo sentido já reconheceu as fraudes nas licitações da RNEST e já aplicou pena de inidoneidade em algumas empresas envolvidas (Acórdãos 300/2018-TCU-Plenário e Acórdão 414/2018-TCU-Plenário).*

5. Especificamente sobre a Engevix Engenharia e Projetos S.A. cumpre registrar que também foi declarada inidônea por 5 anos pelo TCU por fraude à licitação referente aos procedimentos licitatórios e contratos para elaboração de projetos executivos de Angra 3 (item 9.2 do Acórdão 1.348/2017-TCU-Plenário).

*6. Sobre a alegação do defendente a respeito de sobreposição de procedimentos administrativos com o mesmo objeto em que a empresa estaria em tratativas de celebração de acordo de leniência junto à Controladoria-Geral da União (CGU) desde 2015, com base na Lei 12.846/2013, convém reforçar o entendimento de que **não há expectativa de direito que obstaculize a jurisdição desta Corte de Contas frente ao comando imperativo previsto no art. 46 da Lei 8443/1992 no que se refere à declaração de inidoneidade**. Em outras palavras, **comprovada a fraude a proposta de sanção por parte da unidade técnica é impositiva**. Por outro lado, destaco que o TCU tem admitido atenuar penalidades aplicadas e/ou conferir tratamento diferenciado em virtude de acordos penais celebrados com o MPF e o Cade (item 9.2 Acórdão 483/2017-TCU-Plenário e item 9.1 do Acórdão 1.214/2018-TCU-Plenário).*

7. Nesse diapasão e considerando os elementos de análise adicionais supramencionados, manifesto concordância com a essência da proposta de encaminhamento formulada pela AUFC Débora Costa Ferreira, sem prejuízo de tecer uma consideração pontual acerca da dosimetria da sanção de inidoneidade consignada na instrução.

8. Para calcular o prazo de inidoneidade, a instrução considera que a defendente não foi vencedora de nenhuma das cinco licitações mencionadas na peça 42, p. 30 do TC 016.119/2016-9 (UCR, UHDT/UGH, Tubovias, UDA e Terraplenagem, todos da Rnest).

9. Ante esse fato e levando em conta precedente do TCU (o Acórdão 300/2018-TCU-Plenário), foi proposto o prazo de três anos de inidoneidade.

10. Não obstante, a própria instrução deixa claro que a empresa defendente participou do consórcio vencedor do certame atinente ao contrato de Edificações e Urbanismo da RNEST. A participação da Engevix no referido consórcio foi de 99%.

11. A instrução também mostra que há várias provas e evidências aptas a comprovar que o contrato de Urbanização e Edificações também foi obtido mediante fraude à licitação (tópica I.4 da instrução).

12. Nesse diapasão, observa-se que o ofício de comunicação da oitiva da empresa defendente (cf. peça 65 do TC 016.119/2016-9) não chamou a empresa aos autos para se defender exclusivamente de fraudes cometidas nas cincos licitações supramencionadas. O ofício faz menção a fraudes nas licitações conduzidas pela Petrobras relacionadas às obras de implantação da Rnest.

13. Dessa maneira, foi dada oportunidade para a empresa se manifestar sobre quaisquer contratos com fraudes cometidas, não estando restrita apenas aos casos narrados na representação.

14. Desde o início, a representação formulada no bojo do TC 016.119/2016-9 (da qual se originou este processo apartado) se refere a fraudes cometidas nas licitações da RNEST, em geral,

dentro de um contexto em que os certames foram fraudados em conjunto e não isoladamente, inclusive com contrapartidas mútuas aos fraudadores no âmbito dos certames do Comperj – Complexo Petroquímico do Rio de Janeiro.

15. Ou seja, os presentes autos não estão adstritos apenas aos cinco contratos da UCR, UHDT/UGH, Tubovias, UDA e Terraplenagem.

16. Esses cinco casos foram mencionados apenas de forma exemplificativa e não exaustiva na peça inicial da representação. Dessa maneira, não há óbices em incluir no rol de condutas avaliadas neste processo eventuais fraudes cometidas no certame da Urbanização e Edificações da RNEST.

17. Nesse ponto, destaca-se que há amplo conjunto probatório a demonstrar que o referido certame também foi alvo de fraude, conforme se verá a seguir.

18. A sentença proferida pelo Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR, na ação penal n. 5083351-89.2014.4.04.7000, reforça os indícios de fraude na licitação afeta à Urbanização e Edificações da RNEST, conforme destaca a instrução. Os depoimentos do Sr. Gérson Almada também corroboram esses mesmos indícios.

19. Além disso, a sindicância interna conduzida pela Petrobras acerca das licitações da RNEST colaciona vários indícios de irregularidades no certame em tela (cf. peça 16)

20. A planilha apreendida na sede da própria empresa Engevix Engenharia S/A (cf. peça 28 destes autos, p. 2) demonstra que houve supressão de propostas, propostas de cobertura e combinação de preços no certame.

21. Ademais, vale registrar que outras empresas foram convidadas para o certame relativo à Urbanização e Edificações da RNEST, conforme mostra o DIP 677/2008 (cf. peça 63, p. 3) e a decisão da Diretoria Executiva da Petrobras DE 4708 (cf. peça 64, p. 12), foram as seguintes:

a) Construções e Comércio Camargo Correa S/A;
b) Construtora Andrade Gutierrez S/A;
c) Construtora Norberto Odebrecht S/A;
d) Construtora OAS Ltda.;
e) Construtora Queiroz Galvão S/A;
f) DM Construtora de Obras Ltda.;
g) <u>Engevix Engenharia S/A;</u>
h) Galvão Engenharia S/A;
i) Hochtief do Brasil S/A;
j) Iesa Óleo & Gás S/A;
k) Schahin Engenharia S/A;
l) Paranasa Engenharia e Comércio S/A;
m) WTorre Engenharia e Construção S/A;
n) EIT Empresa Industrial Técnica S/A;
o) Estacon Engenharia S/A;
p) Terracom Construções Ltda.;
q) Serveng-Civilsan S/A.

22. Parte dessas empresas estiveram envolvidas nas fraudes das demais licitações da RNEST, algumas delas integrantes do denominado "Clube VIP" entre os fraudadores, já com processos instaurados em seu desfavor para avaliar a ocorrência dessas irregularidades.

23. Já os participantes efetivos no certame foram: (i) Consórcio RNEST O.C. Edificações (composto por Engevix, EIT e Engeform) – vencedor da licitação; (ii) Consórcio Construcap/Progen; (iii) Egesa Engenharia; (iv) Paranasa Engenharia e Comércio; (v) Consórcio Santa Bárbara (formado por Santa Bárbara Engenharia e DM Construtora de Obras); (vi) Consórcio Schahin/Serveng; (vii) Consórcio Obras Civis/RNEST (formado por Construções e Comércio Camargo Correa, Construtora Norberto Odebrecht, Construtora Queiroz Galvão e Galvão Engenharia).

24. Por essas razões, valendo-se do precedente do Acórdãos 1.221/2018-TCU-Plenário, cabe enfatizar o maior grau de reprovabilidade na conduta de empresa que, além de terem tido a conduta de oferecer propostas fictícias (de cobertura) ou supressão de propostas, tenha vencido algum certame para proveito próprio no âmbito de fraudes extensas em vários certames, em atuação cartelizada. Nesse caso, cabe a dosimetria da sanção de inidoneidade para o prazo de ***cinco anos****.*

25. Convém, por último, mencionar que a Engevix, no bojo do TC 016.119/2016-9 (originário dos presentes apartados) constituiu advogados novos, diferentes dos patronos constantes dos presentes autos. É importante levar em consideração essa situação quando da eventual inserção deste processo na pauta, a fim de evitar possíveis arguições de nulidades processuais.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO AJUSTADA

26. Ante o exposto, alvitram-se os seguintes ajustes à proposta de encaminhamento consignada na instrução precedente:

I) Rejeitar as alegações da empresa Engevix Engenharia S/A (CNPJ: 00.103.582/0001-31), para no mérito declara a sua inidoneidade, assim como a das pessoas jurídicas (controladas, subsidiárias, etc.) cujos estatutos ou contratos sociais forem objeto de alteração para absorver as atividades da empresa penalizada ou de outras sociedades empresariais que vierem a ser criadas para contornar esta sanção, com fundamento no art. 46 da Lei 8.443/1992, para participar, por ***cinco anos****, de licitações na Administração Pública Federal, bem como em certames promovidos por estados, Distrito Federal e municípios cujos objetos sejam custeados mediante recursos federais repassados por força de instrumentos de repasse pactuados;*

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

III) Encaminhar cópia do acórdão que vier a ser proferido à empresa responsável, para ciência;

IV) Encaminhar cópia do acórdão que vier a ser proferido à Força-Tarefa da Operação Lava-Jato do Ministério Público Federal no Paraná, à Força-Tarefa da Advocacia-Geral da União no Paraná, ao Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU) e à Diretoria de Governança, Risco e Conformidade da Petrobras (GRC), para medidas consideradas cabíveis."

3. Por sua vez o dirigente da SeinfraOperações anuiu ao encaminhamento transcrito acima, conforme manifestação da unidade a seguir (peça 67):

"Em análise, a manifestação da Engevix no que tange às diversas fraudes cometidas pelas empresas participantes do cartel em licitações conduzidas pela Petrobras. No caso presente, licitações para construção da Refinaria Abreu e Lima-RNEST. Tais fraudes estão sendo tratadas na Representação constante do TC 016.119/2016-9 (ver o Acórdão 1.583/2016-TCU-Plenário, Relatoria do Exmo. Ministro Benjamin Zymler).

2. As fraudes estão bem delineadas e fundamentadas com robustez de provas no processo principal: prática de atos de fraude, por meio da manipulação de propostas, envolvendo diversas licitantes e funcionários da Petrobras, com o claro intuito de garantir o resultado útil às empresas participantes do cartel, no caso, a distribuição e contratação das obras entre tal grupo, mesmo não havendo comprovação da viabilidade econômica do empreendimento.

3. As apurações conduzidas pelo Tribunal de Contas da União, as decisões judiciais, os documentos e provas obtidos por meio de buscas e apreensões, assim como as provas e os acordos de colaboração e de leniência firmados no âmbito da Operação Lava Jato, conduzida pelo Ministério Público Federal, formam um acervo probatório capaz de, sobejamente, comprovar as condutas irregulares das pessoas físicas e das empresas envolvidas (ver os Acórdãos 300/2018, 414/2018, 1221/2018 e 1626/2018, todos do Plenário, Exmo. Relator Ministro Benjamin Zymler).

4. Condutas essas praticadas para obtenção de vantagens particulares, em detrimento, não apenas dos princípios que norteiam a Administração Pública, como também em detrimento do erário público, causando prejuízos de bilhões de reais.

5. Evidentemente, tal esquema somente se sustentou à medida que todas as empresas envolvidas dele se beneficiavam, por meio de superfaturamento, ganho de lucros abusivos e corrupção de funcionários da Petrobras. Não foi diferente com a Engevix, participante do grupo de 16 empresas do cartel, que praticou e se beneficiou das fraudes de forma habitual, pelo menos no que se refere às licitações no âmbito da RNEST.

6. A tabela apreendida na sede da Engevix, constante da Representação (TC 016.119/2016-9), reproduzida parcialmente na Instrução precedente, comprova a participação ativa das empresas nesse "jogo" de benefícios mútuos entre si, com a distribuição das obras a serem contratadas, muito antes, até mesmo, dos editais de licitação. A Engevix, portanto, sabia qual contrato executaria já no início dessa combinação. E a Engevix "ganhou" tal contrato porque participou de todo o esquema de fraude nas licitações da RNEST.

7. É nesse contexto que deve ser analisada a participação das empresas. Nessa linha, destaco não haver necessidade, portanto, de ser ouvida cada empresa em razão da fraude para obtenção de um contrato específico, porque os contratos foram obtidos em reuniões do cartel anteriores aos procedimentos licitatórios. E grande parte das empresas que não "venceram" licitações no âmbito da RNEST, foram beneficiadas em outros empreendimentos ou foram subcontratadas. De toda sorte, foi garantido o benefício mútuo entre as empresas que participaram do cartel.

8. Para além da cristalina clareza das fraudes praticadas e do envolvimento da empresa Engevix para manter e se beneficiar de tal esquema, conforme fartamente demonstrado na instrução precedente, importa registrar a conduta dessa empresa após os desdobramentos das investigações em curso.

9. Nesse sentido, a Engevix alega não ser aplicável a sanção de inidoneidade em face da alegada colaboração em andamento com a CGU. Argumento semelhante já foi rejeitado pelo Plenário deste Tribunal de Contas na recente decisão, de 01/08/2018, que declarou inidônea a Construtora OAS pela participação em fraudes nas licitações da RNEST.

10. Ora, considerando que não se tem notícia nos autos da assinatura de acordo de leniência por parte da empresa, não se mostra juridicamente viável aceitar tal argumento, tanto porque não há provas de tal colaboração, seja no âmbito do MPF ou da CGU, como também porque nestes autos a Engevix, a despeito das oportunidades, não demonstrou qualquer interesse em colaborar com as investigações conduzidas por esta Corte de Contas.

11. Há que se ponderar, portanto, que, sem a assinatura do acordo, e, muito menos, sem a colaboração da empresa com as apurações conduzidas pelo TCU, não há como ser aceito argumento tendente a deixar de sancionar tal empresa.

12. Considerando todo o robusto conjunto probatório, as fraudes perpetradas pela empresa Engevix, de forma habitual, por vários anos, tendo em vista que a empresa, obteve, atuando por meio do Consórcio RNEST O.C. Edificações (composto por Engevix, EIT e Engeform), contrato de obras na RNEST, e considerando a ausência de colaboração no âmbito do processo de controle externo, entendo haver gravidade suficiente para fundamentar a proposta formulada pelo Diretor no sentido de que seja aplicada à empresa Engevix Engenharia S/A a sanção de inidoneidade pelo prazo de cinco anos."

4. Considerando a importância do caso, solicitei a manifestação do Ministério Público de Contas, o qual produziu o parecer a seguir (peça 75):

"Trata-se de processo apartado do TC nº 016.119/2016-9, com o objetivo de dar celeridade e proporcionar maior clareza ao exame da manifestação da Empresa Engevix Engenharia S.A. quanto

à sua responsabilização apontada nos autos do processo originário, concernente à prática de fraudes a licitações conduzidas pela Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras) para a implantação da Refinaria Abreu e Lima (Rnest) em Ipojuca/PE.

2. Em virtude do item 9.2.1 do Acórdão nº 1583/2016-Plenário (peça 49) e consoante despacho de Vossa Excelência de 05/05/2017 (peça 60), foram autuados os processos abaixo listados, constante de termo à peça 487 do TC nº 016.119/2016-9, para análise da conduta específica de cada responsável.

Responsáveis	***Apartado***	***Responsáveis***	***Apartado***
Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A.	*036.335/2016-9*	*Techint Engenharia e Construção S.A.*	*013.390/2017-1*
Construtora Norberto Odebrecht S.A. *Odebrecht Plantas Industriais e Participações S.A.*	*036.660/2016-7*	*UTC Engenharia S.A.*	*013.391/2017-8*
Construtora Andrade Gutierrez S.A.	*003.299/2017-1*	*GDK S.A.*	*013.392/2017-4*
Construtora OAS S.A.	*013.382/2017-9*	*Promon Engenharia Ltda.*	*013.393/2017-0*
Construtora Queiroz Galvão S.A.	*013.383/2017-5*	*Galvão Engenharia S.A.*	*013.394/2017-7*
Engevix Engenharia S.A.	***013.384/2017-1***	*SOG Sistemas em Óleo e Gás S.A.*	*021.226/2017-2*
Iesa Óleo & Gás S.A.	*013.385/2017-8*	*CM Construções e Serviços Ltda.*	*023.250/2017-8*
Mendes Júnior Trading e Engenharia S.A.	*013.386/2017-4*	*Construbase Engenharia Ltda.*	*023.252/2017-0*
MPE Montagens e Projetos Especiais S.A.	*013.387/2017-0*	*CR Almeida S.A. Engenharia de Obras*	*023.253/2017-7*
Toyo Setal Empreendimentos Ltda.	*013.388/2017-7*	*Estacon Engenharia S.A.*	*023.254/2017-3*
Skanska Brasil Ltda.	*013.389/2017-3*	*CNEN Projetos de Engenharia S.A. (nova denominação de CNEC Engenharia S.A.)*	*023.256/2017-6*

3. Providenciou-se a oitiva das empresas mencionadas para que se pronunciassem acerca de irregularidades de conluio e fraude a licitações, praticadas mediante combinação de preços, quebra de sigilo de 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 grupo fraudador.

4. Em despacho datado de 08/08/2018, Vossa Excelência solicitou a manifestação deste Ministério Público de Contas sobre a questão (peça 72).

5. Para melhor entendimento da matéria, permito-me fazer uma breve contextualização do assunto aqui tratado, a partir das informações constantes do relatório e voto que embasaram o Acórdão nº 1583/2016-Plenário.

II – Contextualização

6. A Polícia Federal (PF) e o Ministério Público Federal (MPF) descobriram que grandes empreiteiras brasileiras teriam formado um cartel, através do qual, por ajuste prévio, teriam

sistematicamente frustrado as licitações da Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras para a contratação de grandes obras a partir do ano de 2006, entre elas as da Rnest, do Comperj e da Repar.

7. As empreiteiras, reunidas em algo que denominavam de "Clube", ajustavam previamente entre si qual delas iria sagrar-se vencedora das licitações da Petrobras, manipulando os preços apresentados no certame, com o que tinham condições de, sem concorrência real, serem contratadas pelo maior preço possível admitido pela Petrobras.

8. De acordo com as informações provenientes do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), conforme consta no relatório que embasou o Acórdão nº 1583/2016-Plenário, as empresas participantes da conduta anticompetitiva, durante o chamado "Clube das 9", foram:

(I) Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A.;
(II) Construtora Andrade Gutierrez S.A.;
(III) Construtora Norberto Odebrecht S.A.;
(IV) Mendes Júnior Trading e Engenharia S.A.;
(V) MPE Montagens e Projetos Especiais S.A.;
(VI) Promon Engenharia Ltda.;
(VII) Setal/SOG Sistemas em Óleo e Gás S.A.;
(VIII)Techint Engenharia e Construção S.A.; e
(IX) UTC Engenharia S.A.

9. Em seguida, com a ampliação do grupo e a criação do chamado "Clube das 16", as empresas que também passaram a ser participantes da conduta anticompetitiva foram:

(X) Construtora OAS S.A.;
(XI) Engevix Engenharia S.A.;
(XII) Galvão Engenharia S.A.;
(XIII) GDK S.A.;
(XIV) Iesa Óleo e Gás S.A.;
(XV) Construtora Queiroz Galvão S.A.; e
(XVI) Skanska Brasil Ltda.

10. Além do "Clube das 16", outras empresas que participaram esporadicamente das combinações entre os concorrentes para licitações específicas foram:

(I) Alusa Engenharia (atualmente denominada Alumini Engenharia S.A.);
(II) Carioca Engenharia;
(III) Construcap CCPS Engenharia;
(IV) Fidens Engenharia S.A.;
(V) Jaraguá Engenharia e Instalações Industriais Ltda.;
(VI) Schahin Engenharia S.A.; e
(VII) Tomé Engenharia.

11. Existia, ainda, um "Clube VIP", criado por volta de 2008/2009 e formado por empresas que, ao tempo que participavam e atuavam ativamente nas reuniões do "Clube das 16", exigiam primazia, considerando o seu grande porte para as grandes obras realizadas pela Petrobras (em especial para os grandes pacotes de obras da Rnest). Segundo as informações provenientes do Cade, tais empresas seriam:

a) Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A.;
b) Construtora Andrade Gutierrez S.A.;
c) Construtora Norberto Odebrecht S.A.;
d) Construtora Queiroz Galvão S.A.; e
e) UTC Engenharia S.A.

12. Para permitir o funcionamento do cartel, as empreiteiras corromperam diversos empregados do alto escalão da Petrobras, pagando percentual sobre os contratos.

13. Já nos anos de 2008/2009, ocorreram as primeiras fiscalizações do TCU sobre o contrato da terraplenagem da Rnest, onde já eram apontados elevados superfaturamentos, com fortes indícios de significativos danos ao erário.

14. Foi naquela época que o TCU deliberou e sugeriu ao Congresso Nacional o bloqueio de recursos para obras da Petrobras (da Rnest, do Comperj, da Repar e do Terminal de Barra do Riacho), em virtude das graves irregularidades detectadas (superfaturamento e dano ao erário). Tal proposta foi acolhida pelo Congresso Nacional. Entretanto, o então Presidente da República, contrariando a recomendação do TCU, acolhida pelo Congresso Nacional, monocraticamente liberou o bloqueio de recursos (excluiu as obras do "Quadro Bloqueio" da Lei Orçamentária Anual, conforme Mensagem de Veto Presidencial – VEP nº 41, de 26/01/2010).

15. Nos anos seguintes, novas auditorias do TCU na Rnest revelaram indícios de sobrepreços da ordem de R$ 1,3 bilhão. O Acórdão nº 3362/2010-Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, indicou novamente o bloqueio preventivo de recursos para a obra (IGP). A indicação de IGP foi mantida nos anos de 2011 e 2012, sem qualquer medida saneadora adotada pela Petrobras.

16. Verificou-se, posteriormente, que os US$ 2,5 bilhões, inicialmente calculados pelos técnicos da Petrobras para investimento global da Rnest, já haviam sido revisados para mais de US$ 20 bilhões. A Refinaria, ainda inacabada, recebeu o desonroso título de refinaria mais onerosa do mundo.

17. Foi nesse contexto de existência de esquema criminoso envolvendo cartel, fraude à licitação, pagamento de propinas a agentes públicos e lavagem de dinheiro no âmbito de obras da Petrobras que a SeinfraOperações representou para que o TCU procedesse à apuração das consequências administrativas advindas de fraudes relativas às licitações de cinco obras da Refinaria do Nordeste – Rnest.

*18. Tais práticas ilícitas foram apontadas sobre cinco contratações relativas à construção da Rnest, sendo uma de execução de obras de **terraplenagem** e quatro de implantação de conjuntos de instalações: Unidades de Hidrotratamento de Diesel e de Nafta e Unidade de Geração de Hidrogênio **(UHDT-UGH)**; Unidade de Destilação Atmosférica **(UDA)**; Unidade de Coqueamento Retardado **(UCR)** e **Tubovias de Interligações**.*

19. O quadro a seguir consolida os diversos contratos em que as licitações originárias foram fraudadas pelas participantes, seguido de breve descrição dos procedimentos licitatórios envolvidos em cada contrato de obra. As informações foram extraídas do relatório de Comissão Interna de Apuração da Petrobras (DIP DABAST nº 71/2014, de 25/04/2014), constante da peça 16 destes autos e do relatório e voto que fundamentaram o Acordão nº 1583/2016-Plenário.

		Terraplenagem	***UHDT-UGH***	***UDA***	***UCR***	***Tubovias***
Convidadas	***Vencedoras***	*Odebrecht* *Camargo Corrêa* *Queiroz Galvão* *Galvão Engenharia*	*Odebrecht* *OAS*	*Odebrecht* *OAS*	*Camargo Corrêa* *CNEC*	*Queiroz Galvão* *Iesa*
Proponentes		*CR Almeida* *Estacon* *Andrade Gutierrez* *Construbase*	*Mendes Júnior* *Camargo Corrêa* *Andrade Gutierrez* *Techint*	*Iesa* *Queiroz Galvão* *Engevix* *UTC*	*UTC* *Engevix* *Odebrecht* *OAS* *MPE*	*Odebrecht* *OAS* *GDK* *SOG*

OAS	*Queiroz Galvão*	*Camargo Corrêa*	*Andrade Gutierrez*	*Camargo Corrêa*
CM Construções	*UTC*	*Andrade Gutierrez*	*Queiroz Galvão*	*Andrade Gutierrez*
	Engevix	*Mendes Júnior*	*Mendes Júnior*	*UTC*
	GDK	*Techint*	*Techint*	*Mendes Júnior*
	Iesa	*GDK*	*GDK*	*Techint*
	MPE	*MPE*	*Iesa*	*Engevix*
	Promon	*Promon*	*Promon*	*Promon*
	Skanska	*Skanska*	*Skanska*	*Skanska*
	SOG	*SOG*	*SOG*	

Licitação para execução das obras de terraplenagem

O início do processo licitatório se deu em 03/05/2007 e a contratação ocorreu em 31/07/2007.

Para a execução dos serviços, foram convidadas dez empresas, sendo seis integrantes do cartel: Odebrecht, OAS, Camargo Corrêa S.A., Andrade Gutierrez, Queiroz Galvão S.A. e Galvão Engenharia S.A. Além de quatro não integrantes do cartel: CR Almeida, Estacon, Construbase e CM Construções.

Foram apresentadas cinco propostas: empresas Odebrecht, Camargo Corrêa, Queiroz Galvão e Galvão Engenharia em consórcio; CR Almeida; Estacon; Andrade Gutierrez e Construbase.

Sagrou-se vencedor o consórcio formado pelas empresas Odebrecht, Camargo Corrêa, Queiroz Galvão e Galvão Engenharia (Consórcio Abreu e Lima).

Licitações para obras de implantação de UHDT-UGH

*"**O 1º processo licitatório**, iniciado em 31/07/2008, foi cancelado em função dos preços excessivos, cuja variação foi de 61,2% entre a estimativa Petrobras, R$ 2.621 bilhões, e a proposta de menor valor, R$ 4.226 bilhões, apresentada pelo Consórcio Odebrecht-OAS.*

***Em 31/03/2009, foi dado início um novo processo** com a estimativa prévia da Petrobras, fixada no valor de R$ 2,653 bilhões. No julgamento das propostas apresentadas em 08/05/2009, os preços ofertados estavam acima da faixa de aceitabilidade (-15 a +20%) – a 1ª colocada neste processo, Consórcio Odebrecht-OAS, apresentou proposta de R$ 3,260 bilhões. Após análises técnicas e consulta ao JURÍDICO, com parecer favorável, a comissão de licitação entendeu que, com uma nova rodada para apresentação das propostas, sem alteração das condições, a Petrobras poderia obter preços mais vantajosos (procedimento denominado 'escoima'). Em 15/06/2009, o Consórcio Odebrecht-OAS apresentou uma nova proposta no valor de R$ 3,190 bilhões (a estimativa da Petrobras foi revisada para R$ 2,692 bilhões)." (Grifos acrescidos.)*

Licitações para obras de implantação de UDA

*"**O 1º processo licitatório** foi cancelado em função dos preços excessivos, cuja variação foi de 69,8% entre a estimativa Petrobras, R$ 1,118 bilhão, e a proposta de menor valor, R$ 1,899 bilhão, apresentada pelo Consórcio Odebrecht-OAS.*

***Em 31/03/2009, foi enviado o 2º convite** com a estimativa prévia da Petrobras, fixada no valor de R$ 1,270 bilhão.*

No julgamento das propostas apresentadas em 07/05/2009, a comissão de licitação indicou a proposta do Consórcio Odebrecht-OAS, no valor de R$ 1,485 bilhão (incluindo R$ 27 milhões a título de verba de chuva), como a que melhor atendia aos interesses da Petrobras, sendo a vencedora do certame." (Grifos acrescidos.)

Licitações para obras de implantação de UCR

*"**Na 1ª licitação, iniciada em 21/07/2008**, o Consórcio Camargo Corrêa-CNEC apresentou a melhor proposta de R$ 5,937 bilhões, se situando 73,2% acima da estimativa Petrobras, de R$ 3,427 bilhões. O processo licitatório foi encerrado em virtude dos preços excessivos apresentados.*

***Em 19/03/2009, foi iniciado um novo processo licitatório** cuja estimativa prévia da Petrobras, que serviu de referência para a análise e julgamento das propostas, foi fixada no valor de R$ 2,876 bilhões.*

No julgamento das propostas apresentadas em 05/05/2009, a comissão de licitação indicou a proposta do Consórcio Camargo Corrêa-CNEC, no valor de R$ 3,411 bilhões." (Grifos acrescidos.)

Licitações para obras de implantação das Tubovias de Interligações

*"**O 1º processo licitatório de 29/07/2007** foi cancelado em função da desclassificação por preços excessivos, cuja variação foi de 69,09% entre a estimativa Petrobras de R$ 2,949 bilhões e a proposta de menor valor, R$ 4,986 bilhões (Consórcio Queiroz Galvão-IESA).*

***O 2º processo licitatório** também foi cancelado em função da desclassificação das únicas três propostas apresentadas por preços excessivos, cuja variação foi de 61,1% entre a estimativa da Petrobras, R$ 2,171 bilhões, e a proposta de menor valor, R$ 3,498 bilhões, apresentada também pelo Consórcio Queiroz Galvão e IESA.*

***Em 27/08/2009, foi enviado o 3º convite**, com a estimativa Petrobras fixada no valor de R$ 2,331 bilhões. No julgamento das propostas apresentadas em 25/09/2009, a comissão de licitação indicou a proposta do Consórcio Ipojuca-Interligações, composto pelas empresas Queiroz Galvão e IESA, no valor de R$ 2,694 bilhões, como a que melhor atendia aos interesses da Petrobras, sendo a vencedora do certame." (Grifos acrescidos.)*

III – Posição da unidade técnica

*20. O presente processo busca, especificamente, apurar a responsabilização da Empresa **Engevix Engenharia S.A.** por fraude à licitação na construção da Rnest.*

21. Cumpre salientar que a responsável foi devidamente alertada, por meio de sua notificação (Ofício nº 123/2016-SeinfraOperações, peça 65 do TC nº 016.119/2016-9), sobre a possibilidade de vir a ser declarada sua inidoneidade para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal, nos termos do art. 46 da Lei nº 8.443/92, caso confirmada a ocorrência de fraude à licitação com a sua participação.

22. Em sua manifestação (peça 56), as alegações trazidas pela Engevix Engenharia S.A., com o fito de excluir sua responsabilidade nos autos, consistiram, em síntese, de arguições de suposta impossibilidade de responsabilização por indícios, inaplicabilidade da sanção de inidoneidade em razão de negociações em curso com a CGU e AGU, com vistas à assinatura de acordo de leniência e pedido de desvinculação da conduta individual daquela aplicável a pessoa jurídica.

23. Todos os argumentos, todavia, foram analisados e refutados pela instrução da auditora responsável (peça 65), a qual propôs a apenação da empresa com a sanção de inidoneidade para participar de licitação da Administração Pública Federal, nos termos do art. 46 da Lei nº 8.443/92. Tendo em vista a elevada gravidade das infrações praticadas, a prática delituosa reiterada e ampla sobre as licitações da Petrobras, a materialidade e a culpabilidade da responsável, sugeriu a aplicação da sanção de inidoneidade de três anos, com vistas a garantir a isonomia de tratamento com casos análogos.

24. A auditora não considerou, na dosimetria da sanção proposta, a fraude na licitação que originou os contratos de implantação de Edificações e Urbanização da Rnest (Contratos nºs 8500.0000037.09.2 e 0800.0049742.09.2), visto que o presente processo se restringe à fraude à licitação em cinco contratos da Rnest, entre os quais não se incluem os de edificações e urbanização. Registra que existe no Tribunal processo específico que visa aplicar as sanções devidas em relação às

irregularidades na implantação de Edificações e Urbanização da Rnest, qual seja, o TC nº 009.758/2009-3.

25. O corpo dirigente da unidade técnica (despacho diretor – peça 66; secretário – peça 67) concorda com a instrução da auditora, divergindo apenas no que diz respeito à dosimetria, sugerindo sanção de inidoneidade da empresa pelo prazo de cinco anos.

26. Entende que deva ser considerada na dosimetria a participação da Engevix no consórcio vencedor do certame atinente ao contrato de edificações e urbanização da Rnest, existindo várias provas e evidências aptas a comprovar que tal contrato também foi obtido mediante fraude à licitação.

27. Argumenta que o ofício de comunicação da oitiva da empresa defendente (peça 65 do TC nº 016.119/2016-9) não chamou a empresa aos autos para se defender exclusivamente de fraudes cometidas nas cincos licitações supramencionadas. Afirma que o ofício faz menção a fraudes nas licitações conduzidas pela Petrobras relacionadas às obras de implantação da Rnest, de forma geral, sendo que foi dada oportunidade para a empresa se manifestar sobre quaisquer contratos com fraudes cometidas, não estando restrita apenas aos casos narrados na representação.

IV – Comentários sobre o mérito

28. Havendo examinado os autos, chego à conclusão de que o processo está devidamente instruído e que, ao contrário do alegado pela responsável, a irregularidade apontada está bem delimitada e evidenciada e que as condutas impugnadas estão satisfatoriamente descritas.

29. Nesse ponto, assiste razão à auditora quando defende a não inclusão no cálculo da dosimetria a fraude na licitação que originou os contratos de implantação de edificações e urbanização da Rnest (Contratos nºs 8500.0000037.09.2 e 0800.0049742.09.2). Entendo que o presente processo se restringe à fraude à licitação em cinco contratos da Rnest, entre os quais não se incluem os de edificações e urbanização.

30. No voto condutor do Acórdão nº 1583/2016-Plenário, o Relator assim delimitou o objeto do presente processo:

"3. Desta forma, a presente representação tem como objeto a apuração das consequências administrativas advindas de fraudes relativas às licitações das obras da Refinaria Abreu e Lima, em especial, apreciar a conduta de licitantes e dirigentes da estatal para eventual enquadramento nas hipóteses de declaração de inidoneidade das empresas, inabilitação dos dirigentes para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança e aplicação de sanções pecuniárias (arts. 46, 58, inciso II, e 60 da Lei 8.443/1992).

4. Especificamente, estes autos tratam de cinco contratos referentes à mencionada refinaria que apresentaram indicativos sólidos de terem sido objeto de fraude à licitação. Tais contratos representam aproximadamente 54,60% das avenças firmadas para implantação da Rnest, que, por sua vez, totalizavam R$ 24,7 bilhões (data-base: julho/2014). O quadro a seguir discrimina esses contratos e respectivos valores:

Contratos	***Valores Iniciais***	***Valores Finais***
Unidade de Coqueamento Retardado (UCR)	*R$ 3,41 bilhões*	*R$ 3,88 bilhões*
Unidades de Hidrotratamento de Diesel e de Nafta (UHDT) e Unidade de Geração de Hidrogênio (UGH)	*R$ 3,19 bilhões*	*R$ 3,73 bilhões*
Tubovias de Interligações	*R$ 2,69 bilhões*	*R$ 3,56 bilhões*
Unidade de Destilação Atmosférica (UDA)	*R$ 1,48 bilhão*	*R$ 1,77 bilhão*
Terraplenagem	*R$ 0,42 bilhão*	*R$ 0,53 bilhão*
TOTAL:	***R$ 11,21** bilhões*	***R$ 13,48** bilhões*

31. Com esta ressalva, endosso as análises efetuadas pela SeinfraOperações, sem prejuízo de tecer alguns comentários pontuais e de propor metodologia para avaliação quantitativa da sanção de inidoneidade, de forma a melhor observar os princípios constitucionais de isonomia, proporcionalidade e individualização da pena.

32. Quanto às alegações trazidas pela empresa, observa-se que, numa de suas linhas argumentativas, a Construtora Engevix Engenharia S.A. questiona a validade das evidências que integram os autos. Argumenta que sua responsabilização só poderia ocorrer se houvesse robusto e suficiente conjunto probatório que demonstrasse inequivocamente o nexo de causalidade entre a sua atuação e a fraude, o que não vale para provas indiciárias e inconsistentes entre si.

33. Entretanto, o conjunto composto de relatos de colaborações premiadas, acordo de leniência firmado junto ao Cade, depoimentos prestados em ações penais, documentação apreendida pela Polícia Federal, resultados dos procedimentos licitatórios e análise estatística da perda de desconto em certames fraudados contém indícios robustos e concordantes que demonstram os procedimentos fraudulentos empreendidos e a participação da Engevix Engenharia S.A. nesses delitos.

34. Registro, ainda, que inexiste ilegalidade nos documentos comprobatórios da irregularidade narrada, dado que foram obtidos a partir da disponibilização pública feita pelo juízo criminal que cuida da Operação Lava Jato e foram devidamente submetidos ao contraditório, mediante a oitiva da responsável.

35. Portanto, a simples negativa de envolvimento no conluio não bastaria para rechaçar essas evidências.

36. Assim, verifica-se, a partir do exame efetuado pela SeinfraOperações e das considerações aduzidas acima, que os argumentos apresentados em oitiva pela empresa responsabilizada nestes autos não foram suficientes para impugnar as evidências de que tenha tomado parte em fraudes direcionadas às licitações da Rnest em análise. Dessa forma, entendo cabível o encaminhamento proposto pela unidade técnica, no sentido de aplicar a sanção de inidoneidade à empresa, nos termos legalmente previstos.

V – Aplicação da pena de inidoneidade

37. No que concerne à aplicação da sanção de inidoneidade a ser imposta, considero que há aspectos relevantes que devem ser incluídos na avaliação, a fim de que sejam devidamente observados os princípios constitucionais de isonomia, proporcionalidade e individualização da pena.

38. A unidade técnica fundamentou sua proposta de apenação em razão da elevada gravidade dos ilícitos perpetrados, das consequências e da materialidade dessas irregularidades. Embora tais circunstâncias sejam essenciais para a determinação da pena, elas não se mostram suficientes para, no caso concreto, atender integralmente aos princípios fundamentais mencionados acima.

39. Sob o prisma quantitativo, verifica-se que a isonomia e a proporcionalidade demandam que a sanção imposta a um agente que tenha cometido delitos múltiplos seja mais severa que a imputada a quem agiu ilicitamente uma única vez. Caso contrário se estaria indiretamente beneficiando o delinquente contumaz. Nestes autos, examinam-se fraudes praticadas sobre uma dezena de procedimentos licitatórios, de modo que, para a adequada aplicação da pena, esse aspecto quantitativo deve ser sopesado.

40. Sob outro ângulo, tem-se que os ilícitos aqui tratados foram cometidos em concurso de agentes. Assim sendo, deve-se avaliar a participação de cada um na prática delituosa, de forma que a sanção seja aplicada no limite da sua respectiva culpabilidade.

41. Com o intuito de contribuir para o estabelecimento da dosimetria adequada ao caso concreto em análise, apresento a seguir uma sugestão de metodologia em que são propostas balizas para a ponderação desses pontos.

42. Nesse desiderato, admite-se, como premissa, que a série de relações de proximidade existente entre muitos dos ilícitos administrativos e os ilícitos penais permitiram, tanto à doutrina

quanto à jurisprudência, entenderem pertinente a invocação dos princípios do Direito Penal e do Processo Penal para suprir lacunas nas normas do Direito Administrativo Sancionador.

43. Ao tempo em que alerta para diferenças existentes entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal, Fábio Medina Osório ressalta, também, que a unidade existente entre esses dois ramos jurídicos "nada mais é do que a comum origem constitucional: direito penal e direito administrativo obedecem a comandos constitucionais e, nesse sentido, submetem-se a princípios constitucionais que norteiam o poder punitivo estatal" (OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador, 5ª ed., RT, p. 156).

44. Detalha-se, a seguir, a metodologia sugerida. Entretanto, como preliminar básica da proposta a ser apresentada, é necessário, antes, abordar a questão da limitação temporal da sanção de inidoneidade da forma como foi decidida pelo Tribunal num primeiro momento, dado que a decisão se encontra suspensa por conta do pedido de reexame do MP/TCU.

V.1 – Cumulatividade das sanções de declaração de inidoneidade

45. A questão do limite temporal da sanção de inidoneidade aplicada pelo TCU, com base no art. 46 da Lei nº 8.443/92, está em discussão no TC nº 027.014/2012-6. Nesse processo de natureza administrativa, foi exarado o Acórdão nº 348/2016-Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, em que foram firmados entendimentos acerca do tema, inclusive o de que a cumulação de mais de uma sanção desse tipo, aplicada a uma mesma licitante, estaria temporalmente limitada, em seu conjunto, a cinco anos.

46. Como já mencionado, essa decisão, entretanto, encontra-se suspensa desde abril/2016, em virtude de pedido de reexame interposto por este representante do MP/TCU juntamente com o Procurador Júlio Marcelo de Oliveira.

47. Nas razões recursais, propugnamos pela reforma dessa decisão, no sentido de se excluir a limitação temporal de cumulação de sanções ou, alternativamente, ampliar esse marco para trinta anos. O requerimento principal baseia-se no fato de inexistir legislação específica sobre o tema que estabeleça essa restrição. Ademais, deve-se considerar que a declaração de inidoneidade é pena importante para a conformação de um sistema de sanções que cumpra com sua missão de não só reprimir e sancionar condutas reprováveis, como também dissuadir os agentes econômicos de cometerem novas condutas ilícitas.

48. O quadro de corrupção sistêmica e generalizada desvelado pela Operação Lava Jato, com dezenas de construtoras fraudando dezenas de licitações, bem demonstra que, data maxima venia, a decisão do Tribunal em limitar em cinco anos a pena de inidoneidade mostrou-se desarrazoada e com sérios riscos de, como efeito indesejado, incentivar a prática de ilícitos.

49. A decisão plenária recorrida adotou analogia com o art. 75 do Código Penal, que limita em trinta anos o prazo de cumprimento de penas restritivas de liberdade. Todavia, a adequação de uma interpretação analógica perpassa pelo exame dos pressupostos da norma que se pretende acolher. No caso, o dispositivo da legislação criminal concretiza no ordenamento a vedação constitucional à aplicação de penas de caráter perpétuo, tendo em vista que prazo superior a trinta anos se aproximaria da perpetuidade quando comparado com o tempo de vida do indivíduo condenado ao cárcere.

50. Contudo, o caráter perpétuo não se mostra evidente quando se impõe uma sanção com prazo predefinido (como ocorre com a declaração de inidoneidade) a uma pessoa jurídica, esta, sim, de vigência temporal indefinida. Mesmo que as penas sejam somadas em decorrência de cúmulo material de ilícitos, a perpetuidade não fica patente frente ao tempo de vida infinita de uma empresa. Portanto, a analogia com o disposto no caput do art. 75 do Código Penal não possui a necessária adequação à situação fática em análise.

51. A limitação da cumulação de sanções de inidoneidade tampouco pode ser justificada pelo argumento falacioso alardeado pela defesa das empreiteiras de que essa apenação corresponderia a

uma determinação de fechamento da empresa. O impacto no faturamento da sociedade empresária não ocorre de imediato, mas à medida que ela deixa de firmar novos contratos com a Administração Pública Federal, o que, aliás, não constituiria evento futuro certo, já que seria necessário vencer licitações em ambiente competitivo. Mesmo assim, os contratos já vigentes, inclusive os de concessão de serviços públicos, cujo prazo é longo, permaneceriam em vigor e gerando rendimentos para a empresa.

52. Ademais, não se pode partir do pressuposto de que a empreiteira dependa exclusivamente de pagamentos oriundos da Administração Pública Federal para se manter ativa, pois isso nem mesmo corresponde à realidade fática. Suas operações não se restringem a esse nicho, mas englobam também contratações de outras esferas da Administração Pública, execução de empreendimentos privados e até prestação de serviços noutros países.

53. A declaração de inidoneidade pode acarretar redução do faturamento da empresa apenada, mas esse efeito seria gradual e não atingiria a totalidade de suas receitas. Portanto, a consequência mais provável não seria a extinção da pessoa jurídica, mas talvez a diminuição de seu porte, o que não se pode tachar de indesejável em relação a empresas inidôneas que cometeram reiterados delitos, em um ambiente de corrupção sistêmica e generalizada.

54. A sanção tampouco se apresenta extremamente dura ou desarrazoada, mesmo que a empreiteira esteja em recuperação judicial. O raciocínio exposto acima também se aplica a empresas nessa condição, as quais permanecem com suas fontes de receita. Na verdade, ocorre o contrário: a declaração de inidoneidade possui eficácia reduzida nesses casos, pois a pessoa jurídica em recuperação judicial não detém os requisitos para atender aos critérios de habilitação econômico-financeira em certames públicos e, portanto, já não poderia participar de novas licitações.

55. A Administração Pública agiria contra o interesse coletivo, caso procurasse proteger as empresas delinquentes dos efeitos decorrentes da declaração de inidoneidade. A perpetuação da prática delitiva em comento deve ser combatida, de forma a prevenir que o Poder Público continue a ser prejudicado e, inclusive, para propiciar o ambiente necessário ao desenvolvimento do setor econômico afetado, a partir da valorização da eficiência empresarial, da produtividade e da ética nos negócios.

56. A propósito, cabe salientar que o tratamento sancionatório dispensado pelo ordenamento jurídico brasileiro à pessoa jurídica difere, em muitos aspectos, do concedido à pessoa física. Enquanto, por exemplo, para esta há vedação constitucional à aplicação de pena de morte, para aquela há previsão legislativa de dissolução compulsória, conforme se observa, por exemplo, no art. 19, inciso III, da Lei nº 12.846/2013.

57. Nesse dispositivo, aliás, previu-se a possibilidade de a Administração Pública ajuizar ações com vistas a sancionar a empresa com a dissolução compulsória, inclusive quando da ocorrência de situações como as descortinadas pela Operação Lava Jato. Sujeitam-se a essa sanção, dentre outros casos, as pessoas jurídicas que são habitualmente usadas para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos lesivos à Administração Pública, em que se enquadram as fraudes a licitações. Percebe-se, portanto, que a legislação brasileira repudia veementemente o tipo de delito discutido nestes autos e comina consequências rigorosas contra os responsáveis pela prática.

58. Limitar a cumulação de sanções de inidoneidade ao prazo exíguo de cinco anos reduziria sobremaneira a eficácia dessa pena, tanto no que se refere ao seu papel retributivo quanto ao papel preventivo geral e específico. Bastaria a apenação do licitante fraudador por um ilícito grave para que o limite global fosse atingido, tornando novas punições sem efetividade prática. Indiretamente se estaria incentivando o cometimento de fraudes reiteradas pelo mesmo agente, já que a punição por mais de uma delas em nada afetaria sua condição.

59. No caso concreto destes autos, examinam-se fraudes que macularam dez processos licitatórios promovidos pela Petrobras para a implantação da Refinaria Abreu e Lima. Percebe-se claramente ser inaceitável tratar esse conjunto de irregularidades como se fosse uma única

ocorrência, pois a gravidade, as consequências e a materialidade do grupo de delitos atingem níveis bastante superiores aos de uma só fraude.

60. Em virtude das razões acima expostas, propõe-se metodologia de avaliação da dosimetria que desconsidera limitação temporal à cumulação de sanções de declaração de inidoneidade. Em regra, portanto, adota-se a aplicação cumulativa das penas relativas a delitos cometidos em concurso material, sistemática que atende à premissa básica de que a cada fato deve corresponder uma punição e cada punição aplicada deve ser, tanto quanto possível, integralmente cumprida.

V.2 – Contribuição da sanção de inidoneidade para desestimular reincidência

61. No processo apartado relativo à análise de responsabilidade da Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A. (CCCC), a SeinfraOperações apresentou um estudo estimativo do impacto da declaração de inidoneidade para a empresa, com o intuito de avaliar a efetividade desse instrumento sancionatório para dissuadir a reincidência delitiva (TC nº 036.335/2016-9, peça 67). Partiu-se da premissa de que a atividade ilícita seria desinteressante para a empresa, caso o retorno obtido (superfaturamento) do "investimento" realizado nessa prática (propina) seja superado pelo valor monetário das penalidades que ela venha a sofrer.

62. Para compor o superfaturamento, foram considerados somente os contratos da CCCC na carteira de empreendimentos da Diretoria de Abastecimento da Petrobras, que advieram de licitações potencialmente fraudadas pelo grupo de empreiteiras. Como penalidades, foram computadas as quantias definidas nos acordos de leniência para serem devolvidas pela CCCC aos cofres públicos, a multa proporcional ao dano possivelmente aplicada pelo TCU e a valoração monetária da declaração de inidoneidade.

63. Esta última variável foi calculada como uma perda de lucro líquido da construtora em razão da extinção das receitas que adviriam dos contratos firmados com a Administração Pública Federal. Assumiu-se que as obrigações de pagamento estabelecidas nos acordos de leniência seriam cumpridas desde já e em prazos de cinco ou sete anos. Pressupôs-se, também, que o impacto da inidoneidade seria imediato, reduzindo as receitas da empreiteira a partir do momento da sua declaração.

64. A sensibilidade da empresa com relação à sanção de inidoneidade foi modelada considerando três cenários, variando a representatividade que os contratos com a Administração Pública Federal teriam sobre o faturamento da construtora. Nesse propósito, foram estimados percentuais de 50%, 65% e 80%, sendo que, quanto maior esse valor, mais dependente a empresa seria do Poder Público Federal.

65. Em todos os cenários, considerou-se que a probabilidade de detecção e de punição das fraudes seria de 100%. Ou seja, mesmo sabendo ser hipótese irreal, no estudo assumiu-se que o Estado conseguiria constatar todas as práticas ilícitas efetuadas pela empreiteira e aplicar-lhe a devida sanção.

66. Examinando os parâmetros acima, percebe-se o elevadíssimo grau de conservadorismo da análise efetuada pela SeinfraOperações, especialmente no que concerne ao imediatismo do impacto da declaração de inidoneidade no faturamento da empresa, à capacidade do Estado de detectar e punir todos os casos de fraude e à consideração de alto nível de dependência da construtora em relação aos recursos de origem federal, sem que se preveja, inclusive, qualquer ação da própria empresa para diversificar sua carteira de contratos.

67. Os resultados indicaram que, mesmo no cenário mais desfavorável à empreiteira, a aplicação de sanção de inidoneidade de até 1 (um) ano não possui qualquer eficácia. Os ganhos obtidos com a atividade ilícita superariam as perdas decorrentes de uma eventual condenação.

68. No cenário intermediário (mas também extremamente conservador), a declaração de inidoneidade no patamar de 1 (um) ano e 8 (oito) meses mostrou-se suficiente para, apenas, anular o

ganho advindo da ação delituosa, já admitindo que ela restituirá ao erário os valores acordados com o MPF e o Cade e que ela sofreu sanção pecuniária equivalente a 50% do dano provocado.

69. Ou seja, esse tempo de inidoneidade, no patamar de 1 (um) ano e 8 (oito) meses, não possui caráter dissuasório, pois somente retira da empresa a vantagem ilícita conseguida, mesmo com a aplicação de multa. Caso fosse inserida na análise a variável de risco de detecção da infração, seria possível concluir que a prática ilegal continuaria a oferecer vantagens substanciais à empresa.

70. No cenário de menor sensibilidade da empreiteira, no qual se simulou que metade de seus contratos seriam com o setor público e que ela não sofreria apenação de multa proporcional ao dano, a anulação dos ganhos ilícitos ocorreria com a imposição de cerca de 3 (três) anos de inidoneidade. Da mesma forma, lembrando-se que esse resultado advém de análise extremamente conservadora, é de se esperar que essa anulação ocorra, na verdade, em patamar bastante superior em relação ao quantum da sanção de inidoneidade.

71. No estudo, a unidade técnica também comparou os cenários da modelagem com o tratamento comumente dado às empresas corruptas no âmbito dos Estados Unidos e da União Europeia. Segundo a literatura e a legislação consultada, nos EUA adota-se o parâmetro de treble damage, em que se aplica uma sanção pecuniária equivalente a três vezes o dano provocado pela sociedade empresária. Já na União Europeia, a repressão a cartéis indica a imposição de sanção pecuniária equivalente ao dano multiplicado pela quantidade de anos de duração do cartel. De forma conservadora, a SeinfraOperações assumiu que a atuação da CCCC em cartel ocorreu por apenas cinco anos, embora haja indícios de que essa prática perdurou por pelo menos uma década.

72. Como resultado, a simulação indicou que o nível dissuasório da punição atingiria patamar similar ao dos EUA somente no cenário mais desfavorável à empresa e com a aplicação de mais de três anos de inidoneidade. Por sua vez, o rigor punitivo da União Europeia não seria alcançado em nenhum dos três cenários, mesmo que fossem impostos cinco anos de inidoneidade.

73. Verifica-se, portanto, que o arsenal punitivo composto de multa limitada a 100% do valor do dano e de sanção de declaração de inidoneidade limitada temporalmente em cinco anos apresenta-se bastante aquém do tratamento dado às empresas corruptas nos países tomados como comparação.

74. O estudo realizado pela SeinfraOperações mostra-se valoroso para que se tenha noção do impacto que a sanção de inidoneidade produz sobre a CCCC em particular e, em geral, sobre as empreiteiras envolvidas nas fraudes às licitações da Petrobras. Deve-se salientar, contudo, que no trabalho de interpretação dos resultados é imprescindível ter em mente o caráter extremamente conservador da modelagem, que assumiu, dentre outros parâmetros, que a influência da sanção é imediata no faturamento da empresa, que a empresa é muito dependente dos contratos com a Administração Pública Federal e que todas as fraudes seriam detectadas e punidas.

75. Os dados obtidos mostram com clareza que a apenação em patamares baixos é inócua no sentido de dissuadir a reiteração da prática delituosa. Os resultados corroboram inclusive o entendimento de que não se deve limitar a cumulação de sanções de inidoneidade a cinco anos.

V.3 – Continuidade delitiva

76. Por outro lado, no conjunto de ilícitos praticados, é possível observar aspectos de continuidade delitiva. Esse instituto foi introduzido no Direito Penal com o intuito de evitar que a pena aplicada a quem cometeu reiterados crimes de mesma espécie nas mesmas circunstâncias sofra uma apenação desproporcional à gravidade do ilícito praticado, o que poderia ocorrer com o cúmulo material das penas dos crimes cometidos. Pressupôs-se, ainda, que a ressocialização do condenado poderia ser conseguida com pena menor, obtendo-se, assim, êxito na função preventiva da punição. Trata-se, portanto, de instrumento de política criminal, materializado no art. 71 do Código Penal, sob a denominação de crime continuado.

77. O crime continuado tem natureza de ficção jurídica, em que se considera que, na prática de diversos crimes, os subsequentes constituem continuação do primeiro. O efeito da aplicação desse

instituto consiste em não se impor ao condenado o cúmulo material das penas, mas se adotar o sistema da exasperação. Em outras palavras, na aplicação da punição deixa-se de somar as penas de cada delito e passa-se a adotar uma só pena, a mais grave dentre os crimes cometidos, mas majorando-a de fração determinada na lei.

78. Para que esse instituto possa ser empregado, devem ser observados seus requisitos: os crimes praticados, mediante mais de uma ação ou omissão, devem ser da mesma espécie; e todos eles devem ter ocorrido em condições semelhantes de tempo, lugar, maneira de execução e outras circunstâncias.

79. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, "crimes da mesma espécie são aqueles previstos no mesmo dispositivo legal, isto é, que possuem o mesmo tipo fundamental" (Resp nº 261.356/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 16/06/2003, p. 365). Também de acordo com o STJ, além dos requisitos objetivos elencados no Código Penal, o reconhecimento da continuidade delitiva demanda unidade de desígnios na prática dos crimes, que seja indicativo de haver liame entre eles.

80. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça adota o prazo referencial máximo de trinta dias entre delitos consecutivos para que se reconheça o crime continuado. Entretanto, esse lapso temporal é indicativo, não estabelecido na lei, e tem sido admitida sua extrapolação quando presentes os demais requisitos da continuidade delitiva, mormente nos casos de crimes de corrupção e financeiros (REsp nº 1.627.732/ES, Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 01/06/2018; AgRg no REsp nº 1.345.274/SC, Min. Nefi Cordeiro, DJe 12/04/2018; AgRg no AREsp nº 531.930/SC, Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 13/02/2015; HC nº 323.303/RJ, Min. Antônio Saldanha Palheiro, DJe 23/06/2017).

81. No caso concreto destes autos, é possível divisar os elementos da continuidade delitiva dentre as fraudes efetuadas sobre várias das licitações da Rnest. Trata-se do mesmo ilícito administrativo, identificado como fraude à licitação, observa-se a presença de unidade de desígnios do grupo fraudador e a similaridade das circunstâncias de lugar e de modus operandi.

82. Com relação à circunstância de tempo, observa-se que as licitações ocorreram entre 2008 e 2009. Embora tal intervalo possa indicar a descaracterização da continuidade delitiva, deve-se ter em mente que nestes autos são avaliadas condutas infracionais múltiplas, praticadas pelo responsável ao longo de todo esse período. Foram atos e omissões que permitiram a atividade do cartel e provocaram a condução irregular dos procedimentos licitatórios.

83. Os procedimentos licitatórios relativos a UHDT-UGH, UDA, UCR e Tubovias foram lançados em conjunto, entre 2008 e 2009, sempre havendo pelo menos dois procedimentos licitatórios, sendo que o primeiro era cancelado por desclassificação de todas as propostas em razão de preços excessivos e o subsequente resultava na contratação da empresa vencedora por valor global próximo do máximo admitido pela Petrobras.

84. Além disso, verifica-se que as empresas convidadas eram sempre integrantes do clube, que as repetições de certames de cada unidade de instalações eram realizadas com as mesmas convidadas do primeiro procedimento licitatório, que as mesmas empreiteiras ou consórcios apresentavam propostas a cada rodada, e que a ordem de classificação das propostas se mantinha praticamente inalterada entre as diversas tentativas, mesmo que outros preços tenham sido ofertados.

85. Essa similaridade não se observa, todavia, quando se compara a licitação da terraplenagem com as demais. A época de realização do certame desses serviços iniciais de implantação foi anterior, este convite foi lançado sozinho, algumas empresas não participantes do clube foram convidadas e não houve cancelamento da tentativa por preços excessivos.

86. Além dos elementos objetivos de tempo, lugar e modo de execução, a jurisprudência do STJ também exige a unidade de desígnios para a configuração do crime continuado. Esse seria o critério norteador da diferenciação entre a continuidade delitiva e a reiteração da prática criminosa por habitualidade (REsp nº 1.465.136/RS, Min. Nefi Cordeiro, DJe 13/06/2017).

87. Dessa forma, admitindo-se a transposição de conceitos do Direito Penal para o âmbito do Direito Administrativo Sancionador, é possível reconhecer a continuidade delitiva entre as licitações

relativas às unidades de instalações da Rnest (nove licitações), mas não entre estas e o certame da terraplenagem.

88. Por conseguinte, para a aplicação da pena, deve-se adotar o sistema da exasperação para os delitos continuados e o do cúmulo material entre estes e a fraude do convite dos serviços de terraplenagem.

89. Adotando os mesmos critérios do ordenamento jurídico penal brasileiro para definir os parâmetros de exasperação da pena, verifica-se inicialmente que, segundo estatuído no art. 71, caput, do Código Penal, a majoração da pena deve ser feita por fração de 1/6 a 2/3 sobre a mais grave dentre os delitos continuados. Na jurisprudência do STJ se encontra objetivamente a determinação do quantum de aumento em função da quantidade de infrações cometidas:

"6. A exasperação da pena do crime de maior pena, realizado em continuidade delitiva, será determinada, basicamente, pelo número de infrações penais cometidas, parâmetro este que especificará no caso concreto a fração de aumento, dentro do intervalo legal de 1/6 a 2/3. Nesse diapasão esta Corte Superior de Justiça possui o entendimento consolidado de que, em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplica-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4 para 4 infrações; 1/3 para 5 infrações; 1/2 para 6 infrações e 2/3 para 7 ou mais infrações." (HC nº 232.709/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 09/11/2016)

90. A analogia com esse instituto do Direito Penal, embora provoque aumento da pena pela fração incidente, constitui benefício ao agente fraudador, já que se substitui o sistema de cúmulo material, em que as penas dos diversos delitos seriam somadas, pelo de exasperação, em que se aplica somente a pena de uma das infrações, majorada em função da quantidade de delitos praticados.

V.4 – Concurso de agentes

91. Conforme já comentado, é imprescindível, no presente processo, a individualização da pena de inidoneidade a ser aplicada a cada empresa responsável, com a indicação das condutas por elas praticadas e das razões para aplicação de cada pena, em estrita obediência aos comandos constitucionais da fundamentação das decisões, de modo a permitir o amplo exercício do direito de defesa.

92. Nesse sentido, deve-se partir da constatação de que as fraudes às licitações foram cometidas em concurso de agentes. Conforme registrado nas sentenças das ações penais decorrentes da Operação Lava Jato, é possível identificar três níveis de participação no ilícito em função da conduta da empreiteira:

"Em síntese, as empresas, em reuniões prévias às licitações, definiram, por ajuste, a empresa vencedora dos certames relativos aos maiores contratos. Às demais cabia dar cobertura à vencedora previamente definida, deixando de apresentar proposta na licitação ou apresentando deliberadamente proposta com valor superior àquela da empresa definida como vencedora." (Ação Penal nº 508325829.2014.4.04.7000/PR).

93. Assim, constatam-se pelo menos três condutas claramente praticadas pelas fraudadoras: a) a empresa era convidada, mas se omitia dolosamente do certame, em função do ajuste prévio; b) a empresa era convidada e apresentava proposta de cobertura, simulando uma competição; e c) a empresa era convidada e já sabia previamente que seria a vencedora do certame, em função do ajuste prévio, e apresentava proposta de preço próxima do valor máximo admissível pela Petrobras.

94. Dada a elevada gravidade dos ilícitos perpetrados, das consequências e da materialidade dessas irregularidades, concordo com a unidade técnica que a sanção de declaração de inidoneidade deve atingir o máximo cominado no art. 46 da Lei nº 8.443/92. Esse valor se aplica a cada certame fraudado, uma vez que todos eles carregam individualmente essas características.

95. Contudo, a pena máxima não deve recair igualmente sobre todas as empreiteiras, mas somente sobre as que praticaram as condutas mais graves em cada fraude.

96. Proponho, então, os critérios seguintes para que se possa sopesar o grau de culpabilidade em função das condutas empregadas.

*97. A conduta mais gravosa corresponde à apresentação de proposta próxima ao limite admitido pela Petrobras, a fim de vencer o certame e celebrar contrato com preços excessivos. Às empresas que praticaram essa conduta, ou seja, às **vencedoras dos certames**, seriam aplicados cinco anos como prazo de inidoneidade para licitar perante a Administração Pública Federal.*

*98. Às licitantes que **apresentaram proposta de cobertura** para conferir uma aparência de regularidade ao certame seria imputado prazo menor, que se propõe no montante de três anos de inidoneidade.*

*99. Sanção menor ainda seria imposta às empresas que adotaram conduta comissiva dolosa, que **foram convidadas para o certame, mas se abstiveram de oferecer proposta**. Propõe-se, neste caso, a imposição de um ano de inidoneidade.*

V.5 – Resumo da metodologia proposta para a dosimetria

*100. Em suma, a metodologia que ora se sugere para a determinação da dosimetria da sanção de declaração de inidoneidade para as empreiteiras fraudadoras das licitações da Rnest compõe-se dos seguintes **critérios**:*

a) não limitar a cumulação de sanções a cinco anos;

b) considerar concurso de delitos de fraude à licitação: aplicar, em regra, o concurso material entre as infrações cometidas, porém conceder o benefício da continuidade delitiva quando se observarem os requisitos específicos (unidade de desígnios, semelhança entre condições de tempo, lugar, modo de execução e outras circunstâncias);

c) aplicar pena de acordo com o concurso de delitos: cúmulo material para o concurso material de infrações e exasperação quando reconhecida a continuidade delitiva;

d) determinar o quantum da pena por infração autônoma em função da participação da empresa fraudadora no concurso de agentes.

*101. Para a aplicação desses critérios, são propostos os **parâmetros** abaixo:*

a) trata-se de um conjunto de 10 (dez) licitações fraudadas, apesar de terem resultado em somente cinco contratos, pois as fraudadoras também provocaram o insucesso de diversos certames; assim, contam-se 1 (uma) licitação de serviços de terraplenagem, 2 (duas) para implantação de UHDT-UGH, 2 (duas) para implantação de UDA, 2 (duas) para implantação de UCR e 3 (três) para a execução das Tubovias de Interligações;

b) as mesmas empresas participaram das repetições de certames para cada contrato, ou seja, concorreram para a fraude de todos os procedimentos licitatórios relativos à mesma contratação;

c) para cada licitação fraudada, aplicam-se 5 (cinco) anos de inidoneidade para as vencedoras do certame, 3 (três) anos para as licitantes que apresentaram proposta de cobertura e 1 (um) ano para a empresa convidada que se absteve dolosamente de oferecer proposta de preços;

d) observa-se continuidade delitiva no que se refere às licitações para implantação das instalações (UHDT-UGH, UDA, UCR e Tubovias);

e) para a exasperação da pena por continuidade delitiva, aplicam-se as frações de aumento em função da quantidade de infrações, segundo jurisprudência do STJ: "1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4 para 4 infrações; 1/3 para 5 infrações; 1/2 para 6 infrações e 2/3 para 7 ou mais infrações";

f) considera-se cúmulo material da licitação da terraplenagem com o conjunto das licitações das instalações.

VI – Tratamento do TCU para a empresa colaboradora

102. Nas diversas oportunidades em que o Tribunal se manifestou sobre as consequências dos acordos firmados na sua atuação, esta Corte tem reafirmado o entendimento de que tanto os acordos de leniência quanto os acordos de colaboração premiada não afastam as competências do Tribunal de Contas da União, fixadas no art. 71 da Constituição Federal, nem impedem a aplicação das sanções previstas na Lei nº 8.443/92.

103. Com efeito, seria uma ilegalidade flagrante qualquer previsão em acordo de leniência ou de colaboração premiada que impedisse o TCU de cobrar débito ou aplicar as sanções de sua competência. Dito de outra forma, os acordos de leniência e outros tipos de colaboração não podem afastar o Tribunal do exercício de suas funções.

104. Por óbvio que não se pode deixar de considerar o papel fundamental das colaborações (seja em acordos de leniência, seja em delações premiadas) no fornecimento de elementos de prova que catalisam as ações de controle, notadamente as reservadas constitucionalmente a este Tribunal.

105. Da mesma forma, não se pode esquecer que a imposição de sanções aos responsáveis que cometeram ilícitos traz em si uma função pedagógica e intimidatória, visando a inibir novos ilícitos.

106. Na manifestação da diretora da SeinfraOperações no processo apartado relativo à Camargo Corrêa (TC nº 036.335/2016-9, peça 69), a questão foi assim resumida:

"6. Esses fatos contextualizam a importância do presente processo e das decisões dele oriundas. A questão central aqui é atingir um equilíbrio entre duas vertentes: i) a manutenção do incentivo às delações e leniências, e; ii) e a emissão de contundente mensagem de que o crime não compensa.

7. Mais que isso, ter a ciência de que ante um eventual conflito entre esses dois interesses, deve-se, sem sombra de dúvida, fazer prevalecer as decisões de caráter dissuasório no que tange à corrupção. Do contrário, ter-se-ia o complicado cenário de um avanço a curto prazo das investigações combinado com o retorno da corrupção a médio e longo prazo, o que não se amolda ao interesse público. Sob outro ponto de vista, a questão de se punir exemplarmente aqueles que ludibriaram a mesma Administração Pública não é opcional aos órgãos de controle.

8. Neste cenário, o Tribunal de Contas precisa ser duro e não deixar impunes as empresas e pessoas físicas que vêm fraudando licitações reiteradamente. Por outro lado, é necessário incentivar e consolidar o instrumento de leniência que permitirá que outros casos sejam detectados e combatidos."

107. Por meio do Acórdão nº 483/2017-Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas (TC nº 016.991/2015-0), que tratou de assunto relacionado à fraude à licitação nas obras da Usina Termonuclear (UTN) de Angra 3, onde muitas das empresas foram também atuantes em fraudes na Petrobras, esta Corte de Contas aplicou a sanção de inidoneidade para quatro empresas, pelo prazo máximo de 5 anos, e sobrestou o julgamento do processo em relação às empresas que assinaram termo de colaboração com o Ministério Público Federal.

108. O objetivo de tal sobrestamento era dar oportunidade para que as empresas apresentassem compromisso em que fossem especificadas as medidas de colaboração que pudessem contribuir com os respectivos processos de controle externo deste Tribunal. Dependendo das medidas especificadas, o Tribunal poderia deliberar sobre possíveis sanções premiais a serem concedidas, conforme o caso.

109. Apesar de não ter ainda sido deliberado de forma definitiva, visto que não foram apresentadas ao Tribunal as medidas tendentes a colaborar com o deslinde dos processos que tramitam nesta Corte, observo que o Acórdão nº 483/2017-Plenário configura paradigmática decisão do Tribunal a respeito do tratamento a ser dado pelo TCU a empresas colaboradoras.

110. Destaco, a seguir, alguns pressupostos que entendo que devem ser levados em consideração pelo TCU no relacionamento com as empresas colaboradoras e as entidades públicas com poderes para celebrarem acordos de colaboração ou de leniência. Tais pressupostos podem ser extraídos das deliberações que trataram do tema, em especial o mencionado Acórdão nº 483/2017-Plenário, além das manifestações de diversos Ministros da Casa, com os quais já adianto minha concordância:

a) o TCU não transaciona com o valor do débito;

b) os acordos de leniência e outras formas de colaboração não podem afastar o Tribunal do exercício de suas funções, inclusive sancionatórias;

c) cumpre a esta Corte contribuir para que eventuais acordos tenham segurança jurídica, a fim de estimular a contribuição de outras empresas e dar efetividade à estratégia nacional de combate à corrupção;

d) cada decisão deve ser tomada considerando uma estratégia conjunta de combate à corrupção, uma vez que, seja na seara criminal, seja na seara administrativa, seja na defesa da concorrência, todos devem mirar o interesse público primário – e não seus próprios resultados institucionais isoladamente considerados;

e) é dever das instituições estatais honrar os compromissos assumidos nos acordos, garantindo concretamente os benefícios (sanções premiais) esperados pelo infrator-colaborador;

f) o colaborador deve experimentar alguma vantagem comparativa que o diferencie dos demais, não podendo estar nas mesmas condições do não colaborador, mas também não podendo equiparar-se àquele que, desde o início, optou por não delinquir;

g) os não colaboradores devem receber as penas que tradicionalmente são aplicadas aos casos de mesma gravidade;

h) é imperativo que o Tribunal identifique possíveis incentivos que, manejados adequadamente, possam diferenciar a posição das empresas que colaboram em face da situação das demais.

111. Assim, considerando essas premissas e sem olvidar que a imposição de sanções aos responsáveis que cometeram ilícitos traz em si uma função pedagógica e intimidatória, visando a inibir novos ilícitos, passo a apresentar, em seguida, breves comentários acerca da pertinência e viabilidade jurídica das possíveis sanções premiais que estariam à disposição do Tribunal.

112. Ressalto, desde logo, que, em qualquer caso, a concessão do benefício deverá levar em conta a personalidade e os antecedentes do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social dos ilícitos a ele imputados e a eficácia da sua colaboração também para os processos de controle externo a cargo do TCU.

VI.1 – Redução da penalidade em até 2/3

113. Em linhas gerais, nos casos em que existe colaboração das empresas, a unidade técnica propõe a apenação das empresas colaboradoras envolvidas com as fraudes à licitação da Rnest com a sanção de inidoneidade para participar de licitação da Administração Pública Federal, nos termos do art. 46 da Lei nº 8.443/92, por um período de 1 (um) ano e 8 (oito) meses, referente à pena inicial de 5 (cinco) anos, reduzidos de 2/3 em razão das circunstâncias atenuantes de ser a primeira empresa a admitir a irregularidade no âmbito do TCU, permitindo o deslinde célere deste litígio, bem como o reflexo dos acordos de leniência e de colaboração, da empresa e de seus executivos, na comprovação de participação das demais empresas.

114. Normalmente, a unidade técnica justifica a redução de 2/3 na aplicação da pena nos seguintes termos:

"(...) considerando que a multa aplicável é um tipo de sanção, lato sensu, tal qual a declaração de inidoneidade prevista no art. 46, da Lei 8.443/1992; considerando que a condição atenuante da confissão prevista no art. 65, inciso III, alínea 'd', do Código Penal Brasileiro está contemplada no art. 16, § 1º, inciso III, da LAC [Lei nº 12.846/2013]; e considerando que esse é o parâmetro objetivo de quanto reduzir a pena de inidoneidade aplicável ao caso em análise, é razoável utilizar, tendo por base a aplicação analógica da regra constante do § 2º do art. 16 da Lei 12.846/2013, a redução de 2/3 da pena de declaração de inidoneidade de contratar com a Administração Pública Federal aplicável à empresa CCCC, em face de ter admitido sua participação no ilícito e da contribuição dos acordos celebrados com o MPF/PR e com o CADE para as investigações em curso naqueles órgãos." (TC nº 036.335/2016-9, peça 68, p. 26).

115. De início, manifesto concordância com o fato de que os acordos de leniência, de colaboração premiada e termo de cessação de conduta devem ser considerados pelo TCU como elementos atenuantes e devem ser considerados na dosimetria da sanção a ser aplicada.

116. Também entendo perfeitamente possível a aplicação, com base na analogia, da regra constante do § 2º do art. 16 da Lei nº 12.846/2013, que prevê a redução em até 2/3 do valor da multa aplicável. Observe-se que a redução não se dará, automaticamente e sempre, na fração total de 2/3, mas sim em proporção variável de até 2/3.

117. Assim, conforme o caso, poderá o Tribunal aplicar uma redução em até 2/3 da pena de inidoneidade aplicada. Com efeito, entendo que a fração maior de benefício a ser concedida à empresa deverá ser proporcional à sua cooperação. Ou seja, quanto mais antecipada e efetiva for sua colaboração, maior deverá ser a sua fração.

VI.2 – Possibilidade de suspensão condicional da sanção de inidoneidade (sursis processual)

118. No Voto condutor do Acórdão nº 483/2017-Plenário, o Relator Ministro Bruno Dantas apresentou proposta nos seguintes termos (sem negritos no original):

"87. Julgo que a confissão e a colaboração dessas empresas junto ao Estado brasileiro na apuração de infrações e no combate ao crime poderá justificar ***conceder-lhes o benefício de suspensão da aplicação da pena de inidoneidade****, no pressuposto de que as informações que elas detêm possam vir a contribuir para que o TCU exerça suas funções com maior efetividade.*

88. Proponho, em essência, a ***adoção de um instituto inspirado na chamada suspensão condicional da pena, prevista no art. 77 do Código Penal****, na medida em que* ***o Tribunal poderá suspender a aplicação da sanção de inidoneidade****, mediante determinadas condições para aqueles que se enquadrem em certas características.*

89. Ainda que não haja autorização específica na Lei Orgânica para essa medida, a qual também foi proposta pela SeinfraOperações, há que se interpretar o velho à luz do novo. Nossas competências, regulamentadas em lei há quase 25 anos, integram todo um microssistema de combate à corrupção, que prevê a transação entre fornecimento de informações e sanções premiais (redução de pena, isenção de pena e óbices à apresentação de denúncia, conforme analisado entre os itens 63 e 67 deste voto). Portanto, ante a efetiva colaboração junto ao MPF com vistas a uma atuação mais efetiva desta Corte, ***vislumbro ser sim possível a adoção de tal sistemática****."*

119. Também em casos de colaboração da empresa, a unidade técnica costuma fazer proposta semelhante, no sentido de "deixar assente que, ***em caso de efetiva colaboração*** *[grifos no original] com este Tribunal, será considerada a* ***possibilidade de suspensão condicional da sanção de inidoneidade (sursis processual)*** *[grifei] desde que o acordo com o MPF também esteja sendo fielmente cumprido pela empresa leniente, inclusive no que tange à reparação do dano, em analogia ao art. 89, § 1º, inciso I, e § 3º, da Lei 9.099/1995, e aos arts. 77, 78, § 2º, 79 e 80 do Decreto-Lei 2.848/1940 (Código Penal), c/c art. 4º do Decreto-Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro)" (despacho do dirigente da unidade técnica, peça 70 do TC nº 036.335/2016-9).*

120. Embora semelhantes, as propostas mencionam duas medidas de política criminal distintas, com diferentes requisitos para sua aplicação, o sursis penal (suspensão condicional da pena) e o sursis processual (suspensão condicional do processo).

121. No sursis penal, melhor nominado de suspensão condicional da execução da pena, prevista no art. 77 do CP, o juiz condena o réu, mas suspende a execução da pena imposta, desde que aquele seja primário e a pena não ultrapasse 2 anos.

122. Assim, a quantidade de pena (não superior a dois anos) aparece nesse instituto como um requisito objetivo. Importante observar que tal instituto, como expresso no caput do art. 77 do CP, só deve ser aplicado à "execução da pena privativa de liberdade". Sobre esse ponto, Cezar Roberto Bitencourt leciona que: "Considerando que a finalidade maior do instituto é evitar o encarceramento com todas as suas consequências, não teria sentido estender a aplicação do sursis às demais penas

referidas, como, por exemplo, suspender o exercício temporário de determinada atividade (art. 47, II) em razão de crime cometido no seu exercício, e a seguir determinar a suspensão da execução da sentença, permitindo que o condenado continue livremente a exercê-la. Seria um contrassenso abominável" (Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral – 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei nº 12.550/2011. – São Paulo: Saraiva, 2012).

123. Nessa mesma linha de raciocínio, poderíamos igualmente afirmar que não seria razoável declarar a inidoneidade para participar de licitação da Administração Pública Federal em razão de fraudes cometidas em licitações e a seguir determinar a suspensão da execução da pena, permitindo que o fraudador continue participando livremente de licitações públicas.

124. Para concessão do sursis penal, também deve estar presente o requisito de ordem subjetiva, que diz respeito à pessoa do réu, e o fato e suas circunstâncias. Nesse sentido, o inciso II do art. 77 do CP remete aos mesmos vetores do art. 59 do Código Penal (e que norteiam a dosimetria da pena), de modo que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, personalidade, motivos e circunstâncias devem ser ponderados à luz do caso concreto.

125. Forçoso reconhecer que, nos casos ora tratados pelo Tribunal, a avaliação das circunstâncias não se mostra favorável às empresas fraudadoras, impedindo a concessão de tal benefício.

126. No que se refere ao sursis processual (suspensão condicional do processo), tal instituto não se confunde com a suspensão condicional da pena, pois, nesse caso, é o processo que fica suspenso, desde o início, fazendo com que não exista uma sentença condenatória. A suspensão condicional poderá ser proposta, desde que concorram os seguintes elementos:

a) a pena mínima cominada seja igual ou inferior a um ano;

b) o delito seja da competência do Juizado Especial Criminal ou não;

c) o acusado não esteja sendo processado criminalmente;

d) não seja reincidente;

*e) preencha os demais **requisitos do art. 77 do Código Penal**.*

127. Cabem registrar duas importantes súmulas que disciplinam a aplicação desse instituto:

Súmula nº 243 do STJ:

"O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano."

Súmula nº 723 do STF:

"Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano."

128. Interessante observar que as mesmas condutas analisadas no presente processo e que podem levar o TCU a aplicar sanções de inidoneidade por fraude a licitações também configuram o crime previsto no art. 90 da Lei nº 8.666/93, verbis:

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

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

129. Assim, na eventualidade de as pessoas físicas vierem a ser condenadas na esfera penal pelas mesmas fraudes detectadas pelo TCU, certamente não estarão presentes os requisitos para concessão, seja do sursis processual, seja do sursis penal.

130. No âmbito da Operação Lava Jato, é comum os réus colaboradores solicitarem ao juiz da 13ª Vara Federal de Curitiba que, quando da sentença, seja concedido o benefício do perdão judicial. Na prática, mutatis mutandis, o efeito do perdão judicial seria similar à suspensão da execução da pena ou suspensão do processo (após o cumprimento das condições) aqui no Tribunal, qual seja, não cumprir qualquer tipo de pena. Ao negar a concessão do benefício, o juízo observa que:

"Pelo art. 4º da Lei nº 12.850/2013, a colaboração, a depender da efetividade, pode envolver o perdão judicial, a redução da pena ou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Cabe somente ao julgador conceder e dimensionar o benefício. O acordo celebrado com o Ministério Público não vincula o juiz, mas as partes às propostas acertadas.

Não obstante, na apreciação desses acordos, para segurança jurídica das partes, deve o juiz agir com certa deferência, sem abdicar do controle judicial.

A efetividade da colaboração de [réu colaborador] não se discute. Prestou informações e forneceu provas relevantíssimas para Justiça criminal de um grande esquema criminoso. Embora parte significativa de suas declarações demande ainda corroboração, já houve confirmação pelo menos parcial do declarado.

Além disso, a renúncia em favor da Justiça criminal de parte dos bens sequestrados garantirá a recuperação pelo menos parcial dos recursos públicos desviados, em favor da vítima, a Petrobras.

Não cabe, porém, como pretendido o perdão judicial. A efetividade da colaboração não é o único elemento a ser considerado. Deve ter o Juízo presente também os demais elementos do § 1º do art. 4º da Lei nº 12.850/2013. Nesse aspecto, considerando a gravidade em concreto dos crimes praticados por [réu colaborador], e a elevada reprovabilidade de sua conduta, ***não cabe perdão judicial****." (Grifos nossos.)*

131. Os demais elementos previstos no § 1º do art. 4º da Lei nº 12.850/2013, que devem ser avaliados pelo juízo para concessão do benefício, dizem respeito, exatamente, à personalidade do colaborador, à natureza, às circunstâncias, à gravidade e à repercussão social do fato criminoso e à eficácia da colaboração.

132. Observo que as propostas apresentadas adotam os benefícios dos sursis, seja processual ou penal, previstos nos arts. 89 da Lei nº 9.099/95 e 77 do Código Penal, respectivamente, sem observar os requisitos para cabimento de cada uma dessas disposições, tal como definidas nas normas paradigmas. Com efeito, entendo que não seria adequada a extensão analógica de uma disposição legal (no caso, os arts. 89 da Lei nº 9.099/95 e 77 do Código Penal) sem a observância dos critérios de incidência estabelecidos nas regras paradigmas.

133. Importante também destacar uma das principais conclusões do já mencionado estudo estimativo do impacto da declaração de inidoneidade para a empresa, que objetivou avaliar a efetividade desse instrumento sancionatório para dissuadir a reincidência delitiva (sem negritos no original):

"Para quaisquer um dos três cenários ***a não estipulação de um prazo de inidoneidade acarretaria um VPL positivo à empresa corrupta e leniente****, o que não se alinha com a intenção maior de desincentivar a reincidência de práticas colusivas. Em outras palavras, o interesse público seria subjugado pelo interesse da sociedade empresária caso o TCU deixasse de cumprir com o art. 46 da sua Lei Orgânica.*

Nessa esteira, salienta-se que os resultados dessa simulação demonstram quantitativamente o elevado impacto da inidoneidade, ***revelando ser medida completamente desarrazoada a não declaração de inidoneidade****, já que tal variável detém um peso considerável na lógica perquirida com a aplicação de qualquer legislação de combate à corrupção: desmotivar o cometimento de novos ilícitos."*

134. Assim, em conclusão, pelos motivos expostos acima, entendo não ser conveniente nem juridicamente viável a concessão de qualquer tipo de sursis às empresas declaradas inidôneas.

VI.3 – Definição da responsabilidade individual ao contrário da responsabilidade solidária e o "Benefício de ordem" para a empresa colaboradora

135. Em alguns casos, a unidade técnica também menciona como outros benefícios que podem ser agregados pelo TCU, no âmbito da responsabilização e cobrança dos débitos quando do mérito das Tomadas de Conta Especiais, para além daqueles benefícios já negociados pelo MPF, os seguintes:

(i) o chamado "benefício da individualização do débito" (com base em interpretação inovadora do art. 12, inciso I, da LOTCU), no sentido de que o valor a ser devolvido pela empresa leniente seria proporcional à sua participação no consórcio contratado (% na sociedade), e não mais de forma solidária pela integralidade do valor, como é hoje; e

(ii) o chamado "benefício de ordem": ocorre quando a empresa que colaborou é colocada no final da fila dos responsáveis solidários.

136. Da mesma forma, o voto condutor do Acórdão nº 483/2017-Plenário também já abordava benefícios bem semelhantes ao ora proposto, especificamente o benefício de ordem na cobrança da dívida nas tomadas de contas especiais em que empresas colaboradoras respondam solidariamente pelo débito junto a outras empresas.

137. Como é cediço, de acordo com o instituto da solidariedade passiva, na multiplicidade de devedores, cada devedor será obrigado à prestação na sua integralidade, como se tivesse contraído sozinho o débito. A principal característica da solidariedade passiva é que o credor pode, na fase de execução do título, cobrar o cumprimento da obrigação de qualquer um dos devedores como se todos fossem um só devedor.

138. Conforme o art. 282 do CC, o credor poderá exonerar (renunciar) da solidariedade um, alguns ou todos os devedores. Como efeito desta renúncia da solidariedade relativa, visto que operada apenas em proveito de um ou alguns dos devedores, tem-se que os beneficiados pela renúncia continuam devedores, porém não mais da totalidade, mas apenas de sua quota-parte no débito.

139. Sobre os efeitos e consequências da renúncia da solidariedade, o Enunciado nº 349 do CJF/STJ esclarece:

"Com a renúncia da solidariedade quanto a apenas um dos devedores solidários, o credor só poderá cobrar do beneficiado a sua quota na dívida; permanecendo a solidariedade quanto aos demais devedores, abatida do débito a parte correspondente aos beneficiados pela renúncia."

140. Assim, a depender da contraprestação oferecida pela empresa fraudadora colaboradora, entendo que esse é um benefício juridicamente viável e que lhe proporcionará, de fato, uma vantagem.

VI.4 – Consideração, como restituição antecipada parcial do débito junto ao TCU, dos valores efetivamente recuperados pelo MPF aos cofres da União

141. A questão subjacente a este benefício está no fato de se evitar duplicidade no ressarcimento.

142. Entretanto, entendo que não seria adequado o TCU não condenar pelo débito integral. Como já exposto, o TCU não deve transacionar com o valor do débito e nem abdicar de exercer suas funções.

143. Assim, as condenações ao pagamento de valores a serem impostas pelo TCU devem ser integrais, ou seja, dos títulos executivos extrajudiciais formados pelos acórdãos condenatórios do Tribunal devem constar o valor total do débito, da forma como apurado por esta Corte.

144. Na fase de execução judicial do título, a cargo da AGU ou da Procuradoria do órgão, conforme o caso, seriam feitos os abatimentos dos valores efetivamente recolhidos em razão dos acordos e das condenações do Tribunal e de outras instâncias.

145. Interessante observar que, no Acordo de Leniência da J&F com o MPF, existe previsão de que os valores efetivamente recolhidos em outras instâncias (TCU incluído) podem ser abatidos nos valores previstos no Acordo. A sistemática lá adotada é que foi aceita para abatimento de apenas 80% dos valores efetivamente pagos. Ou seja, existe uma penalidade de 20%.

VI.5 – Possibilidade de extinção dos juros de mora sobre o montante da dívida, mantendo-se apenas a correção monetária, a partir do reconhecimento da boa-fé da empresa colaboradora quando colabora para o cálculo do débito

146. Outra possibilidade vislumbrada no voto condutor do Acórdão nº 483/2017-Plenário foi o reconhecimento de boa-fé da empresa celebrante de acordo de leniência, com a consequente extinção dos juros de mora sobre o montante da dívida. Aplicar-se-ia, portanto, o disposto no art. 202, §§ 2º, 3º e 4º, do Regimento Interno do TCU.

147. Com as devidas vênias, compreendo que essa opção não poderá ser considerada quando do julgamento de mérito dos processos em que seja imputado débito às empresas responsáveis, pois se mostra juridicamente inviável.

148. Conforme a jurisprudência atual pacífica desta Corte de Contas, nos processos de controle externo avalia-se a boa-fé na sua dimensão objetiva, diante de um caso concreto e nas condições em que o agente atuou. Assim, deve-se verificar se o responsável agiu de acordo com um modelo objetivo de conduta social, ou seja, do modo como seria esperado de um responsável prudente, diligente e de bom discernimento.

149. Essa análise recai sobre a conduta adotada pelo responsável na época da prática dos atos inquinados como irregulares, e não sobre sua atuação no momento presente, em que busca firmar acordo de leniência com o Poder Público para ver reduzida sua pena em razão dos ilícitos cometidos.

150. A boa-fé deveria ter pautado a ação do responsável no passado, de modo que, mesmo tendo praticado ato lesivo à Administração Pública, ele teria agido de forma prudente, diligente e com bom discernimento. Somente nesta hipótese poderia ser concedida nova oportunidade de quitação do débito sem a incidência de juros de mora.

151. O reconhecimento da boa-fé, da forma como disposto no art. 12, § 2º, da Lei nº 8.443/92 e no art. 202, §§ 2º, 3º e 4º, do Regimento Interno do TCU, não se presta a beneficiar o agente faltoso que, após descoberto o delito cometido, se propõe a colaborar com o Poder Público. Inexiste boa-fé objetiva neste ato, assim como inexistiu quando necessária para refrear o ato lesivo. O acordo de leniência eventualmente celebrado não requalifica a conduta adotada no passado.

152. Nos casos concretos que estão sendo analisados, em que se avalia a boa-fé objetiva em relação à pessoa jurídica de direito privado, a jurisprudência do TCU firmou-se no sentido de que o exame deve recair sobre a conduta dos seus administradores, uma vez que seus atos obrigam a pessoa jurídica. Trata-se, então, de dirigentes empresariais (muitos dos quais já condenados por corrupção ativa, lavagem de dinheiro e organização criminosa) que provocaram fraudes a licitações, condutas que se caracterizam como atos lesivos dolosos. O elemento dolo, aliás, vai além da simples não comprovação da boa-fé, indicando, na verdade, a existência de má-fé.

153. Verifica-se, portanto, ser impossível juridicamente reconhecer a boa-fé nas condutas das empresas que participaram das fraudes a licitações da Rnest.

154. Como consequência normativa, os juros de mora não podem ser desconsiderados quando da possível condenação em débito por superfaturamento nos processos de TCE. A propósito, também a conduta de apresentar proposta eivada de sobrepreço nas licitações fraudadas constitui ato em que não se pode reconhecer a boa-fé.

VI.6 – Redução da multa prevista no art. 57 da Lei nº 8.443/92

155. A multa prevista no art. 57 da Lei nº 8.443/92 é uma das ferramentas sancionatórias à disposição do TCU, que pode ser usada como instrumento junto às empresas fraudadoras colaboradoras, no sentido de obter efetiva contribuição para apuração do dano e, principalmente, para o seu ressarcimento.

156. A exemplo da redução da penalidade de inidoneidade em até 2/3, é plenamente possível ao Tribunal dosar a aplicação da multa prevista de acordo com o nível de colaboração da empresa.

157. Por óbvio que uma maior redução da multa a ser concedida à empresa deverá ser proporcional à sua cooperação. Ou seja, quanto mais antecipada e efetiva for sua colaboração, maior deverá ser a redução da multa.

158. Assim, a depender da contraprestação oferecida pela empresa fraudadora colaboradora, entendo que esse é um benefício juridicamente viável e que lhe proporcionará, de fato, uma vantagem.

VII – Aplicação da metodologia ao caso concreto

159. Como mencionado anteriormente, a unidade técnica não está considerando, para a aplicação da penalidade de inidoneidade, a prática da fraude às licitações de forma autônoma, em análise neste e nos demais processos apartados do processo de representação originário (TC nº 016.119/2016-9).

160. Sua proposta tem por base a fraude ocorrida de forma geral em cinco processos de contratação vinculados às seguintes obras: Unidade de Coqueamento Retardado (UCR); Unidades de Hidrotratamento de Diesel e de Nafta e Unidade de Geração de Hidrogênio (UHDT-UGH); Tubovias de Interligações; Unidade de Destilação Atmosférica (UDA); e terraplenagem.

161. Ocorre que, à exceção das obras de terraplenagem, onde houve apenas um certame fraudado, as obras referentes a UCR, UDA e UHDT-UGH tiveram duas licitações fraudadas cada obra; e a referente a Tubovias de Interligações teve três certames fraudados. Ou seja, o contexto em que deve ser analisada a aplicação da penalidade de inidoneidade é o referente a 10 licitações fraudadas pelas empresas participantes.

162. Desta forma, reitero que as aplicações das penas às licitantes fraudadoras devem ser adequadas, não apenas à natureza e à gravidade do ilícito praticado por elas. Entendo que o Tribunal deve considerar, também, a quantidade dos ilícitos cometidos, pautando-se, em tais casos, nos institutos do Direito Penal: para cada licitação autônoma fraudada, haverá sanção adequada e também autônoma.

163. Em suma, havendo várias licitações fraudadas por um mesmo responsável, o que se defende é que a fixação da pena de inidoneidade do licitante fraudador para participar de licitação na Administração Pública Federal há de ser promovida mediante aplicação analógica das normas do Código Penal, mais especificamente a que trata do concurso material e da continuidade delitiva.

164. Dito de outra forma, a sanção deve ser aplicada separadamente para cada licitação fraudada e depois somada de acordo com a regra do concurso material, aplicando-se, quando for o caso, a continuidade delitiva prevista no art. 71 do Código Penal.

165. Aplicando-se a metodologia proposta ao caso concreto dos autos, deve-se verificar, inicialmente, que participação teve a Engevix Engenharia S.A. nas licitações em análise.

166. A partir dos dados expostos anteriormente e da tabela reproduzida a seguir, observa-se que a empresa foi convidada para todas as licitações de todos os contratos, exceto o de Terraplenagem. Apresentou proposta de cobertura nas licitações relativas à implantação da UDA e UCR e se omitiu dolosamente nas licitações relativas à implantação da UHDT-UGH e Tubovias.

	Terraplenagem	***UHDT-UGH***	***UDA***	***UCR***	***Tubovias***
Convidadas / Proponente / Vencedoras	*Odebrecht* *Camargo Corrêa* *Queiroz Galvão* *Galvão Engenharia*	*Odebrecht* *OAS*	*Odebrecht* *OAS*	*Camargo Corrêa* *CNEC*	*Queiroz Galvão* *Iesa*

CR Almeida	*Mendes Júnior*	*Iesa*	*UTC*	*Odebrecht*
Estacon	*Camargo Corrêa*	*Queiroz Galvão*	***Engevix***	*OAS*
Andrade Gutierrez	*Andrade Gutierrez*	***Engevix***	*Odebrecht*	*GDK*
Construbase	*Techint*	*UTC*	*OAS*	*SOG*
			MPE	
OAS	*Queiroz Galvão*	*Camargo Corrêa*	*Andrade Gutierrez*	*Camargo Corrêa*
CM Construções	*UTC*	*Andrade Gutierrez*	*Queiroz Galvão*	*Andrade Gutierrez*
	Engevix	*Mendes Júnior*	*Mendes Júnior*	*UTC*
	GDK	*Techint*	*Techint*	*Mendes Júnior*
	Iesa	*GDK*	*GDK*	*Techint*
	MPE	*MPE*	*Iesa*	***Engevix***
	Promon	*Promon*	*Promon*	*Promon*
	Skanska	*Skanska*	*Skanska*	*Skanska*
	SOG	*SOG*	*SOG*	

167. Assim, considera-se que a empreiteira Engevix Engenharia S.A. participou da fraude de nove procedimentos licitatórios referentes à Refinaria Abreu e Lima, sendo quatro na condição de proponente e cinco como convidada que se absteve de ofertar proposta.

168. Assumindo a ocorrência de continuidade delitiva entre os certames fraudados com a sua participação, referente aos quatro processos de contratação vinculados às obras de UCR, UHDT/UGH, Tubovias de Interligações e UDA, deve-se majorar em 2/3 a maior pena dentre as aplicáveis pelas infrações cometidas.

169. A maior pena se verifica nos certames em que ela apresentou proposta de cobertura. De acordo com a metodologia proposta, caberia sanção de três anos por esse delito autônomo. Fazendo-se incidir a fração de majoração, chega-se à pena base aplicável à UTC Engenharia, equivalente a 5 (cinco) anos de inidoneidade para licitar perante a Administração Pública Federal.

170. Por coincidência matemática, este valor corresponde ao proposto pelo corpo dirigente da unidade técnica, mas ressalto que os critérios são distintos.

171. Sobre a gravidade e materialidade das condutas praticadas pelas empresas fraudadoras, vale ressaltar o seguinte excerto do voto do Relator do Acórdão nº 414/2018-Plenário (Min. Benjamin Zymler), que bem resume os montantes envolvidos nas fraudes licitatórias em questão (sem destaques no original):

*"4. Especificamente, trata-se de cinco contratos referentes à mencionada refinaria que apresentaram indicativos sólidos de terem sido objeto de fraude à licitação. Tais contratos representam aproximadamente **54,60% das avenças firmadas para implantação da Rnest**, que, por sua vez, **totalizavam R$ 24,7 bilhões** (data-base: julho/2014). O quadro a seguir discrimina esses contratos e respectivos valores:*

Contratos	***Valores Iniciais***	***Valores Finais***
Unidade de Coqueamento Retardado (UCR)	*R$ 3,41 bilhões*	*R$ 3,88 bilhões*
Unidades de Hidrotratamento de Diesel e de Nafta (UHDT) e Unidade de Geração de Hidrogênio (UGH)	*R$ 3,19 bilhões*	*R$ 3,73 bilhões*
Tubovias de Interligações	*R$ 2,69 bilhões*	*R$ 3,56 bilhões*
Unidade de Destilação Atmosférica (UDA)	*R$ 1,48 bilhão*	*R$ 1,77 bilhão*
Terraplenagem	*R$ 0,42 bilhão*	*R$ 0,53 bilhão*
TOTAL:	***R$ 11,21** bilhões*	***R$ 13,48** bilhões*

*5. Até o presente momento, preliminarmente, com valores ainda sujeitos ao crivo do contraditório, **foram apontados indícios de superfaturamento** nos seguintes termos:*

Contratos	*Superfaturamento estimado*	*Constatação*
Unidade de Coqueamento Retardado (UCR)	*R$ 673 milhões*	*Acórdão 1.990/2015 – Plenário*
Unidades de Hidrotratamento de Diesel e de Nafta (UHDT) e Unidade de Geração de Hidrogênio (UGH)	*R$ 1.004 milhões*	*Acórdão 2.109/2016 – Plenário*
Tubovias de Interligações	*R$ 682 milhões*	*Acórdão 2.428/2016 – Plenário*
Unidade de Destilação Atmosférica (UDA)	*R$ 429 milhões*	*Acórdão 2.109/2016 – Plenário*
Terraplenagem	*R$ 69,5 milhões*	*Acórdão 2.290/2013 – Plenário*
TOTAL:	***R$ 2,85 bilhões***	

IX – Conclusão

172. Por fim, não poderia deixar de registrar que os acordos de colaboração (Leniência ou Colaboração Premiada), se bem utilizados e integrados com a atuação do TCU, são um poderoso instrumento de indução de comportamentos éticos e transparentes por parte de outras empresas que estão assistindo de fora a atuação estatal no caso concreto.

173. Entendo que o momento atual é uma oportunidade ímpar de o TCU passar uma mensagem firme e contundente de combate à corrupção e provocar a alteração do comportamento de todas as empresas em futuras contratações públicas.

174. Considero que o Tribunal deve, desde logo, aplicar a sanção de inidoneidade às empresas que fraudaram licitações da Petrobras. Entendo que esta Corte não pode deixar de exercer suas atribuições no aguardo de iniciativas de colaboração exclusivas das empresas, principais interessadas em que o Tribunal não aplique qualquer tipo de sanção.

175. Ao contrário, o TCU deve aplicar, desde logo, as sanções cabíveis às empresas e, se for o caso, poderá reapreciar a sanção aplicada, considerando a efetiva colaboração da empresa fraudadora colaboradora.

176. Agindo desta forma, esta Corte prestará deferência aos acordos firmados, considerando-os como atenuantes na aplicação da sanção, sem abdicar de exercer plenamente suas funções constitucionais.

177. Ante o exposto, e atendendo ao despacho de Vossa Excelência (peça 72), este representante do Ministério Público de Contas manifesta-se no sentido de que este Tribunal:

*a) declare a inidoneidade, com fundamento no art. 46 da Lei nº 8.443/92, da Empresa Engevix Engenharia S.A. para participar de licitação que utilize recursos públicos federais por um período de **5 (cinco) anos**;*

b) comunique à Secretaria de Logística e Tecnologia de Informação do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão sobre a declaração de inidoneidade do item "a", para que atenda às recomendações exaradas no item 9.6 do Acórdão nº 1986/2013-Plenário, Rel. Min. Raimundo Carreiro;

c) encaminhe cópia do acórdão que vier a ser proferido, acompanhado do relatório e do voto que o fundamentam, à empresa responsável, para ciência;

d) encaminhe cópia do acórdão que vier a ser proferido, acompanhado do relatório e do voto que o fundamentam, à Força-Tarefa do Ministério Público Federal no Paraná, à Força-Tarefa da Advocacia-Geral da União no Paraná, ao Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU) e à Diretoria de Governança, Risco e Conformidade da Petrobras (GRC), para medidas consideradas cabíveis."

É o Relatório.

VOTO

Em exame processo apartado do TC 016.119/2016-9, que cuida de representação efetuada por unidade técnica do TCU, com base em elementos resultantes da denominada "Operação Lava Jato", na qual são noticiadas supostas fraudes nas licitações conduzidas pela Petrobras, relacionadas a certames para obras de implantação da Refinaria Abreu e Lima em Ipojuca/PE, também denominada de Refinaria do Nordeste – Rnest.

2. Neste feito, é apreciada a conduta da empresa Engevix Engenharia e Projetos S.A. em nove diferentes certames licitatórios que resultaram em quatro contratos referentes à mencionada refinaria, que apresentaram evidências de terem sido objeto de fraude à licitação. O quadro a seguir discrimina esses contratos e os respectivos valores:

Contratos	Valores Iniciais	Valores Finais
Unidade de Coqueamento Retardado (UCR)	R$ 3,41 bilhões	R$ 3,88 bilhões
Unidades de Hidrotratamento de Diesel e de Nafta (UHDT) e Unidade de Geração de Hidrogênio (UGH)	R$ 3,19 bilhões	R$ 3,73 bilhões
Tubovias de Interligações	R$ 2,69 bilhões	R$ 3,56 bilhões
Unidade de Destilação Atmosférica (UDA)	R$ 1,48 bilhão	R$ 1,77 bilhão
TOTAL:	**R$ 10,77 bilhões**	**R$ 12,94 bilhões**

3. Insta salientar que cada um dos contratos da UDA, UHDT/UGH e UCR tiveram um certame fracassado e outro que resultou efetivamente na contratação. Por sua vez, o contrato da Tubovias teve duas licitações fracassadas e outra concluída com sucesso. Assim, os quatro contratos em exame decorreram de nove diferentes licitações investigadas neste processo, nos quais a Engevix participou de quatro na condição de proponente não vencedora e de outros cinco na condição de licitante convidada que se absteve de ofertar proposta, conforme sintetizado no quadro a seguir:

	Terraplenagem	UHDT-UGH	UDA	UCR	Tubovias
Vencedoras	Odebrecht Camargo Corrêa Queiroz Galvão Galvão Engenharia	Odebrecht OAS	Odebrecht OAS	Camargo Corrêa CNEC	Queiroz Galvão Iesa
Demais Proponentes	CR Almeida Estacon Andrade Gutierrez Construbase	Mendes Júnior Camargo Corrêa Andrade Gutierrez Techint	Iesa Queiroz Galvão **Engevix** UTC	UTC **Engevix** Odebrecht OAS MPE	Odebrecht OAS GDK SOG
Empresas Convidadas que não Apresentaram Proposta	OAS CM Construções	Queiroz Galvão UTC **Engevix** GDK Iesa MPE Promon Skanska SOG	Camargo Corrêa Andrade Gutierrez Mendes Júnior Techint GDK MPE Promon Skanska SOG	Andrade Gutierrez Queiroz Galvão Mendes Júnior Techint GDK Iesa Promon Skanska SOG	Camargo Corrêa Andrade Gutierrez UTC Mendes Júnior Techint **Engevix** Promon Skanska

4. Em um primeiro momento, o Acórdão 1.583/2016-Plenário determinou a audiência da empresa Engevix Engenharia e Projetos S.A., juntamente com várias outras construtoras, para que se manifestassem sobre as condutas abaixo indicadas, apontadas nas licitações que originaram os contratos supracitados:

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 de resultados e consequente direcionamento das licitações; e

f) ausência de formulação de proposta para beneficiar a empresa escolhida pelo cartel.

5. Promovidas as comunicações processuais, com o objetivo de proporcionar celeridade ao exame de mérito do caso, autorizei a constituição de processos apartados específicos para cada empresa, mediante a extração de cópias necessárias das peças do TC 016.119/2016-9. Dessa forma, o presente feito foi constituído exclusivamente para exame da manifestação da Engevix Engenharia e Projetos S.A.

6. Após o exame da peça de defesa da Engevix, a Secretaria Extraordinária de Operações Especiais em Infraestrutura (SeinfraOpe) concluiu, em pareceres uníssonos, que a sociedade empresária não logrou êxito em afastar sua responsabilidade nos ilícitos apontados (peças 65, 66 e 67), motivo pelo qual propôs, com fundamento no art. 46 da Lei 8.443/1992, a declaração de inidoneidade da empresa para participar de licitação na administração pública federal.

7. Todavia, houve divergência nas propostas formuladas pelas instâncias instrutivas quanto à dosimetria da sanção. Por um lado, a auditora responsável pela instrução do feito, a fim de preservar a isonomia em relação a sanções aplicadas em casos análogos, propôs a apenação da empresa com a sanção de inidoneidade para participar de licitação da Administração Pública Federal pelo prazo de três anos, visto que a Engevix não se sagrou vencedora de nenhum dos certames já mencionados (peça 65).

8. Já o diretor e o secretário substituto da unidade técnica, embora concordem com a instrução da auditora, divergiram pontualmente acerca do prazo de duração da sanção, sugerindo a fixação da pena pelo período de cinco anos (peças 66 e 67). Aduziram que a empresa venceu o certame que originou os contratos de implantação de Edificações e Urbanização da Rnest (Contratos nºs 8500.0000037.09.2 e 0800.0049742.09.2) e que o ofício de audiência dirigido à Engevix não fez menção aos contratos da refinaria em que ocorreram as supostas fraudes, de forma que deveria ser aplicada sanção semelhante aos casos já apreciados pelo TCU, nos quais a licitante fraudadora foi a empresa contratada.

9. Solicitei a apreciação da matéria pelo Ministério Público de Contas, o qual emitiu parecer (peça 75) concluindo que o processo foi devidamente instruído e que, ao contrário do alegado pela empresa responsável, as irregularidades que lhe foram imputadas foram bem delimitadas e evidenciadas. Assim, no entender do MP/TCU, os argumentos apresentados em oitiva pela empresa responsabilizada nestes autos não seriam suficientes para impugnar as evidências de que tenha tomado parte em fraudes direcionadas às licitações da Rnest.

10. O **Parquet** considerou que assiste razão à auditora quando defende que a suposta fraude na licitação que originou os contratos de implantação de edificações e urbanização da Rnest (Contratos nºs 8500.0000037.09.2 e 0800.0049742.09.2) não seja computada na dosimetria da pena, pois o presente processo se restringe a ocorrências nas licitações de outros contratos da Rnest, entre os quais não se incluem os de edificações e urbanização. O MP/TCU justificou seu posicionamento com o voto

condutor do Acórdão 1583/2016-Plenário, em que foram delimitados os contratos que seriam o objeto do presente processo.

11. Por outro lado, o d. Subprocurador-Geral do MP/TCU ponderou que, sob o prisma quantitativo, o atendimento aos princípios da isonomia e da proporcionalidade demandariam que a sanção imposta a um agente que tenha cometido delitos múltiplos fosse mais severa do que a imputada a quem agiu ilicitamente uma única vez. Caso contrário, estar-se-ia indiretamente beneficiando o delinquente contumaz. Assim, o MP/TCU invocou institutos do Direito Penal e do Processo Penal para suprir as lacunas do Direito Administrativo Sancionador, tais como o concurso de agentes, o concurso material e a continuidade delitiva.

12. Assumindo a ocorrência de continuidade delitiva nos certames fraudados com a participação da Engevix relativos aos processos de contratação vinculados às obras de UHDT-UGH, UDA, UCR e tubovias de interligações, o **Parquet** propugnou que houvesse majoração em 2/3 sobre a maior pena dentre as aplicáveis pelas infrações cometidas. O MP/TCU justificou sua proposta de exasperação da pena por continuidade delitiva com base na jurisprudência do STJ: 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5 para 3 infrações; 1/4 para 4 infrações; 1/3 para 5 infrações; 1/2 para 6 infrações e 2/3 para 7 ou mais infrações.

13. Em todos os processos constituídos para apreciar os indícios de fraude nas obras da Rnest, o MP/TCU vem sugerindo a aplicação da sanção de três anos para cada certame em que a empresa figurou na condição de proponente, mas não se sagrou vencedora. Dessa forma, de acordo com a metodologia proposta, fazendo-se incidir a fração de majoração, o Ministério Público de Contas obteve a pena aplicável em razão da fraude à licitação dos referidos contratos, equivalente a 5 (cinco) anos de inidoneidade.

14. Finalizando a contextualização dos fatos, faço remissão às manifestações da unidade técnica e do MP/TCU, as quais descreveram com maestria todos os indícios de fraude nas licitações da Rnest, bem como as evidências que os fundamentam. Sintetizando os pareceres reproduzidos no relatório que fundamenta esta deliberação, os seguintes elementos demonstraram a prática de atos de colusão nos certames da Rnest:

– Provas indiretas: convites restritos às empresas integrantes do cartel, falta de inclusão de novas empresas na renovação da licitação, propostas vencedoras próximas ao limite máximo admitido, estudo econométrico indicando os reflexos da atuação do cartel;

– Prova diretas: documentos apreendidos, termos de colaboração e declarações de executivos de empreiteiras, de operador financeiro e de dirigentes da Petrobras; e

– Provas documentais: elementos indicativos dos resultados das licitações e da participação de cada empresa nos certames, os quais coincidem com o efetivamente ocorrido.

15. A participação da Engevix nesse esquema fraudulento também foi evidenciada por diversos elementos probatórios, incluindo sentenças judiciais na esfera penal, delações premiadas, acordos de leniência firmados no âmbito do Cade, acordos de cooperação firmados com empresas no âmbito judicial e documentação apreendida pela Polícia Federal, incluindo planilha apreendida pela Polícia Federal, na sede da empresa Engevix, contendo uma divisão de obras da Petrobras (peça 28, p. 1-4).

16. No referido documento, resta estabelecido a cargo de qual empresa seria destinada cada obra da refinaria. Por exemplo, para as empresas Odebrecht e OAS, são marcadas as obras da UDA e UHDT; para a empresa Camargo Corrêa foram marcadas as obras da UCR e Tubovias.

17. De se ressaltar que essa planilha é datada de 11/6/2008 e os processos licitatórios dessas unidades foram aprovados pela Diretoria Executiva da estatal apenas em 17/7/2008, ou seja, um mês depois da decisão do "Clube", indicando que as empreiteiras tinham conhecimento das licitações antes

mesmo de seu anúncio ao mercado. Ressalte-se que a divisão planejada pelo cartel foi confirmada quando das contratações.

II – Da análise da defesa da Engevix

18. Com base nessa exposição dos fatos, trato do exame da manifestação de defesa da Engevix, que apresentou, em síntese, as seguintes alegações (peça 56):

a) que os fatos inquinados estariam sendo investigados por diversos entes públicos, ao passo que a empresa estaria negociando com o Ministério da Transparência e Controladoria Geral da União a celebração de acordo de leniência, com base na Lei 12.846/2013 e no Decreto 8.420/2015, no âmbito do processo administrativo de responsabilização – PAR 00190.025829/2014-39.

b) assim, qualquer medida adotada pelo TCU relativamente ao objeto do referido PAR deveria ser suspensa, garantindo a uniformidade de procedimentos entre os órgãos fiscalizadores dos contratos, sem qualquer prejuízo à Administração Pública, em virtude de se interromper a prescrição a partir da instauração do PAR;

c) o processo adequado para a responsabilização da empresa seria uma tomada de contas especial, e não uma representação, visto que há indícios de dano ao erário;

d) nesse sentido, a instrução da tomada de contas especial não poderia prescindir da produção de atos internos pelo TCU os quais seriam o Norte para formação do convencimento da Corte de Contas e que poderiam ser complementados com elementos colhidos fora do processo administrativo;

e) seria necessário que o TCU elaborasse documentos internos, com ampla dilação probatória, para subsidiar o seu convencimento, ao invés de extrair conclusões de documentos externos e sem comprovação definitiva de validade pelo Poder Judiciário, tampouco pelo Cade;

f) que o TCU se embasaria unicamente de elementos de caráter meramente informativos, não dotados de caráter probatório, motivo pelo qual não seria permitida a imputação de sanções no âmbito do presente processo;

g) a responsabilização do licitante só poderia ocorrer se houvesse robusto e suficiente conjunto probatório que demonstrasse inequivocamente o nexo de causalidade entre a sua atuação e a fraude, o que não vale para provas indiciárias e inconsistentes entre si;

h) o TCU teria desconsiderado julgados mais recentes do Supremo Tribunal Federal, os quais exigiriam que as provas indiciárias fossem dotadas de segurança, indução certa, indícios variados e coincidentes para terem força de prova suficiente para sustentar a declaração de inidoneidade;

i) não se verificaria qualquer identidade nas propostas apresentadas pela Engevix no âmbito do projeto Rnest relativas aos Contratos da UDA e UCR, razão pela qual o entendimento adotado pelo TCU não permitiria amoldar a conduta da Engevix como suposta fraude à licitação;

j) a mera formulação de oferta de valor excessivo seria insuficiente para autorizar a imposição da sanção de inidoneidade;

k) a confissão do Sr. Gerson Almada, ex-executivo da Engevix, seria inconsistente e dela seria possível inferir que o pagamento de vantagens indevidas a agentes da Petrobras não se caracterizava como pressuposto para obtenção de contratos perante a Petrobras, mas sim uma execução nos termos adequados, haja vista as dificuldades que se apresentavam tanto na relação com o gestor do contrato, quanto no que se refere aos elementos técnicos fornecidos pela Petrobras; e

l) não seria aplicável a sanção de inidoneidade em razão da cessação de quaisquer condutas por força do memorando de entendimentos assinado com a CGU e AGU, durante as negociações dos acordos de leniência, bem como do afastamento do Sr. Gerson Almada da administração da empresa.

19. Em atenção a tais alegações, considero que as análises empreendidas pela instrução inserta à peça 65, complementada pelas manifestações do corpo diretivo da SeinfraOpe (peças 66 e 67) e do membro do Ministério Público junto a este Tribunal (peça 75), abordaram com bastante propriedade e de forma minuciosa todos os argumentos de fato e de direito consignados pela defendente.

20. Com efeito, as evidências comprovando fraude às licitações promovidas pela Petrobras para a implantação da Refinaria do Nordeste são várias, concordantes e convergentes.

21. O conjunto probatório acostado aos autos, incluindo sentenças judiciais na esfera penal, delações premiadas, acordos de leniência firmados pelo Cade, acordos de cooperação firmados com empresas no âmbito judicial, documentação apreendida pela Polícia Federal e análises estatísticas indicam que a Engevix compunha o denominado "Clube" de empreiteiras, bem como associou-se, de forma ilícita, para dominar o mercado de grandes obras da Petrobras e para eliminar a real concorrência dos certames licitatórios da companhia estatal.

22. Diante do exposto, adotando como razões de decidir os exames efetuados pela unidade técnica e pelo MP/TCU, transcritos no relatório que fundamenta esta deliberação, rejeito as razões de justificativa apresentadas pela Engevix. Entendo pertinente realizar tão somente algumas considerações adicionais.

23. A primeira diz respeito à possibilidade de a sanção de declaração de inidoneidade ser aplicada também à empresa que, embora não tenha participado da licitação, contribuiu para fraudar o certame. Nesta situação se enquadraria a participação da Engevix nas licitações que originaram os contratos de Tubovias e da UHDT, da Rnest, em que a construtora foi convidada pela Petrobras, mas não apresentou proposta.

24. Em outros recentes julgados relacionados com as fraudes observadas nas licitações da Rnest, a exemplo dos Acórdãos Plenários 300/2018, 414/2018, 1.221/2018 e 1.744/2018, tenho considerado que a conduta da licitante que se abstém de apresentar proposta, apesar de convidada, está subsumida ao previsto no art. 46 da Lei 8.443/1992:

"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." (Grifou-se).

25. Uma intepretação literal da disposição acima poderia conduzir ao entendimento de que o sujeito passivo da sanção prevista no art. 46 da Lei 8.443/1992 seria apenas o licitante em sentido estrito, ou seja, a empresa que efetivamente se credenciou e apresentou proposta em certame licitatório, não albergando a situação da empresa que, em colusão com outras, se absteve de participar do certame.

26. Entretanto, o processo de interpretação normativa não pode se resumir à acepção gramatical ou meramente literal da norma jurídica, cabendo a utilização de outros métodos hermenêuticos.

27. Situação jurídica análoga foi enfrentada no âmbito do Acórdão 2.851/2016-Plenário, no qual a Ministra Ana Arraes, com a lucidez que lhe é peculiar, fez as seguintes ponderações (grifos acrescidos):

> *"Porém, há de se considerar que a interpretação restritiva da norma sancionadora não pode chegar às raias da literalidade se isso implicar o desvirtuamento daquela norma e, assim, frustrar-lhe a vontade (a mens legis). Observo que, mesmo no direito penal, no âmbito do qual a atividade interpretativa é mais conservadora, admite-se a interpretação extensiva quando*

esta busca concretizar a finalidade da lei. Cito, como precedente jurisprudencial nesse sentido, o julgamento proferido pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em sede do recurso ordinário em habeas corpus 106.481/MS, com ementa vazada nos seguintes termos, sendo meus os grifos (relatoria da Ministra Cármen Lúcia; julgamento em sessão de 8/2/2011; publicação no DJe de 3/3/2011):

> *'CONSTITUCIONAL E PENAL. ACESSÓRIOS DE CELULAR APREENDIDOS NO AMBIENTE CARCERÁRIO. FALTA GRAVE CARACTERIZADA. INTELIGÊNCIA AO ART. 50, VII, DA LEI 7.210/84, COM AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI 11.466/2007. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCIPIO DA RESERVA LEGAL. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE.*
>
> *1. Pratica infração grave, na forma prevista no art. 50, VII, da Lei 7.210/84, com as alterações introduzidas pela Lei 11.466/2007, o condenado à pena privativa de liberdade que é flagrado na posse de acessórios de aparelhos celulares em unidade prisional.*
>
> *2. A interpretação extensiva no direito penal é vedada apenas naquelas situações em que se identifica um desvirtuamento na mens legis.*
>
> *3. A punição imposta ao condenado por falta grave acarreta a perda dos dias remidos, conforme previsto no art. 127 da Lei 7.210/84 e na Súmula Vinculante nº 9, e a consequente interrupção do lapso exigido para a progressão de regime.*
>
> *4. Negar provimento ao recurso.'*

No caso do artigo 46 da Lei 8.443/1992, percebe-se com absoluta clareza que o propósito da norma é coibir o cometimento de fraude à licitação. Afigura-se-me, pois, antijurídica, a interpretação que, feita à letra, obsta a realização desse propósito. E é justamente o que ocorre se se dispensa ao termo "licitante" a estreita compreensão a que acima me referi.

Lembro que há precedentes na jurisprudência do TCU no sentido de que, em homenagem à vontade da lei, deve ser dispensada interpretação mais ampla ao ora considerado artigo da Lei Orgânica do Tribunal. Como exemplo, cito os Acórdãos 100/2003 e 1.293/2011, ambos proferidos pelo Plenário, nos quais prevaleceu o entendimento de que a sanção prevista no artigo 46 da Lei 8.443/1992 alcança, também, o particular que age de forma fraudulenta em procedimentos administrativos que levam à sua contratação direta por dispensa de licitação."

56. Acrescento que, a prevalecer a tese defendida pela recorrente, poderia ela praticar irregularidades em inúmeros certames licitatórios sem que lhe fosse aplicada qualquer sanção, tão somente pelo fato de que não seria licitante.

57. Essa, com certeza, não é a vontade da lei. É inaceitável a tese de que a Lei 8.443/1992 reservasse punições somente aos que participassem da licitação, tolerando fraudes e atos ilícitos praticados pelas empresas que não se enquadram nessa categoria, que atentaram de forma reprovável contra a Administração Pública, contra o interesse público e contra os princípios que regem a licitação, como se verificou neste processo."

28. Portanto, cabe também a responsabilização da Engevix nos certames em que há evidências de que a empresa, embora convidada formalmente pela Petrobras, se absteve intencionalmente de apresentar proposta com vistas a facilitar a colusão das construtoras.

29. Outra questão que gostaria de enfatizar é que a revogação de certame licitatório – que ocorreu nas licitações iniciais da UHDT-UGH, UDA, UCR e Tubovias – não configura impedimento para a aplicação da sanção de declaração de inidoneidade prevista no art. 46 da Lei 8.443/1992. Diversos julgados do TCU consideraram não ser necessário, para a configuração do ilícito, que a autora da

fraude tivesse obtido a vantagem esperada ou que seja efetivamente contratada. Cito, nesse sentido, os Acórdãos Plenários 1.702/2017, 1.230/2017, 2.458/2015, 740/2014 e 2.425/2012.

30. A última consideração que faço acerca dos argumentos carreados pela empresa diz respeito à possibilidade de o TCU declarar inidoneidade de empresa que se encontraria em vias de celebrar acordo de leniência fundamentado na Lei 12.846/2013.

31. A esse respeito, observo que a empresa juntou ao processo cópia do memorando de entendimentos firmado com o Ministério da Transparência, datado de 18/3/2015, (peça 56, fl. 54), mas, posteriormente, foi amplamente noticiado pela imprensa que o mencionado acordo de leniência não foi celebrado. Nesse sentido, cito a reportagem intitulada "Leniência fracassa e Engevix deve ser declarada inidônea", publicada no jornal Valor Econômico em 24/3/2017 (https://www.valor.com.br/empresas/4912256/leniencia-fracassa-e-engevix-deve-ser-declarada-inidonea).

32. No que tange à alegação de que o TCU estaria obrigado a aguardar a conclusão do processo de leniência perante a CGU, visto que reconheceria os efeitos da celebração do acordo de leniência, considero que tal afirmação distorce as competências constitucionais desta Corte de Contas, tornando-a mero órgão assessório do Controle Interno.

33. **Ad argumentandum tantum**, se a tese da Engevix pudesse ser acolhida e generalizada, o TCU teria que aguardar as tratativas como todos os órgãos legitimados a celebrar acordos de leniência (Cade, AGU, Ministério Público e CGU). Nesse caso, seria fácil concluir que esta Corte de Contas seria impedida de exercer suas competências constitucionais de controle externo da Administração Pública.

34. Há precedentes do Plenário do Supremo Tribunal Federal (Pet 3.606-AgR/DF, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE; MS 30.788/MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO), reconhecendo a plena validade constitucional do art. 46 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e deixando assente que a sanção de inidoneidade aplicada com base nesse dispositivo da Lei 8.443/1992 tem âmbito de incidência distinto das sanções aplicadas pelos próprios órgãos administrativos ou pelo controle interno com fundamento no 87 da Lei 8.666/1993, que estão dentre as penalidades que podem ser isentadas ou atenuadas em virtude de celebração de acordo de leniência com o controle interno. Nesse sentido, transcrevo trecho do voto do Ministro Sepúlveda Pertence no Pet. 3.608-AgR/DF:

> *"Conflito de atribuição inexistente: Ministro de Estado dos Transportes e Tribunal de Contas da União: áreas de atuação diversas e inconfundíveis. 1. 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 da de controle interno ínsito a cada Poder e aquela, do controle externo a cargo do Congresso Nacional (CF, art. 70). 2. 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. 8.443/92) , não se confunde com o dispositivo da Lei das Licitações (art. 87) , que - 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. 3. 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. 4. Indiferente para a solução do caso a discussão sobre a possibilidade de aplicação de sanção - genericamente considerada - pelo Tribunal de Contas, no exercício do seu poder de fiscalização, é passível de questionamento por outros meios processuais."*

35. Friso ainda que, até o momento, a Engevix sequer demonstrou que atenderia plenamente as condições elencadas no art. 16, §1º, da Lei Anticorrupção, para a celebração de acordo de leniência, em particular o requisito de ter sido a primeira a se manifestar sobre o seu interesse em cooperar para a apuração dos atos ilícitos na Rnest. Ao contrário do que a defesa entregue pela empresa deixa transparecer, não há direito subjetivo à celebração de acordo de leniência nem qualquer vinculação desta Corte de Contas a tal ajuste.

36. Com fulcro na ideia de coerência e unidade do Estado e em razão da utilidade e da eficácia das informações e provas trazidas por empresa colaboradora à jurisdição de contas, o TCU pode levar em conta a contribuição e a boa-fé processual do responsável, a exemplo de como foi procedido no âmbito do Acórdão 1.214/2018-Plenário, no qual esta Corte de Contas deixou de aplicar à SOG – Óleo e Gás S.A. a sanção especificada no art. 46 da Lei 8.443/1992. Naquele caso, este Tribunal levou em conta os acordos de leniência e de colaboração premiada firmados com o Ministério Público Federal e com o Cade.

37. Porém, não há ainda julgado do TCU que tenha sopesado especificamente os efeitos do acordo de leniência, fundamentado na Lei 12.846/2013, na dosimetria da sanção de inidoneidade. Não que esta não possa ocorrer, mas não existe precedente específico, muito menos direito adquirido da empresa a tolher o exercício das competências constitucionais e legais desta Corte de Contas em razão de uma possível assinatura de algum acordo de leniência com a CGU/AGU.

III – Da dosimetria da sanção

38. Passo, então, a analisar a dosimetria da sanção a ser aplicada à empresa Engevix.

39. De imediato é forçoso concordar com o **Parquet** para reconhecer não ser possível considerar qualquer ato ilícito supostamente praticado nos contratos de edificações e urbanização da Rnest para efeito de apenação da empresa, visto que o Acórdão 1.583/2016-Plenário, deliberação que originou o presente feito, sequer citou os referidos ajustes. Assim, a responsável não pôde exercer o direito ao contraditório em relação a tais imputações.

40. A situação tratada no presente feito é bastante similar ao caso apreciado pelos Acórdãos 300/2018-Plenário e 414/2018-Plenário, de minha relatoria, que aplicou sanção de inidoneidade de 3 anos às empresas MPE e Mendes Júnior por sua atuação nas fraudes da Rnest. O primeiro julgado foi utilizado pela sra. auditora da SeinfraOpe para abalizar o seu posicionamento, motivo pelo qual reproduzo alguns excertos do voto condutor da referida deliberação:

> *"57. Rememoro que o envolvimento da MPE na atuação do cartel na Rnest pode ser assim sintetizado: i) UCR, foi convidada duas vezes, apresentou propostas não vencedoras; ii) Tubovias, foi convidada uma vez, não apresentou proposta; iii) UDA, foi convidada duas vezes, não apresentou propostas; iv) UGH/UHDT, foi convidada duas vezes, não apresentou propostas.*
>
> *58. Tanto a unidade técnica quanto o Ministério Público junto ao TCU manifestaram-se no sentido de que a empresa deveria ser declarada inidônea pelo período de cinco anos. Houve, contudo, divergências de como se chegou a esse resultado.*
>
> *59. Por um lado, a unidade técnica considerou que a prática delituosa ocorreu de forma reiterada e ampla nas licitações da Petrobras, não se tratando de incidência isolada. Dessa forma, a sanção deveria guardar proporção com a reiteração da prática, com a gravidade dos atos ilícitos e com materialidade das irregularidades.*
>
> *60. O Parquet, por sua vez, entendeu que a sanção deve ser aplicada separadamente para cada licitação fraudada e depois somada de acordo com a regra do concurso material, aplicando-se, quando for o caso, a continuidade delitiva prevista no art. 71 do Código Penal.*
>
> *(...)*

66. Sob essa premissa, acolho a argumentação do Ministério Público junto ao TCU no sentido de que a pena máxima deve ser reservada àqueles que praticaram conduta de maior gravidade em cada fraude. Nesse sentido, transcrevo as seguintes ponderações do Parquet:

"Contudo, a pena máxima não deve recair igualmente sobre todas as empreiteiras, mas somente sobre as que praticaram as condutas mais graves em cada fraude.

Proponho, então, os critérios seguintes para que se possa sopesar o grau de culpabilidade em função das condutas empregadas.

A conduta mais gravosa corresponde à apresentação de proposta próxima ao limite admitido pela Petrobras, a fim de vencer o certame e celebrar contrato com preços excessivos. Às empresas que praticaram essa conduta, ou seja, às vencedoras dos certames...

Às licitantes que apresentaram proposta de cobertura para conferir uma aparência de regularidade ao certame seria imputado prazo menor ... Sanção menor ainda seria imposta às empresas que adotaram conduta omissiva dolosa, que foram convidadas para o certame, mas se abstiveram de oferecer proposta..." (Grifou-se).

67. Com efeito, cabe realçar que o cartel no âmbito da Rnest era dominado pelas empresas Odebrecht, Camargo Corrêa, Andrade Gutierrez e Queiroz Galvão e que à MPE foi reservado um papel secundário que, em princípio, não resultou qualquer benefício direto decorrente das contratações.

68. Desta feita, com base nessas considerações, sopesando a gravidade da conduta imputada à MPE Montagens e Projetos Especiais S.A., entendo que a sanção a ser aplicada no presente processo deva ficar adstrita ao prazo de três anos."

41. No presente processo e nos casos examinados pelos Acórdãos Plenários 300/2018 e 414/2018, a conduta mais grave imputada à responsável foi a apresentação de proposta de cobertura em licitação, de forma que, diante de situação análoga, acompanho o posicionamento da sra. auditora da SeinfraOpe, no sentido de sancionar a Engevix com a declaração de inidoneidade pelo prazo de 3 (três) anos.

Diante do exposto, voto por que o Tribunal adote o acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 12 de setembro de 2018.

BENJAMIN ZYMLER
Relator

ACÓRDÃO Nº 2135/2018 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 013.384/2017-1.
2. Grupo I – Classe de Assunto: VII – Representação
3. Interessados/Responsáveis:
3.1. Responsável: Engevix Engenharia e Projetos S.A. (00.103.582/0001-31).
4. Órgão/Entidade: Petróleo Brasileiro S.A.
5. Relator: Ministro Benjamin Zymler.
6. Representante do Ministério Público: Subprocurador-Geral Paulo Soares Bugarin.
7. Unidade Técnica: Secretaria Extraordinária de Operações Especiais em Infraestrutura (SeinfraOpe).
8. Representação legal:
8.1. Taísa Oliveira Maciel (118.488/OAB-RJ) e outros, representando Petróleo Brasileiro S.A.
8.2. Adjair da Cunha dos Santos (353.060/OAB-SP), José Roberto de Castro Neves (85.888/OAB-RJ), João Geraldo Piquet Carneiro (800-A/OAB-DF) e outros, representando Engevix Engenharia e Projetos S.A.

9. Acórdão:

VISTO, relatado e discutido este processo apartado do TC 016.119/2016-9, com o objetivo de dar celeridade e proporcionar maior clareza ao exame da manifestação da empresa Engevix Engenharia e Projetos S.A. quanto à sua responsabilização apontada nos autos do processo originário, concernente à prática de fraudes a licitações conduzidas pela Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras) para a implantação da Refinaria do Nordeste (Rnest), em Ipojuca/PE,

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

9.1. rejeitar as razões de justificativa apresentadas pela Engevix Engenharia e Projetos S.A.;

9.2. com fundamento no art. 46 da Lei 8.443/1992, declarar a inidoneidade da empresa Engevix Engenharia e Projetos S.A. (00.103.582/0001-31), pelo prazo de 3 (três) anos, para participar de licitações na administração pública federal, bem como em certames promovidos na esfera estadual e municipal cujos objetos sejam custeados com recursos federais repassados por força de convênios ou instrumentos congêneres;

9.3. dar ciência deste acórdão:

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

9.3.2. à empresa responsável, à Força-Tarefa do Ministério Público Federal no Paraná e à Força-Tarefa da Advocacia-Geral da União no Paraná.

10. Ata n° 35/2018 – Plenário.
11. Data da Sessão: 12/9/2018 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2135-35/18-P.
13. Especificação do quorum:
13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler (Relator), Augusto Nardes, Aroldo Cedraz, José Múcio Monteiro, Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo.
13.2. Ministros-Substitutos presentes: Augusto Sherman Cavalcanti, André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)
RAIMUNDO CARREIRO
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
BENJAMIN ZYMLER
Relator

Fui presente:

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