

Processo TC nº 013.391/2017-8
REPRESENTAÇÃO

Excelentíssimo Senhor Ministro-Relator,

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 UTC 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 61), 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 19/09/2017, Vossa Excelência solicitou a manifestação deste Ministério Público de Contas sobre a questão (peça 72), informando, relativamente à Empresa UTC Engenharia S.A., que:

a) em 18/01/2017, com fulcro no art. 85 da Lei nº 12.529/2011, firmou Termo de Compromisso de Cessação de Prática – TCC perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, mediante o qual, dentre outras medidas, comprometeu-se a contribuir com cerca de R\$ 129 milhões ao Fundo de Direito Difusos – FDD;

Continuação do TC nº 013.391/2017-8

b) em 22/03/2017, foi declarada inidônea pelo prazo de cinco anos pelo TCU, conforme Acórdão nº 483/2017-Plenário, em razão de fraude à licitação da montagem eletromecânica da Usina de Angra 3;

c) em 10/07/2017, firmou acordo de leniência com o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU) e a Advocacia-Geral da União (AGU), com fulcro na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), mediante o qual a empresa comprometeu-se a pagar R\$ 574 milhões a título de multa, dano e enriquecimento ilícito;

d) em 17/07/2017, ingressou com pedido de recuperação judicial, distribuído à 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais – Fórum Central Civil de São Paulo.

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.);

Continuação do TC nº 013.391/2017-8

- (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

Continuação do TC nº 013.391/2017-8

Petrobras (DIP DABAST nº 71/2014, de 25/04/2014), constante da peça 16 destes autos e do relatório e voto que fundamentaram o Acórdão nº 1583/2016-Plenário.

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

Licitação para execução das obras de terraplenagem

O início do processo licitatório se deu em 3/5/2007 e a contratação ocorreu em 31/7/2007.

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.)

Continuação do TC nº 013.391/2017-8

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 **UTC 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 122/2016-SeinfraOperações, peça 81 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 57), as alegações trazidas pela UTC Engenharia S.A., com o fito de excluir sua responsabilidade nos autos, consistiram de arguições de incompetência do TCU para apurar cartel, da ilegitimidade passiva da empresa UTC Engenharia S.A., inobservância dos princípios do contraditório com risco de cerceamento de defesa e impossibilidade de responsabilização por indícios, além da necessidade de adequação de possível sanção.

23. Todos os argumentos, todavia, foram minudentemente analisados e refutados pela unidade técnica (peça 66), 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

Continuação do TC nº 013.391/2017-8

Petrobras, a materialidade e a culpabilidade da responsável, a SeinfraOperações sugeriu que a dosimetria da pena alcance o limite máximo cominado na Lei Orgânica do TCU, de cinco anos.

IV – Comentários sobre o mérito

24. 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.

25. Tal configuração conduz-me a endossar 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.

26. Quanto às alegações trazidas pela empresa, observa-se que, numa de suas linhas argumentativas, a construtora UTC Engenharia S.A. procura condicionar a constatação de fraude licitatória à comprovação da ocorrência de cartel. Sustentando, ainda, que o TCU não teria competência para apurar cartel, defende que qualquer apenação aplicável por este Tribunal ficaria obstada até que a verificação daquela prática anticoncorrencial fosse irrecorrivelmente declarada pela justiça criminal ou pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).

27. Todavia, deve-se observar que não há relação de dependência entre a identificação de fraude à licitação e de cartel.

28. A fraude pode ocorrer de várias formas (conluio entre licitantes, conluio entre licitante e agente público, constituição de empresa de fachada, declaração falsa quanto ao porte da empresa ou a requisitos de habilitação, dentre outros meios), sendo o cartel um dos instrumentos que podem ser usados com o fim de burlar o caráter competitivo de certames públicos.

29. No caso dos autos, é compreensível a menção a cartel nas peças instrutivas, pois o conjunto probatório presente evidencia situação que pode configurar tanto a prática de cartel quanto a infração de fraude à licitação. Ambos os ilícitos, aliás, podem ser punidos tanto na esfera penal quanto na administrativa, mediante ações movidas pelos órgãos competentes em cada caso.

30. Aprecia-se, neste processo de controle externo, o delito administrativo de fraude à licitação, o que indubitavelmente é competência do TCU.

31. Noutras passagens de sua defesa, a empresa refuta o apontamento de que tenha ocorrido o cartel ou que dele tenha participado, bem como questiona a validade das evidências que integram os autos. Entretanto, inexistente 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.

32. 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 UTC Engenharia S.A. nesses delitos.

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

34. 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

Continuação do TC nº 013.391/2017-8

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

35. 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.

36. 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.

37. 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.

38. 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.

39. 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.

40. 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.

41. 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).

42. 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

43. 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.

Continuação do TC nº 013.391/2017-8

44. 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.

45. 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.

46. 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.

47. 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**.

48. 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.

49. 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.

50. 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.

51. 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.

52. 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

Continuação do TC nº 013.391/2017-8

detém os requisitos para atender aos critérios de habilitação econômico-financeira em certames públicos e, portanto, já não poderia participar de novas licitações.

53. 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.

54. 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.

55. 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.

56. 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.

57. 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.

58. 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

59. 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.

60. 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

Continuação do TC nº 013.391/2017-8

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.

61. 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.

62. 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.

63. 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.

64. 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.

65. 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.

66. 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.

67. 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.

68. 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.

69. 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.

Continuação do TC nº 013.391/2017-8

70. 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.

71. 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.

72. 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.

73. 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

74. 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.

75. 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.

76. 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.

77. 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.

78. 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*.

Continuação do TC nº 013.391/2017-8

79. Esses elementos caracterizam fortemente as licitações para implantação das unidades de instalações da Rnest, em relação às quais se encontra ainda a semelhança da circunstância de tempo.

80. 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.

81. 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.

82. 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.

83. 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.

84. 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.

85. 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).

86. 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

87. 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.

Continuação do TC nº 013.391/2017-8

88. 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).

89. 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.

90. 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.

91. 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.

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

93. 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.

94. 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.

95. 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

96. 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.

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

Continuação do TC nº 013.391/2017-8

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

e) para a exasperação da pena por continuidade delitativa, 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

98. 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.

99. 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.

100. 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.

101. 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.

102. 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.

Continuação do TC nº 013.391/2017-8

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.”

103. 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.

104. 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 premiaias a serem concedidas, conforme o caso.

105. 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.

106. 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 premiaias) 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.

107. 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 premiaias que estariam à disposição do Tribunal.

108. 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

Continuação do TC nº 013.391/2017-8

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

109. 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.

110. 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).

111. 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.

112. 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.

113. 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*)

114. 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.*

Continuação do TC nº 013.391/2017-8

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

115. 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).*

116. 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).

117. 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.

118. 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).*

119. 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.

120. 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.

121. 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.

122. 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;

Continuação do TC nº 013.391/2017-8

- 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**.

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

Súmula 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 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.”

124. 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.”

125. 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.

126. 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.)*

127. 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.

128. 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.

Continuação do TC nº 013.391/2017-8

Com efeito, entendo que não seria adequado 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.

129. 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 subjogado 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.”

130. 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

131. 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.

132. 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.

133. 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.

134. 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.

135. Sobre os efeitos e consequências da renúncia da solidariedade, o Enunciado nº 349, 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.”

Continuação do TC nº 013.391/2017-8

136. 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

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

138. 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.

139. 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.

140. 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.

141. 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

142. 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.

143. 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.

144. 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.

145. 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.

146. 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.

147. 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,

Continuação do TC nº 013.391/2017-8

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.

148. 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.

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

150. 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

151. 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.

152. 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.

153. 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.

154. 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

155. 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).

156. 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.

157. 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.

Continuação do TC nº 013.391/2017-8

158. 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.

159. 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.

160. 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.

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

162. 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	Vencedoras	Odebrecht	Odebrecht	Odebrecht	Camargo Corrêa	Queiroz Galvão
		Camargo Corrêa	OAS	OAS	CNEC	Iesa
		Queiroz Galvão				
		Galvão Engenharia				
	Proponentes	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	SOG		

163. Assim, considera-se que a empreiteira UTC Engenharia 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.

164. 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.

Continuação do TC nº 013.391/2017-8

165. 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.

166. Por coincidência matemática, este valor corresponde ao proposto pela unidade técnica, mas ressalto que os critérios são distintos.

167. 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
<i>Unidade de Coqueamento Retardado (UCR)</i>	<i>R\$ 3,41 bilhões</i>	<i>R\$ 3,88 bilhões</i>
<i>Unidades de Hidrotratamento de Diesel e de Nafta (UHDT) e Unidade de Geração de Hidrogênio (UGH)</i>	<i>R\$ 3,19 bilhões</i>	<i>R\$ 3,73 bilhões</i>
<i>Tubovias de Interligações</i>	<i>R\$ 2,69 bilhões</i>	<i>R\$ 3,56 bilhões</i>
<i>Unidade de Destilação Atmosférica (UDA)</i>	<i>R\$ 1,48 bilhão</i>	<i>R\$ 1,77 bilhão</i>
<i>Terraplenagem</i>	<i>R\$ 0,42 bilhão</i>	<i>R\$ 0,53 bilhão</i>
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
<i>Unidade de Coqueamento Retardado (UCR)</i>	<i>R\$ 673 milhões</i>	<i>Acórdão 1.990/2015 – Plenário</i>
<i>Unidades de Hidrotratamento de Diesel e de Nafta (UHDT) e Unidade de Geração de Hidrogênio (UGH)</i>	<i>R\$ 1.004 milhões</i>	<i>Acórdão 2.109/2016 – Plenário</i>
<i>Tubovias de Interligações</i>	<i>R\$ 682 milhões</i>	<i>Acórdão 2.428/2016 – Plenário</i>
<i>Unidade de Destilação Atmosférica (UDA)</i>	<i>R\$ 429 milhões</i>	<i>Acórdão 2.109/2016 – Plenário</i>
<i>Terraplenagem</i>	<i>R\$ 69,5 milhões</i>	<i>Acórdão 2.290/2013 – Plenário</i>
TOTAL:	R\$ 2,85 bilhões	

168. Cabe registrar o papel central na participação da empresa UTC Engenharia S.A. no esquema fraudulento acima referido, compondo o que era chamado de “CLUBE VIP”. Pelos elementos que constam dos autos, pode-se afirmar que a empresa teve papel de “coordenação do CLUBE”, fazendo interlocução com os agentes públicos e inclusive com cessão de seus escritórios em São Paulo para as reuniões do grupo delituoso (Termo de Colaboração do Sr. Augusto Ribeiro de Mendonça Neto, peça 34, p. 5).

Continuação do TC nº 013.391/2017-8

VIII – Considerações sobre o despacho do relator

169. Como já mencionado no início deste parecer, no despacho datado de 19/09/2017, Vossa Excelência solicitou a manifestação deste Ministério Público de Contas sobre a questão (peça 72), informando, relativamente à Empresa UTC Engenharia S.A., que:

a) em 18/01/2017, com fulcro no art. 85 da Lei nº 12.529/2011, firmou Termo de Compromisso de Cessação de Prática – TCC perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, mediante o qual, dentre outras medidas, comprometeu-se a contribuir com cerca de R\$ 129 milhões ao Fundo de Direito Difusos – FDD;

b) em 22/03/2017, foi declarada inidônea pelo prazo de cinco anos pelo TCU, conforme Acórdão nº 483/2017-Plenário, em razão de fraude à licitação da montagem eletromecânica da Usina de Angra 3;

c) em 10/07/2017, firmou acordo de leniência com o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU) e a Advocacia-Geral da União (AGU), com fulcro na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), mediante o qual a empresa comprometeu-se a pagar R\$ 574 milhões a título de multa, dano e enriquecimento ilícito;

d) em 17/07/2017, ingressou com pedido de recuperação judicial, distribuído à 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais – Fórum Central Civil de São Paulo.

170. Conforme descrito anteriormente, entendo que, caso a empresa venha a colaborar efetivamente para a apuração dos fatos e dos danos provocados ao erário, poderá o Tribunal reduzir em até 2/3 a pena de inidoneidade aplicada, sendo 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.

171. Entretanto, no que se refere ao Termo de Compromisso de Cessação de Prática – TCC perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, firmado em 18/01/2017, importante registrar a notícia de que em 25/04/2018 o Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) declarou o descumprimento integral do referido Termo de Compromisso de Cessação (TCCs) firmado pela UTC Engenharia no âmbito de investigações ligadas à Operação Lava Jato. Em consequência, a construtora voltará a responder aos processos administrativos e será multada em R\$ 200 mil em cada processo. (<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-declara-descumprimento-do-acordo-firmado-com-a-utc-engenharia-em-investigacoes-da-lava-jato>).

172. Quanto à assinatura de acordo de leniência entre a UTC Engenharia e o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU) e a Advocacia-Geral da União (AGU), com fulcro na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), em que se compromete a pagar R\$ 574 milhões a título de multa, dano e enriquecimento ilícito, ocorrida apenas sete dias depois de ter a empresa ingressado com pedido de recuperação judicial, distribuído à 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais – Fórum Central Civil de São Paulo, entendo que tal situação merece uma análise mais aprofundada por parte do Tribunal.

173. Com efeito, existem fortes indícios de quebra de confiança e da boa-fé objetiva entre as partes, ante a possibilidade de que tanto a CGU quanto a AGU não terem sido informadas acerca da intenção da empresa colaboradora em protocolar tal pedido de recuperação judicial. Caso confirmado, tal fato poderia caracterizar descumprimento do acordo firmado, gerando sua rescisão com as consequências certamente previstas nas cláusulas do acordo.

174. Entretanto, certamente todas essas questões serão analisadas detidamente no âmbito do TC nº 029.953/2017-0, que trata de Representação de equipe de inspeção diante da verificação de

Continuação do TC nº 013.391/2017-8

irregularidades relacionadas a acordo de leniência, identificadas durante inspeção no âmbito do processo de acompanhamento TC nº 011.144/2015-7, prevista na IN/TCU nº 74/2015.

175. Quanto à informação de que, em 22/03/2017, a Empresa UTC Engenharia S.A. foi declarada inidônea pelo prazo de cinco anos pelo TCU, conforme Acórdão nº 483/2017-Plenário, em razão de fraude à licitação da montagem eletromecânica da Usina de Angra 3, cumpre informar que os efeitos do mencionado acórdão se encontram suspensos ante a interposição de pedido de reexame pela Empresa UTC Engenharia.

176. Não obstante, entendo que a declaração de inidoneidade nos termos postos no Acórdão nº 483/2017-Plenário não tem repercussão no presente processo, tendo em vista que a sanção a ser aplicada terá como fundamento fraude diversa ocorrida em outra licitação.

177. Eventual limitação temporal da sanção de inidoneidade aplicada pelo TCU, com base no art. 46 da Lei nº 8.443/92, que está em discussão no Acórdão nº 348/2016-Plenário, com recurso pendente de apreciação, deve **repercutir apenas no cumprimento efetivo da pena imposta**. Ou seja, o Tribunal deve aplicar a pena e, **no seu cumprimento**, deve-se observar os limites fixados no Acórdão nº 348/2016-Plenário, seja na sua redação original, seja em eventual alteração em razão do recurso interposto.

IX – Conclusão

178. 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.

179. 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.

180. 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.

181. 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.

182. 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.

183. 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 UTC 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;

Continuação do TC nº 013.391/2017-8

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.

Ministério Público, em maio de 2018.

(Assinado eletronicamente)
PAULO SOARES BUGARIN
Subprocurador-Geral