

GRUPO I – CLASSE I – Plenário

TC 013.391/2017-8

Natureza: Pedido de Reexame (Representação).

Entidade: Petróleo Brasileiro S.A.

Recorrentes: UTC Engenharia S.A. (44.023.661/0001-08) e Ministério Público Junto ao TCU.

Representação legal: Paola Allak da Silva (142.389/OAB-RJ), Fernando Salles Xavier (65.895/OAB-RJ) e outros, representando Petróleo Brasileiro S.A.; Stela Gabrielle Guilherme (379.281/OAB-SP), Paulo Jose Ramalho Abe (299.412/OAB-SP) e outros, representando UTC Engenharia S.A.

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. PETROBRAS. FRAUDES LICITATÓRIAS NA IMPLANTAÇÃO DA REFINARIA ABREU E LIMA. PROCESSO APARTADO PARA INDIVIDUALIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DAS EMPRESAS ENVOLVIDAS. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REJEIÇÃO. PEDIDOS DE REEXAME. CONHECIMENTO. PROVAS EMPRESTADAS NÃO ORIUNDAS DOS ACORDOS COLABORATIVOS CELEBRADOS PELA EMPRESA. ACORDO DE LENIÊNCIA CONSIDERADO COMO CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE PARA FINS DE DOSIMETRIA DA SANÇÃO. AUSÊNCIA DE COLABORAÇÃO NOS PROCESSO DE CONTROLE EXTERNO. IMPOSSIBILIDADE DE AGRAVAMENTO DA SANÇÃO. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA REFORMA DO JULGADO. NEGATIVA DE PROVIMENTO.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de pedidos de reexame interpostos por UTC Engenharia S.A. (peças 121-127 e contrarrazões à peça 149) e pelo Ministério Público Junto ao TCU contra o Acórdão 1.527/2019-TCU-Plenário (peça 79), mantido pelo Acórdão 1.900/2019-TCU-Plenário (peça 106), por meio do qual este Tribunal, ao apreciar representação acerca de possíveis fraudes em licitações conduzidas pela Petrobras, relacionadas às obras de implementação da Refinaria Abreu e Lima, declarou a inidoneidade da empresa UTC Engenharia S.A. para participar, por um ano, de licitação na administração pública federal.

2. A deliberação recorrida, relatada pelo Ministro Benjamin Zymler, apresentou o seguinte teor:

“9.1. declarar, com fundamento no art. 46 da Lei 8.443/1992, a inidoneidade da empresa UTC Engenharia S.A. para participar, por um ano, de licitação na administração pública federal:

9.2. dar ciência deste acórdão:

9.2.1. à Secretaria de Logística e Tecnologia de Informação do Ministério da Economia para que, atendendo às recomendações exaradas no item 9.6 do Acórdão 1.986/2013-Plenário, possa proceder aos registros e às comunicações pertinentes;

9.2.2. à Controladoria-Geral da União para a inscrição da entidade indicada no item 9.1 deste acórdão no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS);

9.2.3 à Petróleo Brasileiro S.A., à UTC Engenharia S.A., ao Ministério Público Federal, à Força Tarefa da Operação Lava Jato em Curitiba e ao Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba.”

3. Admitido o processamento do recurso, porquanto preenchidos os requisitos previstos no art. 33 da Lei 8.443/1992, conferi efeito suspensivo aos itens 9.1, 9.2 e 9.2.2 do acórdão recorrido.

4. Instruído o presente feito, faço reproduzir, com os ajustes que julgo pertinentes, o exame técnico e o encaminhamento oferecidos pela Secretaria de Recursos deste Tribunal (peça 152), que contou com a anuência do corpo diretivo da unidade (peça 153 e 154) e do Ministério Público de Contas (peça 155):

“2. Estes autos foram apartados para análise da manifestação da empresa UTC Engenharia S.A., constituídos a partir de representação (TC 016.119/2016-9) dando conta de fraudes em licitações conduzidas pela Petrobras, relacionadas a obras de implantação da Refinaria Abreu e Lima em Ipojuca/PE, também denominada de Refinaria do Nordeste (Rnest).

3. Pautaram a abertura do corrente processo os resultados da ‘Operação Lava Jato’, os quais demonstraram a ocorrência de fraudes em licitações para contratação de obras, serviços e equipamentos para a implantação da Rnest, mediante ajuste prévio entre as licitantes e corrupção de ex-dirigentes da estatal. Essas constatações foram apontadas em diversas ações civis e penais.

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

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

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

6. Por meio do Acórdão 1.583/2016-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler (TC 016.119/2016-9), o Tribunal conheceu da representação e, entre outras providências, determinou a oitiva das empresas relacionadas com a possibilidade de serem declaradas inidôneas para participar, por até cinco anos, de licitações na administração pública federal.

7. Até 3/7/2019 (peça 80, p. 1-2), preliminarmente, com valores ainda sujeitos ao crivo do contraditório, foram apontados indícios de superfaturamento nos seguintes termos:

Contratos	Superfaturamento	Constatação	Responsáveis
Unidade de Coqueamento Retardado (UCR)	R\$ 907 milhões	Acórdão 2396/2018 Plenário	Camargo Corrêa e CNEC
Tubovias de Interligações	R\$ 682 milhões	Acórdão 2428/2016 Plenário	Queiroz Galvão e Iesa
Terraplenagem	R\$ 69,5 milhões	Acórdão 2735/2017 Plenário	Odebrecht, Camargo Corrêa, Queiroz Galvão e Galvão Engenharia

Total	R\$ 1,658 bilhões
-------	-------------------

8. Em relação aos seguintes contratos, já houve a imputação de débito aos responsáveis nos seguintes termos (até 3/7/2019):

Contratos	Superfaturamento	Constatação	Responsáveis
Unidades de Hidrotratamento de Diesel e de Nafta (UHDT) e Unidade de Geração de Hidrogênio (UGH)	R\$ 825 milhões	Acórdão 2677/2018 Plenário	Odebrecht e OAS
Unidade de Destilação Atmosférica (UDA)	R\$ 350 milhões	Acórdão 2677/2018 Plenário	Odebrecht e OAS
Total	R\$ 1,175 bilhões		

9. Quanto à declaração de inidoneidade das empresas, o TCU assim se manifestou:

Empresa	Inidoneidade	Acórdão	Processo
Toyo Setal Empreendimentos Ltda.	não	1706/2017-P	013.388/2017-7
MPE Montagens e Projetos Especiais S.A.	3 anos	300/2018-P	013.387/2017-0
Mendes Júnior Trading e Engenharia S.A.	3 anos	414/2018-P	013.386/2017-4
SOG Sistemas em Óleo e Gás S.A.	não	1214/2018-P	021.226/2017-2
Construtora Queiroz Galvão S.A.	5 anos	1221/2018-P	013.383/2017-5
Construtora OAS S.A.	5 anos	1744/2018-P	013.382/2017-9
Engevix Engenharia e Projetos S.A.	3 anos	2135/2018-P	013.384/2017-1
Iesa Óleo & Gás S/A	5 anos	2355/2018-P	013.385/2017-8
Construções e Comércio Camargo Correa S.A.	sobrestada (*)	2446/2018-P	036.335/2016-9
Galvão Engenharia	não	1083/2019-P	013.394/2017-7
Skanska Brasil Ltda.	1 ano	1256/2019-P	013.389/2017-3
Techint Engenharia e Construção S.A.	3 anos	2914/2019-P	013.390/2017-1

(*) sobrestamento até a comprovação do cumprimento dos acordos celebrados com o Cade e com o MPF. Consulta realizada em 27/4/2020 no e-tcu

10. As manifestações das seguintes empresas ainda não foram objeto de deliberação do TCU:

Empresa	Situação	Processo
Construtora Norberto Odebrecht S.A.	aguardando julgamento	036.660/2016-7
CR Almeida S.A. Engenharia de Obras	aguardando julgamento	023.253/2017-7
GDK S.A.	aguardando julgamento	013.392/2017-4
Promon Engenharia Ltda.	aguardando julgamento	013.393/2017-0
CM Construções e Serviços	aguardando instrução	023.250/2017-8
Construbase Engenharia Ltda.	aguardando instrução	023.252/2017-0
Construtora Andrade Gutierrez S.A.	aguardando instrução	003.299/2017-1
Estagon Engenharia S.A.	aguardando instrução	023.254/2017-3
CNEC Engenharia S.A.	aguardando instrução	023.256/2017-6

Consulta realizada em 27/4/2020 no e-tcu

11. Para configurar a responsabilidade da UTC Engenharia, o TCU utilizou-se, em grande medida, de provas e informações emprestadas de processos judiciais.

12. O conjunto probatório, formado por delações premiadas, acordos de leniência firmados junto ao Cade, acordos de cooperação firmados com empresas no âmbito judicial, documentação apreendida pela Polícia Federal e análises estatísticas, apontou a existência de um cartel formado por grandes empresas com vistas a eliminar a concorrência real em licitações de grandes obras de engenharia civil demandadas pela Petrobras (itens 20 a 31 da peça 80, p. 4-7).

13. A participação da UTC Engenharia no esquema fraudulento e o seu papel de proeminência na operação do cartel foram evidenciados: (a) na declaração da empresa SOG Óleo e Gás, signatária

do acordo de leniência junto ao Cade nº 01/2015 (peça 31, p. 25-26 e 38); (b) no termo de colaboração nº 1 de Augusto Ribeiro de Mendonça Neto, executivo da empresa Setal Engenharia e Construções (peça 34, p. 4-5 e 7); (c) no termo de colaboração premiada nº 5 de Pedro José Barusco Filho, ex-gerente de serviços da diretoria de serviços da Petrobras (peça 20, p. 2); (d) nos termos de transcrição de interrogatório na ação penal 5026212-82.2014.404.7000 de Paulo Roberto Costa, diretor de abastecimento da Petrobras (peça 30, p. 8), e de Alberto Youssef, operador financeiro do esquema (peça 30, p. 38); e (e) nas planilhas apreendidas pela Polícia Federal na sede da empresa Engevix (peça 35, p. 2-3, 5-7, 12-13, 21 e 23) (itens 32 a 36 da peça 80, p. 7-10).

14. O envolvimento da UTC em cada certame licitatório foi demonstrado nos seguintes documentos: acordo de leniência 01/2015, documento apreendido pela Polícia Federal nas instalações da Engevix, relatório da Petrobras, processo licitatório e termo de colaboração de Dalton dos Santos Avancini, diretor da Camargo Corrêa (itens 37 a 56 da peça 80, p. 10-13).

15. Com exceção da licitação referente às obras de terraplenagem da Refinaria do Nordeste, as demais licitações referentes às Unidades de Coqueamento Retardado (UCR), de Hidrotreatamento de Diesel e de Nafta (UHDT), de Geração de Hidrogênio, de Destilação Atmosférica (UDA) e de Tubovias de Interligações tiveram o rol de empresas convidadas restrito às empresas integrantes do cartel (item 34 da peça 80, p. 9).

16. A conduta anticompetitiva da UTC Engenharia consistiu na abstenção de oferecimento de propostas nas licitações da UHDT-UGH e das tubovias de interligações e na apresentação de proposta de cobertura (fictícia) nas licitações da UDA e UCR para dar azo ao funcionamento do cartel e à fraude licitatória (itens 46-56, 98 da peça 80, p. 11-13, 19).

17. Assim, o Tribunal declarou a inidoneidade da UTC para participar, por um ano, de licitação na administração pública federal, nos termos do Acórdão 1527/2019-TCU-Plenário (item 9.1 da peça 79, p. 1).

18. Os embargos declaratórios da UTC Engenharia (peças 98 a 102) foram rejeitados no Acórdão 1.900/2019-TCU-Plenário (peça 106), por não terem sido confirmadas as omissões, obscuridades e contradições alegadas.

19. Passa-se ao exame dos pedidos de reexame da UTC e do Ministério Público junto ao TCU (MPTCU) e das contrarrazões apresentadas pela UTC (peças 102 a 128 e 149).

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

20. O Ministro-relator Bruno Dantas admitiu os pedidos de reexame e suspendeu os efeitos dos itens 9.1, 9.2 e 9.2.2 do acórdão recorrido (peça 139).

EXAME DE MÉRITO

21. Constitui objeto desta análise definir se:

21.1. O acórdão recorrido pode ser fundamentado nas provas emprestadas pelo Juízo Federal.

21.2. O princípio da isonomia foi observado no trato com as empresas lenientes.

21.3. A sanção de inidoneidade se harmoniza com o acordo de leniência (CGU).

21.4. A empresa UTC efetivamente colaborou com as investigações do controle externo.

21.5. Há motivos para o sobrestamento da sanção de inidoneidade nesta fase recursal.

21.6. O risco de inviabilidade do acordo de leniência é capaz de alterar o acórdão recorrido.

21.7. A cumulação de sanções de declaração de inidoneidade está limitada a cinco anos.

21.8. A aplicação dos institutos penais, por analogia, pode agravar a pena aplicada pelo TCU.

Argumentos recursais da empresa UTC Engenharia S/A (peça 121)

Da alegada impossibilidade do uso de provas coligidas pela empresa colaboradora em seu desfavor

22. A empresa UTC Engenharia S/A sustenta que:

22.1. O TCU não pode declarar sua inidoneidade com base em provas compartilhadas, produzidas pela própria empresa, em seu desfavor, no acordo de leniência firmado com a Controladoria-Geral da União (CGU) e a Advocacia-Geral da União (AGU), homologado pelo Poder Judiciário (peça 121, p. 5-7).

22.2. O Juízo da 13ª Vara Criminal de Curitiba havia informado ao TCU que se o acordo de leniência celebrado com a CGU contivesse a previsão de isenção em relação à declaração de inidoneidade, a prova compartilhada não poderia ser utilizada naquela sanção contra a leniente. O Juízo assentou também a vedação do uso de provas emprestadas para sanção não prevista no acordo de leniência, assim como não fez qualquer distinção quanto à origem legal da sanção de inidoneidade (peça 121, p. 5-7).

22.3. A Nota Técnica 02/2018 da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal vedou o uso de provas contra colaboradores por órgãos não aderentes ao acordo celebrado (peça 121, p. 5).

22.4. O TCU interpretou equivocadamente a informação do Juízo Federal, no sentido de que o acordo de leniência somente protegeria a UTC da sanção prevista na Lei 8.666/1993, sem afastar a aplicabilidade da sanção prevista na Lei 8.443/1992 (peça 121, p. 6).

22.5. O descumprimento do acordo de leniência (cláusula 15.5.8) é a única hipótese para a declaração de inidoneidade da UTC, o que implica dizer que o TCU não pode declarar a inidoneidade da empresa leniente (peça 121, p. 7).

22.6. O TCU manteve no Acórdão 1900/2019-TCU-Plenário o entendimento de que apenas os acordos firmados com o Ministério Público Federal isentavam a declaração de inidoneidade pelo TCU (peça 121, p. 5).

Análise

23. O Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR assinalou os limites e condições para utilização de provas colhidas em processos de sua responsabilidade (itens 13 a 16 da peça 80, p. 3-4): (a) a necessária proteção do colaborador e da empresa leniente contra sanções excessivas de outros órgãos, de modo a evitar o desestímulo ao acordado para não prejudicar a obtenção de provas nos processos criminais; (b) a vedação à utilização dos elementos informativos e provas cujo compartilhamento foi anteriormente autorizado por este Juízo contra pessoas que celebraram acordo de colaboração com o Ministério Público no âmbito da assim denominada Operação Lava jato, bem como contra empresas que celebraram acordo de leniência; (c) a inapropriação de que os órgãos administrativos, que não aderiram aos acordos de colaboração ou leniência, pretendam servir-se das provas através deles colhidas contra os próprios colaboradores ou empresas lenientes. Isso não impede que as mesmas provas possam ser utilizadas contra terceiros ou que os órgãos administrativos busquem autorização específica para utilização da prova contra o colaborador ou empresa leniente. Também não impede que os órgãos administrativos realizem suas próprias investigações, sem utilização da prova compartilhada, contra os colaboradores e empresas lenientes; (d) está autorizado o uso das provas compartilhadas mesmo contra colaboradores ou empresas lenientes para o fim exclusivo de ressarcimento dos danos decorrentes do crime (não está autorizado o uso dessas provas para a imposição de multas e declaração de inidoneidade ou proibição de contratar); (e) as multas ou confiscos previstos e executados nos acordos de leniência e de colaboração devem ser considerados para amortização dos valores das indenizações, se maiores, apuradas contra os colaboradores ou lenientes; e (f) as provas compartilhadas não devem ser utilizadas para decretar a indisponibilidade de ativos dos colaboradores ou lenientes, pois medida dessa espécie poderá comprometer a solvência deles e, por conseguinte, prejudicar o cumprimento das obrigações indenizatórias previstas nos acordos celebrados com o Ministério Público Federal.

24. Em razão da situação peculiar da UTC, a qual não possui acordo de colaboração com o Ministério Público Federal e sim com a Controladoria-Geral da União, o Ministro-Relator do TC 016.991/2015-0 solicitou a manifestação do Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba, o qual

informou, em 19/3/2019, que ‘se o acordo celebrado pela UTC Engenharia S/A com a CGU e AGU contiver a previsão de isenção em relação a declaração de inidoneidade, a prova compartilhada por este juízo não poderá ser utilizada à manutenção dessa sanção contra a leniente’ (item 18 da peça 80, p. 4).

25. Diante da verificação da ausência de tal dispositivo no acordo de leniência, o Tribunal entendeu que não havia óbice à utilização das provas emprestadas para aplicar a sanção de inidoneidade à empresa UTC (item 19 da peça 80, p. 4). Oportuno esclarecer que o acordo de leniência (sigiloso) foi disponibilizado ao TCU em 1º/8/2017 (peça 66 do TC 011.144/2015-7).

26. Os argumentos recursais não merecem acolhimento pelos seguintes motivos:

26.1. O TCU não utilizou provas compartilhadas produzidas pela UTC, em seu desfavor, sejam extraídas do acordo de leniência firmado com a CGU, sejam advindas do acordo de colaboração firmado por Ricardo Ribeiro Pessoa, presidente da empresa à época dos fatos. Também não houve o uso de informações ou de documentos advindos do termo de compromisso de cessação de prática, assumido pela UTC perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) (item 35 da peça 80, p. 10).

26.2. No termo de compromisso firmado com o Cade (18/01/2017), a UTC, dentre outras medidas, havia se comprometido a contribuir com cerca de R\$ 129 milhões ao Fundo de Direito Difusos. Entretanto, em 25/04/2018, o Tribunal do Cade declarou o descumprimento integral do referido compromisso e, em consequência, a empresa voltaria a responder aos processos administrativos e seria multada em R\$ 200 mil em cada processo (www.cade.gov.br/noticias/cade-declara-descumprimento-do-acordo-firmado-com-a-utc-engenharia-em-investigacoes-da-lava-jato).

26.3. A participação da UTC no esquema fraudulento e o seu papel de proeminência na operação do cartel foram evidenciados nas provas compartilhadas pelo Juízo Federal contidas: (a) na declaração da empresa SOG Óleo e Gás, signatária do acordo de leniência junto ao Cade nº 01/2015 (peça 31, p. 25-26 e 38); (b) no termo de colaboração nº 1 de Augusto Ribeiro de Mendonça Neto, executivo da empresa Setal Engenharia e Construções (peça 34, p. 4-5 e 7); (c) no termo de colaboração premiada nº 5 de Pedro José Barusco Filho, ex-gerente de serviços da diretoria de serviços da Petrobras (peça 20, p. 2); (d) nos termos de transcrição de interrogatório na ação penal 5026212-82.2014.404.7000 de Paulo Roberto Costa, diretor de abastecimento da Petrobras (peça 30, p. 8), e de Alberto Youssef, operador financeiro do esquema (peça 30, p. 38); e (e) nas planilhas apreendidas pela Polícia Federal na sede da empresa Engevix (peça 35, p. 2-3, 5-7, 12-13, 21 e 23) (itens 32 a 36 da peça 80, p. 7-10).

26.4. O envolvimento da UTC em cada certame licitatório restou demonstrado nos seguintes documentos (itens 37 a 56 da peça 80, p. 10-13):

26.4.1. Unidade de Destilação Atmosférica (UDA): acordo de leniência nº 01/2015 (peça 31, p. 59-61), documento apreendido pela Polícia Federal nas instalações da Engevix (peça 28, p. 1-4), relatório da Petrobras (peças 16, p. 18-19) e processo licitatório (peças 12, 14 e 16 do TC 003.586/2011-1).

26.4.2. Tubovias de Interligações: acordo de leniência nº 01/2015 (peça 31, p. 59-61), documento apreendido pela Polícia Federal nas instalações da Engevix (peça 28, p. 1-4), relatório da Petrobras (peça 16, p. 20), processo licitatório (peça 14, p. 1-5 e 17; peça 15, p. 45 do TC 004.038/2011-8) e termo de colaboração de Dalton dos Santos Avancini, diretor da Camargo Corrêa (peça 19, p. 2).

26.4.3. Unidades de Hidrotratamento de Diesel e de Nafta (UHDT) e de Geração de Hidrogênio (UGH): acordo de leniência nº 01/2015 (peça 31, p. 1 e 59-61), documento apreendido pela Polícia Federal nas instalações da Engevix (peça 28, p. 1-4), relatório da Petrobras (peça 16, p. 19-20), processo licitatório (peça 8, p. 16; peças 11 e 12 do TC 004.040/2011-2).

26.4.4. Unidades de Coqueamento Retardado (UCR): acordo de leniência 01/2015 (peça 31, p. 59-61), documento apreendido pela Polícia Federal nas instalações da Engevix (peça 28, p. 1-4), processo licitatório (peças 9, 11 e 12 do TC 004.025/2011-3), relatório da Petrobras (peças 16, p.

18) e termo de colaboração de Dalton dos Santos Avancini, diretor da Camargo Corrêa (peça 19, p. 2).

26.5. 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 para cada unidade e as Tubovias de Interligações tiveram três certames fraudados. A UTC foi convidada a participar das licitações da UCR, UDA, UHDT-UGH e Tubovias, ou seja, do conjunto de nove licitações, já considerando as repetições, a UTC participou como proponente nas licitações da UDA e UCR (quatro vezes) e como convidada nas licitações das UHDT-UGH e Tubovias (cinco vezes), seguindo o acerto fraudulento demonstrado nos autos (item 163 da peça 73, p. 22).

26.6. Tais elementos de prova demonstram o envolvimento da empresa UTC na prática de ajuste de preços, combinação de preços, quebra de sigilo das propostas, divisão de mercado, oferta de propostas de cobertura para justificar o menor preço ofertado, combinação prévia de resultados e consequente direcionamento das licitações e ausência de formulação de proposta para beneficiar a empresa escolhida pelo cartel.

26.7. Como se vê, a imputação promovida no presente feito não utilizou provas ou informações da empresa UTC retiradas dos compromissos firmados pela empresa com os demais órgãos do estado. Assim, não há que se falar na quebra à confiança depositada nos aludidos instrumentos e nos órgãos signatários.

26.8. O uso das provas emprestadas do acordo de leniência nº 01/2015 (celebrado entre o Cade, o MPF, a Setal e a SOG e tornado público pelos referidos órgãos) ampara-se na cláusula décima quinta do termo do aludido ajuste (vide itens 39 e 40 do voto condutor do Acórdão 2446/2018-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler).

26.9. O Juízo Federal não vedou a sanção da empresa UTC, apenas deixou claro que se o acordo de leniência tivesse a previsão de isenção dessa pena, a prova compartilhada não poderia ser utilizada.

26.10. Segundo o voto do Ministro Benjamin Zymler, que conduziu a decisão recorrida (item 19 da peça 80, p. 4), o acordo de leniência firmado (CGU) não contemplou a isenção em relação à declaração de inidoneidade da empresa, mas sim preservou todas as atribuições constitucionais do TCU, o que permitiu a aplicação dessa sanção à empresa nestes autos.

26.11. Note-se que havia a possibilidade da isenção da penalidade, caso o acordo de leniência a permitisse, o que não ocorreu neste caso. Assim, não procede a alegação de que somente os acordos firmados com o Ministério Público Federal isentam a sanção de inidoneidade.

26.12. A penalidade prevista na cláusula 15.5.8 do acordo de leniência firmado com a CGU, por si só, não afasta a competência e a autonomia do TCU e nem o impede de exercer seu poder sancionatório.

26.13. A Nota Técnica 02/2018 da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, assim como o Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR, deixaram assente a vedação do uso de provas emprestadas contra empresa colaboradora por órgão não aderente ao acordo celebrado. Ocorre que tal entendimento não se aplica ao presente feito, visto que as provas emprestadas não são originárias do acordo de leniência ou do acordo de colaboração premiada firmado por Ricardo Ribeiro Pessoa com a Procuradoria Geral da República.

26.14. A aplicabilidade da sanção prevista no art. 46 da Lei 8.443/1992 restou consignada no excerto do voto condutor do acórdão recorrido (peça 80, p. 17-18):

‘88. Preliminarmente, registro entender que não se afigura lícita a subordinação do Tribunal de Contas da União aos acordos de leniência celebrados em outras instâncias, pois disso resultaria a supressão do exercício do controle externo a cargo do TCU, de índole constitucional. Dessa forma, os órgãos legitimados a celebrar acordos de leniência e de colaboração premiada somente podem oferecer como contrapartida a redução ou mitigação das sanções de sua respectiva competência, não podendo, portanto, dispor sobre o poder sancionatório do TCU.

89. Em outras palavras, a assinatura de acordos de colaboração premiada e de leniência não implica qualquer restrição à atividade de controle externo, que é livre para exercer a sua competência fiscalizatória, colher provas e aplicar as sanções estabelecidas nas leis de regência, além de imputar débitos, independentemente da atuação de outros órgãos de controle.’

26.15. Quanto às sanções previstas nas Leis 8.666/1993 e 8.443/1992, é de se esclarecer que, embora ambas possuam natureza administrativa, as competências e os fundamentos fáticos pertinentes a cada uma são distintos. A penalidade aplicada pela CGU refere-se a inadimplemento contratual (art. 87, IV, da Lei 8.666/1993), enquanto que a declaração de inidoneidade, de competência do TCU, decorre da fraude ao certame licitatório (art. 46 da Lei 8.443/1992). Tal entendimento encontra-se assentado nos Acórdãos 2638/2019 e 2453/2019, ambos do Plenário, de relatoria do Ministro Bruno Dantas.

26.16. O voto condutor do Acórdão 580/2019-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues, destacou a diferença entre as sanções previstas nas Leis 8.443/1992 e 8.666/1993 (TC 016.991/2015-0):

‘Em consulta ao acordo de leniência firmado entre UTC e CGU/AGU, que consta do processo TC 029.953/2017-0 (sigiloso), **verifiquei cláusula que preserva todas as atribuições constitucionais do TCU**, isenção quanto à sanção de inidoneidade prevista no artigo 87 da Lei 8.666/1993, e o reconhecimento, pelas instituições celebrantes, de que não existem motivos para manutenção de impedimentos para as colaboradoras participarem de procedimentos licitatórios, quanto ao disposto na Lei 8.429/1992 e na Lei 12.846/2013. **Disso decorre que não há impedimento para aplicação pelo Tribunal de Contas da União da sanção de inidoneidade, com fundamento no artigo 46 da Lei 8.443/1992. Esclareço que a sanção de inidoneidade prevista no artigo 87 da Lei 8.666/1993 é diversa, quantitativa e qualitativamente da sanção de inidoneidade, estabelecida pela Lei Orgânica do TCU, com diversos fundamentos.**’ (destaque acrescido)

26.17. A proibição de contratar com o Poder Público prevista na Lei 8.429/1992 (art. 12, incisos I, II e III) decorre de sanção judicial por prática de ato de improbidade administrativa que tenha causado prejuízo ao erário.

26.18. Conclui-se, assim, que a aplicação da pena de declaração de inidoneidade da empresa UTC, de competência constitucional do controle externo (art. 46 da Lei 8.443/1992), tem contorno de incidência distinto daquelas sanções aplicadas pelo controle interno (87 da Lei 8.666/1993) e pelo Poder Judiciário (art. 12 da Lei 8.429/1992).

27. Desse modo, não há como acolher as razões apresentadas.

Do alegado tratamento não isonômico conferido à empresa UTC em relação a outras lenientes

28. A recorrente afirma que:

28.1. A decisão recorrida violou o princípio da isonomia ao desconsiderar a situação idêntica da empresa UTC com outras lenientes, pois, dentre as empresas que possuíam acordos colaborativos com a União (UTC, Camargo Corrêa, Andrade Gutierrez e Odebrecht), a recorrente foi a única declarada inidônea, sem razões de natureza legal, jurídica ou fática (peça 121, p. 8-9).

28.2. O Acórdão 1900/2019-TCU-Plenário apontou a inexistência de discriminação, tendo em vista que considerou o acordo de leniência para fins de redução do prazo da sanção aplicada à UTC. Ainda que se adote esse raciocínio, persiste a discriminação porque as demais empresas lenientes não tiveram mera redução de prazo da sanção, mas o sobrestamento completo, nos termos dispostos no Acórdão 483/2017-TCU-Plenário (peça 121, p. 8, 9).

28.3. Todos os elementos de provas oriundos do acordo de colaboração premiada de Ricardo Pessoa, presidente da UTC à época dos fatos, integram e fundamentam o acordo de leniência firmado com a CGU, fazendo-se necessário tratar, de forma isonômica, a empresa UTC em relação às outras empresas, cujos acordos de leniência, independentemente de estes terem sido utilizados

ou não para embasar as conclusões do TCU, foram considerados para a suspensão da pena de inidoneidade (peça 121, p. 18-19).

28.4. O TCU estendeu os efeitos da decisão liminar exarada pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do MS 35435/DF, impetrado pela Andrade Gutierrez (peça 99), às outras empresas colaboradoras, mas deixou de estendê-los à UTC no âmbito do TC 016.991/2015-0 (peça 121, p. 10 e 17).

28.5. O Tribunal Regional Federal da 4ª região, responsável pela homologação dos acordos no âmbito das ações cíveis por ato de improbidade administrativa, determinou que o acordo de leniência firmado pela Odebrecht com o Ministério Público Federal não era apto a ser homologado por falta de previsão legal, já que a Lei 12.846/2013 prevê a competência da CGU. Em razão disso, aquele Juízo homologou o acordo somente após a ratificação da CGU. Com esteio nessa decisão, o TCU deveria privilegiar os acordos firmados com a CGU de igual modo àqueles firmados com o Ministério Público Federal (peça 121, p. 9-10).

28.6. Os acordos de leniência celebrados pelo MPF e CGU são igualmente válidos, sendo que a competência desta última consta no art. 16, § 10, da Lei 12.846/2013. Não há razões jurídicas que autorizem a que os lenientes que firmaram acordos com o MPF sejam blindados para outras sanções, em detrimento dos lenientes que firmaram acordo com a AGU (peça 121, p. 10, 19).

Análise

29. A questão da isonomia refere-se ao tratamento concedido às empresas que firmaram acordo colaborativo com a União. Enquanto a empresa UTC, que celebrou acordo de leniência com a CGU, fora declarada inidônea no Acórdão 1.527/2019-TCU-Plenário (Min. Benjamin Zymler,) e no Acórdão 483/2017-TCU-Plenário (Min. Bruno Dantas), as empresas Camargo Corrêa, Andrade Gutierrez e Odebrecht, que firmaram acordo de leniência com o MPF, tiveram a apreciação de suas responsabilidades sobrestada no Acórdão 483/2017-TCU-Plenário.

30. Os itens 9.2, 9.3 e 9.4 do Acórdão 483/2017-TCU-Plenário (TC 016.991/2015-0) deixaram claro que o sobrestamento da aplicação da sanção de inidoneidade foi concedido somente às empresas que já haviam firmado acordos colaborativos naquela ocasião (Camargo Corrêa, Andrade Gutierrez e Odebrecht), desde que fossem incluídos, nos ajustes celebrados, compromissos de colaboração com o controle externo.

31. O MPTCU assim se pronunciou acerca do sobrestamento (item 104 da peça 73, p. 15):

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

32. O voto do condutor do Acórdão 483/2017-TCU-Plenário (Min. Bruno Dantas) estabeleceu como condição para suspensão da inidoneidade, além da celebração de acordo de leniência, a efetiva colaboração com as investigações a cargo do controle externo, nos seguintes termos:

‘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.

[...]

91. Nesse caso, a título de contraprestação espera-se que a empresa assuma compromisso junto ao Ministério Público Federal no sentido de não obstar o exercício das funções do Tribunal e o desenvolvimento do processo de controle externo, admitindo adotar postura cooperativa, como por exemplo: a) admitir sua participação nas irregularidades e apresentar a documentação fiscal e contábil que lhe seja requerida com a finalidade de estimar, com segurança e fidedignidade, os valores desviados; b) não recorrer, no âmbito do processo de controle externo, das decisões que vierem a ser proferidas e que tenham relação com o empreendimento de Angra 3; c) feitas as apurações, recolher sua quota-parte no débito solidário a partir da decisão que o determinar, respeitada sua capacidade real de pagamento, conforme explicitado alhures.

92. Tratar-se-ia, basicamente, de um aditivo, ou recall, aos acordos de leniência já firmados, abordando essas questões.

93. Dessa forma, as sanções premiais concedidas às empresas – de suspensão da aplicação da penalidade e eventuais benefícios na cobrança do débito – poderão se reverter na recuperação de valores subtraídos do erário, especialmente nos casos em que há dificuldade de se calcular o débito correspondente (como os contratos de eletromecânica, por exemplo).’

33. O acordo de leniência da UTC com a CGU (10/7/2017) foi firmado em data posterior ao Acórdão 483/2017-TCU-Plenário (22/3/2017). De pronto, resta evidente que a UTC não guardava a mesma situação jurídica daquelas empresas que já haviam firmado acordo de leniência com o MPF antes do referido acórdão.

34. Quanto à decisão liminar exarada pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do MS 35435/DF (peça 99), observa-se que o TCU não poderia estender os seus efeitos a outras empresas, visto que o Relator daquela decisão, Ministro Gilmar Mendes, suspendeu a aplicação da pena de inidoneidade no âmbito da TC 016.991/2015-0, somente em relação à impetrante do mandado de segurança (Andrade Gutierrez).

35. Ao contrário do que alega a recorrente à peça 121, p. 17, o Ministro Bruno Dantas não reconheceu a extensão dos efeitos da decisão liminar às outras empresas (suspensão da sanção). Na sua declaração de voto foi ressaltado que a liminar deixava o processo sem julgamento, visto que as empresas lenientes não haviam colaborado efetivamente com as apurações do TCU e que, na prática, a única sanção que poderia ser aplicada ao caso concreto (à Andrade Gutierrez) teve sua aplicabilidade suspensa pelo STF (item 16 da peça 737, p. 2 do TC 016.991/2015-0).

36. Oportuno registrar que a sanção de inidoneidade aplicada à UTC por fraude à licitação na Usina de Angra 3 (Acórdão 483/2017-TCU-Plenário) transitou em julgado em 25/04/2019. Entretanto, a sanção foi suspensa cautelarmente por decisão do Ministro Gilmar Mendes do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do MS 36.496/DF (peça 868 do TC 016.991/2015-0). Tal fato não têm repercussão no presente processo porquanto envolve outra fraude licitatória.

37. De volta aos presentes autos, observa-se que o acordo de leniência firmado com a CGU (10/7/2017) fora celebrado em momento anterior ao Acórdão 1.527/2019-TCU-Plenário (3/7/2019).

38. Ocorre que sete dias após a formalização do acordo de leniência (17/7/2017), a UTC ingressou com pedido de recuperação judicial, distribuído à 2.^a Vara de Falências e Recuperações Judiciais no Fórum Central Civil de São Paulo (peça 72), fato que pode caracterizar o descumprimento do acordo de leniência.

39. A possibilidade de a CGU e a AGU não terem sido informadas da intenção da empresa colaboradora em protocolar tal pedido de recuperação judicial pode representar indício de quebra de confiança e da boa-fé objetiva entre as partes celebrantes do acordo de leniência, conforme ressaltou o Ministério Público/TCU no item 173 da peça 73, p. 24.

40. Esses fatos encontram-se em apuração no TC 029.953/2017-0 (sigiloso), que trata da representação de equipe de inspeção diante da verificação de irregularidades relacionadas a acordo de leniência, identificadas durante inspeção no âmbito do processo de acompanhamento TC

011.144/2015-7, conforme informou a Secretaria Extraordinária de Operações Especiais em Infraestrutura à peça 7, p. 2 do TC 020.921/2017-9 (apenso ao TC 029.953/2017-0):

‘9. De modo a verificar a legalidade, a legitimidade e a economicidade do acordo celebrado, a SeinfraOperações realizou inspeção no Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU) no âmbito de processo de acompanhamento TC 011.144/2015-7, que resultou em representação de equipe de auditoria, TC 029.953/2017-0, com base nos artigos 237, inciso V e 246, caput, do Regimento Interno do TCU (RITCU), combinado com o artigo 86, inciso II da LOTCU, diante da verificação de irregularidade grave praticada conjuntamente pela UTC Engenharia S.A., Constran S.A. e UTC Participações S.A. relativa à quebra da base objetiva do acordo de leniência (peça 1) firmado com a Controladoria-Geral da União (CGU) e com a Advocacia-Geral da União (AGU), em que se omitiu a intenção de realizar pedido de recuperação judicial, resultando na inviabilidade do cumprimento do acordo logo após a sua assinatura, mantendo-se, ainda, indevidamente, seus benefícios.’

41. Em consulta realizada ao e-TCU em 24/5/2020, verificou-se que esse processo foi incluído na pauta da sessão telepresencial do Plenário, prevista para o dia 27/05/2020.

42. O indício do descumprimento do acordo de leniência demonstra que a situação jurídica da UTC, por ocasião do acórdão recorrido, era distinta das empresas lenientes que tiveram a análise de sua responsabilidade suspensa no Acórdão 483/2017-TCU-Plenário.

43. Não há elementos de prova de que este Tribunal tenha blindado de sanções as lenientes que firmaram acordos com o MPF ou que tenha desconsiderado o acordo de leniência firmado com a CGU. São igualmente válidos os acordos celebrados com o MPF e com a CGU, sendo que aqueles firmados com o MPF devem ser ratificados pela CGU, em razão da competência disposta no art. 16, § 10, da Lei 12.846/2013.

44. Evidencia-se, assim, que a situação jurídica da empresa UTC, tanto no TC 016.991/2015-0, quanto nestes autos, não era idêntica àquela apresentada pelas empresas Camargo Corrêa, Andrade Gutierrez e Odebrecht no Acórdão 483/2017-TCU-Plenário.

45. Desta feita, não há como acolher as razões apresentadas.

Da alegada falta de harmonização entre a decisão do TCU e o acordo de leniência

46. A recorrente alega que:

46.1. É imprescindível que as entidades do aparato estatal atuem de forma consonante, de modo a possibilitar o efetivo cumprimento do acordo de leniência e garantir a segurança jurídica e a proteção da confiança dos administrados (peça 121, p. 11-13).

46.2. O acordo de leniência deve ser entendido em sua feição global, a todos os órgãos da Administração Pública Federal, inclusive para aplicação da sanção de mesma natureza jurídica, prevista nas Leis 8.443/1992, 8.666/1993 e 8.429/1992 (peça 121, p. 11).

46.3. O acordo de leniência veda a aplicação de penalidades não avençadas, no âmbito civil e administrativo (peça 121, p. 16).

46.4. Os órgãos da Administração Pública (que é una) não podem adotar soluções jurídicas diversas (dupla punição) para a resolução do mesmo problema, ou seja, não admite que o TCU penalize a UTC apoiado em fatos já tratados no acordo de leniência, o que frustra o instituto preconizado pela Lei 12.846/2013 (peça 121, p. 13-14, 16).

46.5. O Estudo Técnico 01/2017 do Ministério Público Federal explicita que o acordo de leniência veda a possibilidade de penalização, quando se tratar dos mesmos fatos e de sanções idênticas ou similares (peça 121, p. 16-17).

46.6. A decisão liminar do STF no MS 35435/DF protegeu o instituto do acordo colaborativo e não fez distinção entre os acordos firmados com o MPF e a CGU, sendo que a discriminação do TCU

em relação à UTC reflete manifesta incompatibilidade com a referida decisão judicial e com a lógica de consensualidade estabelecida pelas Leis 12.529/2011 e 12.846/2013 (peça 121, p. 18).

46.7. As decisões liminares do STF proferidas nos MS 35435/DF e MS 36.496/DF impediram cautelarmente a sanção de inidoneidade das empresas Andrade Gutierrez e UTC no âmbito do TC 016.991/2015-0, porquanto tal penalidade poderia inviabilizar suas atividades empresariais (peça 121, p. 12-14, 17).

46.8. A aplicação de sanção de inidoneidade pelo TCU não se harmoniza com o acordo de leniência firmado com a CGU, podendo inviabilizar o exercício das atividades empresariais da UTC e obrigá-la a descumprir os termos do acordo colaborativo (peça 121, p. 11, 12).

Análise

47. De fato, é imprescindível e desejável a atuação coerente e uniforme dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, a fim de garantir a segurança jurídica e a proteção da confiança dos administrados.

48. A colaboração da UTC junto à CGU no acordo de leniência foi considerada como atenuante pelo Tribunal na análise da conduta da empresa, o que sinaliza o compromisso de uniformidade e coerência com a atuação estatal como um todo, valorizando-se as importantes contribuições do agente infrator em outras instâncias de apuração (itens 92-96 da peça 80, p. 18).

49. Todavia, não há que se falar em desarmonia entre a sanção aplicada pelo TCU e o acordo de leniência pelos seguintes motivos.

50. Primeiro, porque o acordo de leniência não foi útil à elucidação dos ilícitos apurados neste processo de controle externo. Caso contrário, o TCU poderia recuar no exercício de seu poder sancionatório e reputar como suficiente a sanção imputada pela CGU, numa atitude de deferência ao acordo e de respeito ao microsistema de combate à corrupção e de defesa da probidade administrativa.

51. Segundo, porque o Tribunal de Contas da União não está subordinado aos acordos de leniência celebrados em outras instâncias. Além disso, não houve um compromisso exposto de comunicabilidade de instância que fizesse este Tribunal aderir aos termos do acordo de leniência firmado com a CGU. Do contrário, os termos do acordo de leniência não afastaram as competências constitucionais do TCU, assim como não impuseram qualquer restrição ao seu poder sancionatório (item 19 da peça 80, p. 4).

52. Terceiro, porque as sanções previstas nas Leis 8.443/1992, 8.666/1993 e 8.429/1992 não possuem a mesma competência, natureza jurídica e fundamento fático, como demonstrado nos itens 26.15 a 26.18 desta instrução. Assim, não há que se falar em violação ao princípio do non bis in idem ou na ocorrência da dupla punição por um mesmo fato.

53. Oportuno destacar que inexistente comprovação de que a sanção aplicada à UTC inviabiliza suas atividades empresariais, de modo a obrigá-la a descumprir os termos do acordo de leniência. A legalidade, a legitimidade e a economicidade do referido acordo, bem como as circunstâncias do pedido de recuperação judicial da empresa, são objeto de apuração do TC 029.953/2017-0, mencionado nos itens 38 a 41 desta instrução.

54. Rememora-se que a empresa UTC já havia descumprido o termo de compromisso firmado com o Cade em 18/01/2017 (item 26.2 desta instrução) e que não houve distinção entre os acordos de leniência firmados com o MPF e a CGU (item 43 desta instrução).

55. Desse modo, não há como acolher as razões apresentadas.

Da alegada colaboração da UTC com este processo de controle externo

56. A empresa UTC afirma ter efetivamente colaborado à elucidação dos ilícitos investigados pelo TCU (peça 121, p. 19). Para tanto, alega que:

56.1. A existência deste processo decorre principalmente das declarações feitas por Ricardo Pessoa na colaboração premiada celebrada com a Procuradoria Geral da República (peça 121, p. 19-20).

- 56.2. Os acordos firmados com o Cade, CGU e PGR têm o escopo de colaborar com as investigações dos fatos objeto do presente feito (peça 121, p. 20, 22).
- 56.3. A empresa UTC adotou uma postura colaborativa e jamais negou os ilícitos apurados nestes autos especialmente porque, à época, já existia acordo colaborativo envolvendo os fatos ora examinados (peça 121, p. 10).
- 56.4. A UTC nunca negou os fatos ilícitos apurados no presente processo, como se observa no item 21 do voto condutor do acórdão recorrido à peça 80, p. 4-5 (peça 121, p. 20).
- 56.5. A efetividade da contribuição de Ricardo Pessoa, reconhecida pelo Juízo Federal na ação penal 5027422-37.2015.4.04.7000-PR, deve ser considerada na avaliação da responsabilidade da empresa (peça 121, p. 21).
- 56.6. O TCU pode deixar de sancionar a empresa, cujo sócio contribuiu para a efetiva elucidação dos ilícitos apurados no âmbito da Operação Lava Jato, conforme o voto proferido pelo Ministro André Luís de Carvalho no Acórdão 1.583/2016-TCU-Plenário (peça 121, p. 21).
- 56.7. Não há razão para dissociar o acordo colaborativo de Ricardo Pessoa do acordo de leniência da empresa UTC (peça 121, p. 22).
- 56.8. Não se mostra verdadeira a afirmação de que a 'UTC não detenha a condição de colaboradora perante o Poder Judiciário', dado que a empresa vem sendo excluída das ações civis por ato de improbidade e que Ricardo Pessoa vem sendo indicado como testemunha da União para a elucidação de fatos em processos judiciais (peça 121, p. 22).
- 56.9. Inexiste a previsão de colaboração com o TCU nas Leis 8.443/1992 e 12.846/2013, devendo o Tribunal valer-se dos acordos de leniência firmados com o MPF e a CGU (peça 121, p. 22-23).

Análise

57. A colaboração com a CGU (acordo de leniência) e a colaboração de Ricardo Pessoa com a Procuradoria Geral da República (colaboração premiada) foram reconhecidas pelo Tribunal como atenuantes da conduta da empresa e consideradas na dosimetria da pena, visto que a situação da UTC se apresentava distinta das empresas não colaboradoras e cujos dirigentes também não o foram (itens 84, 85 e 95 da peça 80, p. 17-18).
58. Ocorre que, ao contrário do alegado, a UTC não reconheceu nestes autos sua conduta irregular e nem colaborou com as investigações do controle externo, como se observa no teor de sua manifestação à peça 57 e nos itens 40 a 82 e 111 da análise da unidade técnica (peça 66, p. 8-17, 24). Os ilícitos não confessados nos autos não podem ser objeto de benefícios, pois o Tribunal arcou com as dificuldades da análise e conclusão sobre a irregularidade apurada, enfrentando todos os questionamentos e resistência por parte da UTC.
59. Evidente que esse tipo de conduta não é compatível com uma postura de colaborador, não devendo, assim, merecer por parte deste Tribunal a concessão de benefício, ressalvada a colaboração realizada em outras instâncias, que fora considerada como atenuante na dosimetria da pena. É esperado que o colaborador aja cooperativamente com todas as instâncias da Administração Pública e a mera celebração de um acordo com um órgão estatal não lhe confere a condição de colaborador universal.
60. A verificação da responsabilidade da UTC nas fraudes licitatórias da Refinaria do Nordeste (itens 26.1 a 26.8 desta instrução) não se apoiou nas provas e informações apresentadas pela empresa UTC e Ricardo Pessoa nos compromissos firmados com a CGU, Cade e PGR. Assim, tais cooperações não foram úteis à instrução deste processo. A alegação de que os elementos de prova da colaboração premiada de Ricardo Pessoa integraram o acordo de leniência da UTC não evidencia eventual colaboração com este processo de controle externo.
61. A postura colaborativa da recorrente nestes autos não pode ser comprovada ao se alegar que: (a) a existência deste processo decorre das declarações contidas na colaboração premiada de Ricardo Pessoa; (b) os acordos firmados com o Cade, a CGU e a PGR têm o escopo de colaborar com as investigações dos fatos objeto do presente feito; (c) a efetividade da contribuição de

Ricardo Pessoa foi reconhecida pelo Juízo Federal na ação penal 5027422-37.2015.4.04.7000-PR; (d) o sócio da empresa contribuiu para a elucidação dos ilícitos apurados na Operação Lava Jato; (e) não há razão para dissociar o acordo de colaboração premiada do acordo de leniência; (f) a UTC e Ricardo Pessoa atuam como colaboradores do Poder Judiciário; e (g) inexistente previsão legal de colaboração com o TCU.

62. Cabe esclarecer que a falta de previsão legal de instrumento de colaboração com o TCU não foi empecilho para que a recorrente pudesse adotar uma postura colaborativa nestes autos. À recorrente foi concedida a oportunidade de reconhecer sua conduta irregular, por meio de oitiva, o que não se concretizou, conforme o teor de sua manifestação contido à peça 57.

63. Desta feita, não há como acolher as razões apresentadas.

Da alegada necessidade de sobrestamento da sanção de inidoneidade aplicada à empresa UTC

64. A recorrente alega a necessidade de sobrestamento do processo, em observância aos princípios da razoabilidade, da finalidade da medida e da duração razoável do processo. Para tanto, afirma que:

64.1. A UTC passou três anos suspensa de contratar com a Petrobrás (sanção administrativa), o que, na prática, representou vedação completa de mercado à recorrente, que por pouco não viu o fim em sua trajetória. A sanção foi devidamente cumprida e, no momento, a recorrente encontra-se em processo de soerguimento (peça 121, p. 23-24).

64.2. Não há óbice a que o TCU, diante do princípio da verdade material, avalie a sanção imposta pela Petrobrás, desconhecida até o acórdão condenatório (peça 121, p. 24).

64.3. A aplicação de sanção pelo TCU não se mostra proporcional à colaboração prestada pelos seus controladores às diversas autoridades, bem como viola a duração razoável do processo, frente aos quase seis anos transcorridos desde a deflagração da Operação Lava Jato, o que representa real risco de perecimento da empresa, do descumprimento do acordo de leniência e até do plano de recuperação da empresa judicialmente homologado (peça 121, p. 24-25).

64.4. Não havia impedimento ao avanço deste processo, visto que o TCU dispunha dos documentos do Cade, das colaborações premiadas e dos acordos de leniência. Entre a instauração do processo (Acórdão 3089/2015-TCU-Plenário de 2/12/2015) e a condenação da recorrente (3/7/2019) passaram-se quatro anos, sendo dois para intimá-la, e, ao longo desse tempo, a empresa foi suspensa de contratar com a Petrobras e sofreu grandes perdas patrimoniais (peça 121, p. 25).

Análise

65. A empresa UTC foi temporariamente impedida de ser contratada e de participar de licitações da Petrobras em 29/12/2014 de acordo a decisão da diretoria executiva da estatal (peça 101).

66. A adoção dessa medida cautelar, em caráter preventivo, teve por finalidade resguardar a Petrobras e suas parceiras de danos de difícil reparação financeira e de prejuízos à sua imagem.

67. Em 19/1/2018, a Petrobras informou o cancelamento dessa medida cautelar, em razão do reconhecimento no acordo de leniência, firmado entre a UTC e a CGU, de que inexistiam motivos para a sua manutenção (peça 102).

68. Segundo tais informações, a medida cautelar aplicada pela Petrobras (29/12/2014) foi considerada na celebração do acordo de leniência (17/7/2017).

69. Observa-se que, ao examinar os embargos de declaração manobrados pela UTC (peça 98), o Ministro Benjamin Zymler, no voto condutor do Acórdão 1900/2019-TCU-Plenário (itens 40 a 42 da peça 107, p. 6-7 e item 73 da peça 80, p. 15-16), deixou assente que este Tribunal não se vincula à sanção aplicada pela administração ativa e que a finalidade preventiva da sanção aplicada pela Petrobras (controle interno) é diversa daquela da sanção imposta pelo TCU (controle externo). Desse modo, entende-se que o cumprimento da sanção preventiva aplicada pela Petrobras não tem repercussão no acórdão ora recorrido.

70. Não procede a alegação de falta de proporcionalidade e razoabilidade da sanção aplicada pelo TCU em relação à colaboração prestada pelos controladores da UTC a diversas autoridades, pois a colaboração com a CGU (acordo de leniência) e a colaboração premiada de Ricardo Pessoa com a PGR (colaboração premiada) foram reconhecidas pelo Tribunal como atenuantes da conduta da empresa e consideradas na dosimetria da pena (itens 84, 85 e 95 da peça 80, p. 17-18).

71. Quanto à questão da duração do processo, tem-se a seguinte cronologia dos fatos:

71.1. No dia 17 de março de 2014, veio a público a denominada Operação Lava Jato, dando conta de formação de cartel entre as empreiteiras para proveito ilícito nos investimentos da Petrobras, bem como o direcionamento e fraude a licitação nos certames da estatal.

71.2. De posse do acervo probatório emprestado da Polícia Federal, do Ministério Público Federal e do Cade, a Secretaria Extraordinária de Operações Especiais em Infraestrutura formulou, em 01/06/2016, representação acerca de fraudes nas licitações conduzidas pela Petrobras para obras de implantação da Refinaria do Nordeste (peça 1, p. TC 016.119/2016-9).

71.3. O Acórdão 1583/2016-TCU-Plenário (Min. Benjamin Zymler), de 22/06/2016, determinou a realização da oitiva da empresa UTC para que se manifestasse sobre as condutas de conluio entre empresas e fraude às licitações. Em 11/7/2016, a empresa foi notificada por meio do Ofício 0130/2016-TCU/SeinfraOperações (peças 81 e 94, do TC 016.119/2016-9).

71.4. Examinada a manifestação da empresa UTC em 27/7/2016 (peça 57), o Tribunal a declarou inidônea em 3/7/2019 no Acórdão 1527/2019-TCU-Plenário (peça 79).

72. Verifica-se que o tempo transcorrido de pouco mais de três anos entre a formulação da representação perante o TCU (1/6/2016) e a condenação da UTC (3/7/2019) não configurou violação ao princípio da duração razoável do processo.

73. A alegação de que a sanção do TCU representa risco de perecimento da empresa será analisado no tópico seguinte.

74. Do examinado, não há como acolher as razões apresentadas.

Do alegado risco de inviabilidade do acordo de leniência e da impossibilidade de realização de novos instrumentos em razão da sanção de inidoneidade

75. A recorrente alega que a consequência imediata da sanção de inidoneidade é a inviabilização da atividade econômica da empresa e do adimplemento das obrigações contidas no acordo de leniência (peça 121, p. 28). Para tanto, afirma que:

75.1. Na formação de um acordo de colaboração, considera-se a capacidade econômico-financeira (atual e futura) da empresa para ressarcir eventuais danos e multas (peça 121, p. 26).

75.2. A declaração de inidoneidade altera as bases estruturantes de um acordo de colaboração firmado com o Poder Público, porque atinge a capacidade da empresa de arcar com as suas obrigações (peça 121, p. 26).

75.3. A pena de inidoneidade não retira a empresa somente do mercado público, mas também afeta a atuação da empresa no setor privado, porque praticamente nenhuma empresa ou instituição financeira estabelecerá relações com empresa declarada inidônea (peça 121, p. 26-27).

75.4. As debêntures simples emitidas para a reestruturação da dívida da UTC possuem cláusula de vencimento antecipado no caso de declaração de inidoneidade por parte do Poder Público, nos termos da Cláusula 7.1.7, item XXVIII, do instrumento particular de escritura da 1ª emissão (peça 121, p. 27-28).

Análise

76. O fato de a sanção do TCU representar risco real de perecimento da empresa e de descumprimento do acordo de leniência e do plano de recuperação judicial não é motivo suficiente para se cogitar a suspensão da punição aplicada à UTC. Ademais, não há óbice a que o TCU declare a inidoneidade de empresa que se encontre em recuperação judicial, uma vez que os efeitos

da referida sanção são *ex-nunc*, não impactando os contratos administrativos em andamento, bem como a atuação da empresa no segmento privado (v.g. Acórdão 1744/2018-TCU-Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler).

77. Reitera-se que as circunstâncias do pedido de recuperação judicial, ocorrido antes do acórdão condenatório, estão em análise no TC 029.953/2017-0 (itens 38 a 41 desta instrução) e podem configurar o descumprimento do acordo de leniência.

78. Ainda que fosse comprovada a consequência danosa à empresa da sanção aplicada pelo Tribunal, entende-se que esse argumento não é fato novo a ser considerado nesta fase recursal, capaz de reformar o acórdão recorrido.

79. Rememora-se que a empresa teve papel central na coordenação do esquema fraudulento, que não adotou uma postura colaborativa nestes autos e que a sanção aplicada pelo TCU não se apresenta extremamente dura ou desarrazoada.

80. Caso o TCU optasse pela suspensão da inidoneidade, estaria agindo contra o interesse coletivo, ao proteger dos efeitos decorrentes da sanção de inidoneidade empresa que atuou à margem da lei e dos princípios da licitação.

81. No caso concreto, examinam-se fraudes que macularam nove processos licitatórios promovidos pela Petrobras para a implantação da Refinaria Abreu e Lima. É inaceitável não penalizar a empresa pelo conjunto de irregularidades constatadas, considerando a gravidade, as consequências, a materialidade dos delitos e a postura não colaborativa da recorrente com a investigação a cargo do controle externo.

82. Assim, não há como acolher o alegado.

Argumentos recursais do Ministério Público junto ao TCU (peça 128)

Da alegada necessidade de agravar a sanção aplicada à UTC

83. O Ministério Público junto ao TCU requer o aumento do prazo da sanção de inidoneidade aplicada à empresa UTC para cinco anos (prazo máximo cominado no art. 46 da Lei 8.443/1992), dada a elevada gravidade dos ilícitos perpetrados, das consequências e da materialidade dessas irregularidades, a fim de melhor refletir os princípios constitucionais de isonomia, proporcionalidade e individualização da pena (peça 128, p. 3, 8). Para tanto, sustenta que:

83.1. A pena de um ano de inidoneidade não atendeu ao disposto no art. 46 da Lei nº 8.443/92, que traz o imperativo de que para cada licitação fraudada deverá corresponder uma pena de até cinco anos (peça 128, p. 15).

83.2. Não é adequado tratar o conjunto de oito licitações fraudadas 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 (peça 128, p. 16).

83.3. Não é razoável aplicar penas de poucos meses de inidoneidade a empresas que reiteradamente participaram de fraudes em licitações de bilhões de reais na Petrobras, que geraram contratos superfaturados também na ordem de bilhões de reais (peça 128, p. 17).

Cumulação de sanções

83.4. A limitação cumulativa de cinco anos para a execução (cumprimento) da sanção de inidoneidade foi assentada no Acórdão 348/2016-TCU-Plenário, alterado parcialmente pelo Acórdão 2702/2018-TCU-Plenário (TC 027.014/2012-6). Tal limitação não obsta a aplicação de uma pena maior, como ocorre quando a mesma entidade responsável sofre penalidades em processos distintos (peça 128, p. 4).

83.5. O Acórdão 348/2016-TCU-Plenário, no item 9.2.3, reconhece expressamente a possibilidade de condenação da mesma licitante por diversas fraudes, enquanto no item 9.2.4 (acrescido dos itens 9.2.4.1 e 9.2.4.2) são trazidas as regras de unificação e limitação do cumprimento das penas (peça 128, p. 4-5).

83.6. A restrição ao cumprimento de inidoneidade adveio da analogia com os §§ 1º e 2º do art. 75 do Código Penal, que foi esclarecida nos Acórdãos do Plenário 1704/2017 (Min. Augusto Sherman) e 1098/2018 (Min. Augusto Nardes). Embora as situações fáticas referenciadas nessas deliberações correspondam a sanções impostas em processos distintos, a cumulatividade de pena independe de que as sanções tenham sido definidas no mesmo ou em diferentes processos. A cumulação diz respeito à multiplicidade de irregularidades atribuídas ao mesmo responsável, quer elas motivem diversas sanções num só processo ou em vários (peça 128, p. 4-5).

83.7. Além do respeito aos princípios da individualização da pena, da isonomia e da proporcionalidade, a aplicação de sanção no montante adequado, mesmo superior ao limite de cumprimento, devidamente fixada em função de cada licitação fraudada, possui relevância quando se vislumbram as consequências de possíveis recursos contrários ao acórdão condenatório. Caso a entidade sancionada em razão de múltiplas fraudes a licitações consiga demonstrar em sede recursal sua ausência de responsabilidade em algumas dessas irregularidades, somente será possível rever adequadamente o quantum da pena se houver sido feita a discriminação da sanção em função dos certames fraudados (peça 128, p. 5).

83.8. A aplicação da sanção deve ser determinada objetivamente em função das irregularidades cometidas, sem restrição quanto a máximo temporal, mesmo que seja limitado o prazo de cumprimento da penalidade. Este entendimento integrou a motivação para a interposição de pedidos de reexame pelo Ministério Público/TCU nos processos conexos, movidos contra os Acórdãos 300/2018, 414/2018, 1744/2018, 2135/2018 e 2355/2018, todos do Plenário (peça 128, p. 6).

Continuidade delitiva

83.9. A sanção imposta a um agente que tenha cometido delitos múltiplos deve ser mais severa que a imputada a quem agiu ilicitamente uma única vez. Caso contrário, estar-se-á indiretamente beneficiando o delinquente contumaz. No caso, a prática de fraudes em oito procedimentos licitatórios (aspecto quantitativo) deve ser sopesada na aplicação da pena à empresa UTC. Não se pode 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 (peça 128, p. 3, 6).

83.10. O instituto da continuidade delitiva 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 penalidade 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 (peça 128, p. 6).

83.11. 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. 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 (peça 128, p. 6).

83.12. 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 (peça 128, p. 6).

83.13. A jurisprudência do STJ adota o prazo referencial máximo de trinta dias entre delitos consecutivos para que se reconheça o crime continuado. Entretanto, esse lapso temporal é indicativo, não estabelecido na lei, e tem sido admitida sua extrapolação quando presentes os demais requisitos da continuidade delitiva, mormente nos casos de crimes de corrupção e financeiros (REsp nº 1.627.732/ES, Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 01/06/2018; AgRg no REsp nº 1.345.274/SC, Min. Nefi Cordeiro, DJe 12/04/2018; AgRg no AREsp nº 531.930/SC, Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 13/02/2015; HC nº 323.303/RJ, Min. Antônio Saldanha Palheiro, DJe 23/06/2017) (peça 128, p. 7).

83.14. No item 55 do voto condutor do Acórdão 1625/2018-TCU-Plenário, quando da apreciação da sanção de inabilitação para o Sr. Renato de Souza Duque, o Ministro-Relator admitiu ser possível a analogia com os institutos de continuidade delitiva e cúmulo material nas penalidades de fraude à licitação perpetradas por pessoas jurídicas (peça 128, p. 7).

83.15. 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 o mais grave dentre os delitos continuados (peça 128, p. 7-8).

83.16. A analogia com o instituto do delito continuado, 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 (peça 128, p. 8).

83.17. Admitindo-se a transposição de conceitos do Direito Penal para o âmbito do Direito Administrativo Sancionador, é possível reconhecer a continuidade delitiva (fraude) entre as licitações relativas às unidades de instalações da Rnest (nove licitações), mas não entre estas e o certame da terraplenagem. 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 (peça 128, p. 7).

83.18. Os Acórdãos 348/2016 e 2702/2018, do Plenário, reconheceram a aplicação do instituto do concurso material, previsto no art. 69 do Código Penal, às declarações de inidoneidade concomitantes (peça 128, p. 15).

Concurso de agentes

83.19. Os ilícitos foram cometidos em concurso de agentes, devendo-se avaliar a participação de cada um na prática delituosa, de forma que a sanção seja aplicada no limite da sua respectiva culpabilidade (peça 128, p. 3, 8).

83.20. O grau de culpabilidade das empresas deve ser aferido em cada certame fraudado. À conduta mais gravosa aplica-se a penalidade máxima de cinco anos, que corresponde à apresentação da proposta vencedora e da contratação com preços excessivos. Às licitantes que propuseram proposta de cobertura (fictícia) aplica-se três anos de inidoneidade e às licitantes que não ofertaram proposta, impõe-se um ano de pena (peça 128, p. 8).

Metodologia proposta para a dosimetria

83.21. A metodologia para a dosimetria da sanção de inidoneidade das empresas fraudadoras das licitações da Refinaria do Nordeste deve ser constituída dos seguintes critérios (peça 128, p. 6, 8-9): (a) cumulação de sanções não limitada a cinco anos; (b) aplicação, em regra, do concurso material para os ilícitos cometidos, com a concessão do benefício da continuidade delitiva quando observados os requisitos específicos (unidade de desígnios, semelhança entre condições de tempo, lugar, modo de execução, etc.); (c) aplicação da pena de acordo com o concurso de delitos: cúmulo material para o concurso material e exasperação, quando reconhecida a continuidade delitiva; e. (d) determinação do quantum da pena por infração autônoma em função da participação da empresa fraudadora no concurso de agentes.

83.21.1. Para a aplicação desses critérios, propõe-se os seguintes parâmetros: (a) considera-se 10 licitações fraudadas: uma licitação para a terraplenagem; duas licitações para a UHDT-UGH; duas licitações para a UDA; duas licitações para a UCR e três para as tubovias de interligação; (b) as mesmas empresas concorreram para a fraude em todos os procedimentos licitatórios relativos à mesma contratação; (c) para cada licitação fraudada, aplica-se cinco anos de inidoneidade para as vencedoras do certame, três anos para as que apresentaram proposta de cobertura e um ano para as que se abstiveram de apresentar proposta; (d) observa-se continuidade delitiva no que se refere às licitações para implantação das instalações (UHDT-UGH, UDA, UCR e tubovias); (e) nesse caso, para a exasperação da pena, aplica-se as frações de aumento em função da quantidade de infrações, segundo a jurisprudência do STJ; e (f) considera-se ter havido concurso material entre as infrações verificadas na terraplenagem e no conjunto das licitações das instalações.

Aplicação da metodologia ao caso concreto

83.22. Deve-se verificar, inicialmente, que participação teve a UTC nas licitações em análise. Nota-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 (convidada duas vezes). Assim, considera-se que a empreiteira UTC participou da fraude de oito procedimentos licitatórios referentes à Refinaria Abreu e Lima, sendo quatro na condição de proponente e quatro como convidada que se absteve de ofertar proposta (peça 128, p. 12).

83.23. 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/UG Tubovias de Interligações e UDA, deve-se majorar em 2/3 a maior pena dentre as aplicáveis pelas infrações cometidas (peça 128, p. 12).

83.24. A maior pena se verifica nos certames em que a empresa 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, equivalente a cinco anos de inidoneidade para licitar perante a Administração Pública Federal (peça 128, p. 13).

83.25. Essa sistemática de dosimetria traz em sua essência a precisa individualização das condutas e visa a garantir a higidez da decisão do Tribunal, prestigiando o devido processo legal ao individualizar de forma adequada os atos praticados pela empresa fraudadora, apenando-a de forma proporcional, com critérios e parâmetros claros e transparentes (peça 128, p. 13).

83.26. Não obstante alguns julgados de Tribunais Superiores adotarem o prazo referencial máximo de trinta dias entre delitos consecutivos para que se reconheça o crime continuado, esse lapso temporal é indicativo, não estabelecido na lei, e tem sido admitida sua extrapolação quando presentes os demais requisitos da continuidade delitiva, mormente nos casos de crimes de corrupção e financeiros (REsp nº 1.627.732/ES, Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 01/06/2018; AgRg no REsp nº 1.345.274/SC, Min. Nefi Cordeiro, DJe 12/04/2018; AgRg no AREsp nº 531.930/SC, Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 13/02/2015; HC nº 323.303/RJ, Min. Antônio Saldanha Palheiro, DJe 23/06/2017) (peça 128, p. 14).

83.27. No caso concreto em exame, a similaridade das circunstâncias de lugar e modus operandi caracterizam fortemente os certames para implantação das unidades de instalações da Rnest. Com relação à circunstância de tempo, observa-se que as licitações ocorreram entre 2008 e 2009. Embora tal intervalo possa indicar a descaracterização da continuidade delitiva, deve-se ter em mente que nestes autos são avaliadas condutas infracionais múltiplas, praticadas pela empresa fraudadora ao longo de todo esse período. Foram atos e omissões que permitiram a atividade do cartel e provocaram a condução irregular dos procedimentos licitatórios (peça 128, p. 14).

83.28. Os certames 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. 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, ainda que outros preços tenham sido ofertados (peça 128, p. 14).

83.29. 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 (peça 128, p. 14).

83.30. Além dos elementos objetivos de tempo, lugar e modo de execução, a jurisprudência do STJ também exige a unidade de desígnios para a configuração do crime continuado. Esse seria o critério norteador da diferenciação entre a continuidade delitiva e a reiteração da prática criminosa por habitualidade (REsp 1.465.136/RS, Min. Nefi Cordeiro, DJe 13/06/2017) (peça 128, p. 14).

83.31. Sob o aspecto subjetivo, é possível reconhecer unidade de desígnios dentre as infrações cometidas em relação às contratações das instalações da Rnest, pois todas as condutas visaram as fraudes de forma a obter contratos que beneficiassem o grupo de empreiteiras cartelizadas de acordo com a distribuição definida por elas. Assim, diante desse cenário, é possível observar a continuidade delitiva entre as licitações relativas às unidades de instalações da Rnest (nove licitações), mas não entre estas e o certame da terraplenagem (peça 128, p. 14).

83.32. 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 as infrações relativas ao convite dos serviços de terraplenagem (peça 128, p. 14).

Concessão indevida de benefício à UTC, colaboradora em outras instâncias

83.33. Ilícitos não confessados não podem ser objeto de recebimento de benefícios perante este Tribunal. Assim, afigura-se indevido conceder qualquer benefício para a responsável, colaboradora em outras instâncias, mas que, reconhecidamente, não contribuiu para a celeridade das apurações empreendidas no âmbito destes autos (peça 128, p. 10).

83.34. Não é demais ressaltar que alguns colaboradores chegaram a confessar o ilícito apurado nestes autos e essa conduta foi reconhecida pelo Tribunal com concessão de benefícios relacionados à sanção de inidoneidade para licitar. Por exemplo, veja-se o Acórdão 1214/2018-TCU-Plenário, que isentou de pena a empresa SOG Óleo e Gás S.A. (peça 128, p. 10).

83.35. No que se refere à UTC, coube totalmente ao Tribunal arcar com as dificuldades enfrentadas para análise e conclusão sobre a irregularidade apurada, enfrentando todos os questionamentos e resistência por parte da UTC, como demonstra a percutiente instrução da unidade técnica. Evidente que esse tipo de conduta não é compatível com uma postura de colaborador, não devendo, assim, merecer por parte do Tribunal qualquer concessão de benefício (peça 128, p. 10).

83.36. Por conseguinte, é incabível, no caso concreto em análise, a concessão de qualquer benefício à responsável arrolada, mesmo que colaboradora em outras instâncias. Torna-se impertinente, portanto, falar de atenuação da sanção a ser aplicada (peça 128, p. 11).

83.37. É esperado que o colaborador aja cooperativamente com todas as instâncias da Administração Pública. A mera celebração de um acordo com um órgão estatal não lhe confere uma condição de colaborador universal. Requer-se que sua atitude seja compatível e contributiva em relação ao Estado como um todo, inclusive com este Tribunal (peça 128, p. 11).

83.38. Não pode o colaborador reclamar qualquer benefício quando do julgamento de ilícitos que não estejam abrangidos pelo escopo do acordo, ou seja, por fatos não narrados ou negados. O pacto não lhe serve de anteparo contra qualquer sanção em virtude de ocorrências que não relatou. Ao colaborador não se confere imunidade geral e irrestrita (peça 128, p. 11).

Análise

84. Em essência, os argumentos recursais do Ministério Público junto ao TCU já foram anteriormente apresentados à peça 73, p. 6-9, 11-13 e 22-23 e enfrentados pelo Tribunal no voto condutor do Acórdão 1527/2019-TCU-Plenário (peça 80, p. 19-20):

‘98. O envolvimento da UTC pode ser assim sintetizado: i) UCR-Rnest, foi convidada duas vezes e apresentou propostas não vencedoras; ii) UDA-Rnest, foi convidada duas vezes e apresentou propostas não vencedoras; iii) Tubovias, foi convidada duas vezes e não apresentou propostas; iv) UHDT-Rnest, foi convidada duas vezes e não apresentou propostas. Ou seja, a empresa contribuiu para a fraude em oito processos licitatórios (quatro apresentando propostas não vencedoras e quatro abstendo-se de apresentá-las):

Empreendimento	Atuação da UTC Engenharia nos processos licitatórios
Unidade de Coqueamento Retardado (UCR)	Convidada duas vezes e apresentou propostas não vencedoras
Tubovias de Interligações	Convidada duas vezes e não apresentou propostas
Unidades de Hidrotratamento de Diesel e de Nafta (UHDT) e Unidade de Geração de Hidrogênio (UGH)	Convidada duas vezes e não apresentou propostas
Unidade de Destilação Atmosférica (UDA)	Convidada duas vezes e apresentou propostas não vencedoras

99. A unidade técnica manifestou-se no sentido de que a empresa deveria ser declarada inidônea pelo período de cinco anos. O Ministério Público junto ao TCU, embora por critérios diversos, também propôs que a condenação seja pelo período de cinco anos.

100. Por um lado, a unidade técnica considerou que a prática delituosa ocorreu de forma reiterada e ampla nas licitações da Petrobras, não se tratando de incidência isolada. Dessa forma, a sanção deveria guardar proporção com a reiteração da prática, com a gravidade dos atos ilícitos e com materialidade das irregularidades.

101. O *Parquet*, por sua vez, entendeu que a sanção deve ser aplicada separadamente para cada licitação fraudada e depois somada de acordo com a regra do concurso material, aplicando-se, quando for o caso, a continuidade delitiva prevista no art. 71 do Código Penal.

102. O ponto fulcral de divergência entre a unidade técnica e o Ministério Público junto ao TCU está centrado na limitação das penas e na aplicação do disposto no Acórdão 348/2016-Plenário, mediante o qual foi firmado entendimento sobre o limite temporal da sanção de inidoneidade aplicada pelo TCU com base no art. 46 da Lei 8.443/1992, no sentido de que a cumulação de mais de uma sanção desse tipo estaria temporalmente limitada, em seu conjunto, a cinco anos.

103. Insta salientar que o entendimento presente no Acórdão 348/2016-Plenário vem sendo, desde então, aplicado pela jurisprudência subsequente desta Corte de Contas, conforme se deduz do Acórdão 1.704/2017-Plenário. Além disso, as regras de limitação temporal para cumulação de sanções de declaração de inidoneidade, definidas no Acórdão 348/2016-Plenário, foram adaptadas para as sanções de inabilitação para o exercício de cargo em comissão e função de confiança no âmbito da administração pública impostas ao mesmo responsável, limitando-as, nos termos do art. 60 da Lei 8.443/1992, ao total de oito anos, a serem cumpridas sucessivamente (Acórdão 714/2016-Plenário).

104. Nessa linha, por concordar com os fundamentos do Acórdão 348/2016-Plenário, entendo que apenas máxima aplicável no presente caso é de cinco anos. Tal entendimento foi recentemente corroborado por esta Corte mediante os Acórdãos Plenário 300/2018, 414/2018, 1.221/2018, 1.744/2018, 2.135/2018, 2.355/2018 e 1.256/2019-Plenário, todos referentes à apuração de fraude em licitações no âmbito da Rnest.

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

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

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

A conduta mais gravosa corresponde à apresentação de proposta próxima ao limite admitido pela Petrobras, a fim de vencer o certame e celebrar contrato com preços excessivos. ...

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

106. O caso em tela se aproxima daqueles em que foram apreciadas as condutas das empresas MPE, Mendes Júnior e Engevix, as quais foram declaradas inidôneas pelo período de três anos para participar de licitações no âmbito da administração pública federal (Acórdãos Plenário 300/2018, 414/2018 e 2.135/2018).

107. No presente processo e nos casos examinados pelos mencionados acórdãos, a conduta mais grave imputada à responsável foi a apresentação de propostas de coberturas em licitação, pois as empresas não auferiram benefício direto das fraudes. Assim, diante de situações análogas, caberia sancionar a UTC Engenharia com a declaração de inidoneidade pelo prazo de três anos.

108. Entretanto, considerando as mencionadas atenuantes da conduta da sociedade empresária (colaboração com outras instâncias estatais), entendo que a pena aplicada deva ser pelo prazo de um ano.’ (destaques acrescidos)

85. O processo administrativo TC 027.014/2012-6 tratou da sistemática de cumprimento das declarações de inidoneidade previstas no art. 46 da Lei 8.443/1992, na hipótese de o TCU atribuir mais de uma pena ao mesmo licitante, em múltiplos processos.

86. Assim, o Acórdão 348/2016-Plenário (rel. Min. Walton Alencar Rodrigues), ajustado pelo Acórdão 2702/2018-Plenário (rel. Min. Bruno Dantas), deixou assente que: a cumulação de sanções de declaração de inidoneidade (art. 46 da Lei 8.443/1992) está limitada a cinco anos, aplicando-se por analogia o art. 75, §§ 1º e 2º, do Código Penal Brasileiro, sendo que: (a) as sanções são executadas sucessivamente, na ordem dos respectivos trânsitos em julgado, observando-se o limite temporal de cinco anos contados, como regra, do início do cumprimento da primeira sanção da série; (b) caso o agente cometa novo ilícito no curso da execução das sanções, a contagem do prazo de cinco anos é reiniciada a partir da data do fato superveniente, desprezando-se o período de punição já cumprido e fazendo-se nova unificação, contada daquele fato. Sobrevindo condenação após o encerramento da execução das punições anteriormente aplicadas, a nova sanção deve ser cumprida integralmente, como punição originária, ainda que decorrente de fatos anteriores ou contemporâneos aos das sanções já cumpridas.

87. O MPTCU já reconheceu (peça 128, p. 4) que não cabe suscitar nova discussão do tema, mas acolher a orientação do Tribunal de que a execução da sanção de inidoneidade manejada pelo TCU esteja limitada cumulativamente em cinco anos.

88. Todavia, o MPTCU insiste que o limite de cinco anos acima referido não obsta a aplicação de uma pena maior (peça 128, p. 4-6). Tal argumento não merece acolhimento porquanto a possibilidade de aplicação de pena superior ao limite de cinco anos foi rechaçada pelo Plenário do Tribunal nos Acórdãos 1593/2019 e 2391/2013, conforme os excertos dos votos condutores dessas deliberações:

Voto condutor do Acórdão 1593/2019-TCU-Plenário (rel. Min. Marcos Bemquerer)

‘49. Por fim, no que concerne à dosimetria da pena, aqui considerada como materialização do princípio da proporcionalidade, a Selog sustenta que ‘cada convênio que tenha tido licitação fraudada pode ser considerado separadamente para fins de cálculo da dosimetria da pena. Ou seja, o limite de cinco anos previsto no art. 46 da Lei 8.443/1992 deve ser avaliado, considerando as irregularidades cometidas em cada convênio, permitindo que esse limite, no total, ultrapasse os cinco anos’.

50. Discordo dessa conclusão. Situações como a do caso presente, em que as fraudes foram cometidas em um mesmo ‘contexto delituoso’, ainda que identificadas em convênios distintos, devem ensejar a aplicação, no conjunto, de uma sanção máxima total de cinco anos, limite superior estabelecido no art. 46 da Lei 8.443/1992. Esse mesmo entendimento foi esposado quando da prolação do Acórdão 2.391/2013-TCU-Plenário.’ (destaque acrescido)

Voto condutor do Acórdão 2391/2013-TCU-Plenário (rel. Min. Aroldo Cedraz)

‘17. Quanto ao argumento de que ‘quem comete mais infrações deve receber punição maior do que quem comete apenas uma’, é de fato um argumento relevante, mas que é contemplado ante as gradações das penas que podem ser aplicadas. O art. 46 da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992 estabelece um prazo máximo de 5 anos para a aplicação da sanção de inidoneidade. Seria possível imputar a sanção por prazos menores em cada um dos casos individualmente considerados, até um máximo de cinco anos.

18. Neste caso específico, o Tribunal já aplicou a sanção máxima por meio do Acórdão 1.035/2013-TCU-Plenário. Evidentemente, a aplicação da sanção mais rigorosa se deveu ao fato de estar evidenciada a constituição de um ‘esquema’ para desvio de recursos, mediante fraude à licitação, conforme evidências apontadas no item 5 acima, que transcenderam a fraude específica de um certame. No caso analisado mediante tal acórdão, além de todas as evidências do ‘esquema’ arquitetado, havia uma evidência adicional da fraude, segundo mencionado no relatório que integrou aquela deliberação:

‘18.12. Outra evidência da fraude no Convite 14/2006 residiu na montagem da planilha orçamentária das empresas, que não pode ser atribuída a mera coincidência. A primeira colocada cotou os 47 itens com o menor preço; a segunda colocada apresentou o segundo menor preço em todos; e a terceira, o terceiro menor preço. Além disso, nos quinze itens de maior valor, foi verificada uma diferença percentual entre a planilha orçamentária da Prefeitura e as demais propostas. A primeira colocada cotou 3% a mais. A 2ª, 5%; e a 3ª, 7%, o que demonstraria a combinação.’

19. No caso presente, a conclusão de que houve fraude está calcada no ‘esquema’ montado, não havendo evidências específicas de fraude no certame em si, tal como aquela relatada acima. Assim, a aplicação de nova sanção de inidoneidade estaria embutindo um aspecto já anteriormente considerado no Acórdão 1.035/2013-TCU-Plenário e que levou a sanção de inidoneidade a ser aplicada pelo seu prazo máximo naquela oportunidade.

20. Emblemático, em relação ao assunto que aqui se está analisando, foi o tratamento dado pelo Tribunal aos casos relativos à denominada ‘Operação Sanguessuga’. Como se sabe, tratou-se de ‘esquema’ referente a irregularidades na aquisição de unidades móveis de saúde em diversos municípios do Brasil, envolvendo fraudes a licitações. Por meio do Acórdão 1.147/2011-Plenário, o Tribunal decidiu constituir processo apartado para apurar a responsabilidade das empresas envolvidas nas fraudes às licitações verificadas na referida operação e nas auditorias realizadas pela CGU e Denassus. No âmbito desse apartado, por meio do Acórdão 495/2013-TCU-Plenário, o Tribunal aplicou a sanção de inidoneidade às empresas envolvidas nas fraudes, pelo prazo de cinco anos. Ou seja, o Tribunal aplicou a sanção de inidoneidade uma única vez, e nas diversas TCEs instauradas somente apurou as questões que envolveram a execução do convênio. Assim, as empresas envolvidas nessas fraudes estiveram sujeitas a uma pena máxima total de cinco anos.’ (destaques acrescidos)

89. O entendimento acima esposado, aliado àquele definido nos Acórdãos 348/2016 e 2702/2018, do Plenário, repele o argumento do MPTCU de que para cada licitação fraudada da Petrobras na Refinaria do Nordeste (prática autônoma) deveria corresponder uma pena de até 5 anos. Por consequência, afasta-se a aplicabilidade da metodologia proposta para a dosimetria da pena, no que se refere ao critério de sanções não limitada ao cúmulo de cinco anos e nas hipóteses de concurso material de delitos (cúmulo material das penas) e de continuidade delitiva (exasperação das penas).

90. Além disso, deve-se rejeitar a proposta de ampliação da sanção aplicada à empresa UTC porquanto está fundamentada na tese de aplicação analógica de institutos penais que agravam sua condenação, o que afronta a vedação à analogia in malam partem e o princípio da reserva legal. Esse entendimento foi consignado nos Acórdãos 2638/2019-TCU-Plenário e 2453/2019-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Bruno Dantas, que examinaram recursos apresentados pelo MPTCU em casos semelhantes (TC 013.386/2017-4 e TC 013.382/2017-9).

91. A alegada falta de razoabilidade na pena de um ano, aplicada à empresa UTC, que reiteradamente participou de fraudes em licitações de bilhões de reais na Petrobras, não merece acolhimento. Na dosimetria da pena foram considerados casos análogos, como os das empresas MPE, Mendes Júnior e Engevix (Acórdãos Plenário 300/2018, 414/2018 e 2.135/2018), bem como a conduta colaborativa da empresa UTC e de seu presidente com outras instâncias estatais (itens 106-108 da peça 80, p. 20).

92. Assim, não há como acolher as razões apresentadas pelo MPTCU.

Contrarrazões da UTC Engenharia (peça 149)

Da alegada impossibilidade de aplicação do artigo 71 do Código Penal (delito continuado) ao caso

93. A empresa UTC Engenharia alega a impossibilidade de aplicação do artigo 71 do Código Penal (delito continuado) à sanção de inidoneidade, assim como a aplicação da metodologia sugerida pelo MPTCU de dosimetria da pena, baseada nos critérios fixados pelo STJ. Para tanto, sustenta que:

93.1. A Lei 8.443/1992 não prevê hipótese de análise de continuidade delitiva ou de majoração da sanção pelo critério da Lei Penal. A aplicação direta ou subsidiária dos institutos do Direito Penal no Direito Administrativo Sancionador reclama expressa previsão legal, o que inexistente no caso (peça 149, p. 4, 5).

93.2. O instituto da continuidade delitiva é uma ficção, criada para atenuar os rigores da aplicação da pena restritiva de liberdade. No Direito Administrativo Sancionador não há pena restritiva de liberdade, não cabendo argumentar que o reconhecimento da continuidade deveria ser visto como agravante para aplicação de penas (peça 149, p. 5).

93.3. A infração continuada é um benefício da Lei Penal, não se podendo falar em aplicação de prazos individualizados para cada contrato e, se fosse o caso de reconhecê-la, deveria se aplicar uma única sanção e não múltiplas como pretende o MPTCU (peça 149, p. 6, 7).

93.4. A aplicação de sanção para cada um dos contratos é contraditória, porque pretende reconhecer a continuidade delitiva (uma única sanção para todas as condutas) ao tempo que também visa individualizar a pena para cada contrato, extrapolando, inclusive, o limite legal do tempo da sanção (peça 149, p. 6).

93.5. A norma penal age em benefício do réu nas situações dúbias e não em seu desfavor (peça 149, p. 7).

Da alegada violação ao princípio da isonomia

94. A recorrente reitera que a decisão recorrida violou o princípio da isonomia ao desconsiderar as situações idênticas da UTC com outras empresas lenientes, pois, dentre as empresas que possuíam acordos colaborativos com a União, a recorrente foi a única declarada inidônea pelo TCU (peça 149, p. 7).

95. Reforça que:

95.1. É totalmente inconstitucional conferir tratamento distinto a pessoas (físicas ou jurídicas) que estão em mesma situação jurídica (peça 149, p. 8).

95.2. Ainda que o acórdão recorrido tenha considerado o acordo de leniência para fins de redução do prazo da sanção aplicada à UTC, persiste a discriminação porque as demais empresas lenientes não tiveram mera redução de prazo da sanção, mas sim o sobrestamento do processo no Acórdão 483/2017-TCU-Plenário (peça 149, p. 8).

95.3. O TCU estendeu os efeitos da decisão liminar exarada pelo STF nos autos do MS 35435/DF, impetrado pela Andrade Gutierrez (peça 99), às outras empresas colaboradoras, mas deixou de estendê-los à recorrente no TC 016.991/2015-0 (peça 149, p. 9, 16-17). Este fato reforça a discriminação do TCU já que a decisão liminar não fez distinção entre os acordos firmados com o MPF e a CGU (peça 149, p. 17).

95.4. A recorrente adotou uma postura colaborativa e jamais negou os ilícitos apurados nestes autos especialmente porque, à época, já existia acordo colaborativo envolvendo tais fatos. A recorrente afirma também que a maioria das condutas somente veio à tona em razão do acordo de colaboração firmado por seu controlador e, posteriormente, pelo acordo de leniência firmado pelas empresas do grupo - a primeira da história do país sob a égide da Lei 12.846/2013 (peça 149, p. 9).

95.5. Não há razões jurídicas que autorizem a que os lenientes que firmaram acordos com o MPF sejam blindados para outras sanções, em detrimento dos demais lenientes que firmaram acordo com a AGU (peça 149, p. 9, 13).

Da alegada falta de harmonização entre a decisão do TCU e de outros órgãos da União

96. A UTC Engenharia reitera a falta de harmonização entre as diversas esferas de responsabilização da União (peça 149, p. 10). Para tanto, afirma que:

96.1. As sanções previstas nas Leis 8.443/1992, 8.666/1993 e 8.429/1992 possuem a mesma natureza jurídica. Nessa esteira de raciocínio é que o acordo de leniência deve ser entendido em sua feição global, a todos os órgãos e entes (peça 149, p. 10).

96.2. É imprescindível que se garanta à empresa leniente a segurança jurídica para viabilizar a utilização do instituto, em contrapartida ao fornecimento de documentos e informações relevantes para a investigação e à voluntariedade no pagamento das obrigações pecuniárias. Assim, é indispensável que as entidades estatais integrantes do aparato anticorrupção brasileiro atuem de forma consonante, possibilitando não apenas a celebração dos acordos preconizados pela legislação pátria, mas também o seu efetivo cumprimento (peça 149, p. 10-11).

96.3. O resultado da pretensão do MPTCU com a declaração da inidoneidade da UTC é a interferência no acordo de leniência firmado com a CGU, de modo que inviabilizará o exercício de suas atividades empresariais e conseqüentemente ensejará o descumprimento do acordo celebrado com a União Federal (peça 149, p. 11).

96.4. O entendimento do MPTCU está na contramão do Ministério Público Federal, o que demonstra mais uma vez a consequência de haver entendimentos de diversos entes e órgãos da União (peça 149, p. 11).

96.5. Na sobreposição de competências de entidades estatais, não se pode tolerar a perpetração de atos (especialmente os arbitrários) que esvaziem a atuação de outros integrantes do aparato estatal (peça 149, p. 11).

96.6. O STF, no âmbito do MS 35435/DF, assentou que não era razoável a aplicação pelo TCU de penalidade que pudesse inviabilizar o cumprimento do acordo de leniência firmado pela Andrade Gutierrez com o Ministério Público Federal, vez que possui outros mecanismos aptos a atingir tais finalidades, de sorte que essa penalidade não devia ser aplicada no âmbito do TC 016.991/2015-0, ressalvada a ocorrência de fatos novos (peça 149, p. 11, 12, 16).

96.7. A autonomia dos diversos órgãos da Administração Pública (que é una) não pode servir de supedâneo para que sejam adotadas soluções jurídicas diversas (contraditórias) para a resolução dos mesmos problemas, o que afronta a segurança jurídica e a proteção da confiança dos administrados.

No caso, não se pode admitir sanção do TCU com base em fatos que já foram objeto do acordo firmado a CGU, que, por razões de interesse público, deixou de declarar a inidoneidade da recorrente (peça 149, p. 12, 13).

96.8. Ao possibilitar o acordo de leniência, o ordenamento jurídico pressupõe certa interação entre os órgãos, que são braços operacionais de um mesmo Estado, de forma que a divisão de papéis entre elas representa mera organização administrativa decorrente das escolhas feitas na composição do ordenamento jurídico. Assim, cumpre ao TCU 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 (peça 149, p. 12, 13).

96.9. A decisão liminar do STF proferida no MS 36.496/DF impediu cautelarmente a execução da sanção de inidoneidade aplicada à UTC no âmbito do TC 016.991/2015-0, o que reforça o entendimento de que a sanção aplicada pelo TCU neste feito gera insegurança jurídica à recorrente podendo impossibilitar o cumprimento dos termos do acordo de leniência firmado com a CGU (peça 149, p. 14, 15).

96.10. É inadmissível que o TCU, utilizando-se de genérico argumento de defesa do erário e do interesse público, persiga empresa leniente sem levar em consideração o acordo por ela celebrado, frustrando o instituto preconizado pela Lei 12.846/2013 (peça 149, p. 15).

96.11. Admitir a declaração de inidoneidade em razão de fatos que estão efetivamente abarcados em acordo colaborativo celebrado pela empresa sancionada, consiste em verdadeira violação ao princípio do non bis in idem. Isso porque, em razão daqueles fatos, já houve o acordo com o Estado de diversas obrigações por parte da recorrente a fim de ressarcir-lo pelos danos provocados e para evitar a reincidência de eventos semelhantes. Assim, a sanção do TCU consiste em dupla punição por um mesmo fato, o qual foi objeto das negociações para a leniência celebrada com a União Federal e que, segundo o acordo, não ensejaria a aplicação de outras penalidades/obrigações no âmbito civil/administrativo (ressalvado eventual ressarcimento ao erário) que não as avençadas e expressamente contidas no acordo (peça 149, p. 15).

96.12. O Estudo Técnico 01/2017 do Ministério Público Federal explicita que o acordo de leniência celebrado com um dos colegitimados (CGU/AGU) afasta a possibilidade de penalização quando tratar-se dos mesmos fatos e de sanções idênticas ou similares (peça 149, p. 15, 16).

Análise

97. A inaplicabilidade do delito continuado e de outros institutos penais com vistas a agravar a sanção aplicada à UTC foi apontada no item 90 desta instrução, em razão da vedação à analogia in malam partem e do princípio da reserva legal.

98. A situação jurídica da empresa UTC não era idêntica àquela apresentada pelas empresas Camargo Corrêa, Andrade Gutierrez e Odebrecht no Acórdão 483/2017-TCU-Plenário, conforme exame realizado nos itens 29 a 45 desta instrução. Assim, não há que se falar em violação ao princípio da isonomia.

99. A postura não colaborativa da UTC com o presente processo foi examinada nos itens 57 a 63 desta instrução e as colaborações com a CGU e a Procuradoria Geral da República foram reconhecidas como atenuantes da conduta da empresa e consideradas na dosimetria da pena (itens 84, 85 e 95 da peça 80, p. 17-18).

100. A alegada falta de harmonização entre as esferas de responsabilização da União foi refutada nos itens 47 a 55 desta instrução.

101. O fato de a sanção do TCU representar risco real de descumprimento do acordo de leniência não é motivo suficiente para a suspensão da punição aplicada à empresa (itens 76 a 82 desta instrução).

102. Desse modo, não há como acolher as contrarrazões apresentadas.

CONCLUSÃO

103. O envolvimento da empresa UTC no esquema fraudulento e o seu papel de proeminência na operação do cartel foram evidenciados nas provas compartilhadas pelo Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR. A UTC participou como proponente nas licitações da UDA e UCR (quatro vezes) e como convidada nas licitações das UHDT-UGH e Tubovias (cinco vezes), seguindo o acerto fraudulento demonstrado nos autos.

104. Na dosimetria da pena aplicada à UTC foram considerados casos análogos, como os das empresas MPE, Mendes Júnior e Engevix (Acórdãos Plenário 300/2018, 414/2018 e 2.135/2018), bem como a conduta colaborativa da empresa UTC e de seu presidente com outras instâncias estatais.

105. O Juízo Federal assinalou que era inapropriado o uso por órgão administrativo, que não aderiu ao acordo de leniência, de provas colhidas por meio desta contra a própria empresa leniente, o que não impede que as mesmas provas possam ser utilizadas contra terceiros ou que o órgão administrativo realize suas próprias investigações, sem utilização da prova compartilhada, contra os colaboradores e empresas lenientes.

106. O TCU não utilizou provas compartilhadas produzidas pela UTC, em seu desfavor, sejam extraídas do acordo de leniência firmado com a CGU, sejam advindas do acordo de colaboração firmado por Ricardo Ribeiro Pessoa, presidente da empresa à época dos fatos. Também não houve o uso de informações ou de documentos advindos do termo de compromisso de cessação de prática assumido perante o Cade, o que comprova a manutenção da confiança depositada nos aludidos instrumentos e nos órgãos signatários.

107. O acordo de leniência celebrado pela UTC com a CGU não dispôs da isenção em relação a declaração de inidoneidade, assim como não restringiu a competência do Tribunal de Contas da União em seu poder sancionatório.

108. A sanção de inidoneidade aplicada pelo Tribunal, de competência constitucional do controle externo (art. 46 da Lei 8.443/1992), tem contorno de incidência (competência e fundamento fático) distinto das sanções aplicadas pelo controle interno (87 da Lei 8.666/1993) e pelo Poder Judiciário (art. 12 da Lei 8.429/1992).

109. Não houve violação ao princípio da isonomia. A situação jurídica da UTC era distinta em relação às empresas lenientes Camargo Corrêa, Andrade Gutierrez e Odebrecht, que tiveram a apreciação de suas responsabilidades sobrestada pelo Tribunal.

110. Não procede a alegação de desarmonia entre a sanção aplicada pelo Tribunal e o acordo de leniência. Primeiro, porque a colaboração com a CGU não foi útil à elucidação dos ilícitos apurados nestes autos. Segundo, porque não há subordinação do TCU ao acordo de leniência. Terceiro, porque a competência, natureza jurídica e fundamento fático das sanções previstas nas Leis 8.443/1992, 8.666/1993 e 8.429/1992 são distintos.

111. A empresa UTC não reconheceu nestes autos sua conduta irregular e nem colaborou efetivamente com as investigações do controle externo.

112. O TCU não se vincula à sanção aplicada pela administração ativa (Petrobras), pois a finalidade preventiva da sanção do controle interno é diversa daquela imposta pelo controle externo.

113. O risco de a sanção do TCU inviabilizar a atividade econômica da empresa UTC e o cumprimento do acordo de leniência não se constitui fato novo a ser considerado, nesta fase recursal, capaz de reformar o acórdão recorrido.

114. A cumulação de sanções de declaração de inidoneidade (art. 46 da Lei 8.443/1992) está limitada a cinco anos, conforme o entendimento assentado pelo Plenário deste Tribunal nos Acórdãos 348/2016, 2702/2018, 1593/2019 e 2391/2013.

115. Não há como acolher a proposta do MPTCU de agravar a sanção aplicada à UTC, fundamentada na aplicação de institutos penais, porque afronta a vedação à analogia in malam partem e o princípio da reserva legal.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

116. Ante o exposto, submete-se à consideração superior a análise dos pedidos de reexame interpostos pela empresa UTC Engenharia S/A e pelo Ministério Público junto ao TCU, contra o Acórdão 1.527/2019-TCU-Plenário, propondo se, com fundamento no artigo 48, da Lei 8.443/1992:

- a) conhecê-los e, no mérito, negar-lhe provimento:
- b) dar ciência às partes, aos órgãos/entidades interessados, bem como aos demais cientificados do acórdão recorrido.”

É o relatório.