



TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Aviso nº 396 - GP/TCU

Brasília, 10 de maio de 2023.

Senhora Presidente,

Encaminho para ciência de Vossa Excelência cópia do Acórdão nº 738/2023, acompanhado dos respectivos Relatório e Voto, da relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues, proferido pelo Plenário deste Tribunal, na Sessão Ordinária de 19/4/2023, ao apreciar, nos autos do TC-021.542/2016-3, pedido de reexame interposto contra o Acórdão 1348/2017-TCU-Plenário (levado ao conhecimento dessa Comissão por intermédio Aviso nº 617-GP/TCU, de 18/7/2017).

O mencionado processo trata de representação a respeito de possíveis irregularidades relacionadas aos processos licitatórios e à execução dos contratos para elaboração dos projetos executivos da Usina Termonuclear de Angra III.

Atenciosamente,

(Assinado eletronicamente)

MINISTRO BRUNO DANTAS
Presidente

A Sua Excelência a Senhora
Senadora DANIELLA RIBEIRO
Presidente da Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização
Congresso Nacional
Brasília – DF

ACÓRDÃO Nº 738/2023 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 021.542/2016-3.
- 1.1. Apensos: 001.865/2017-0; 021.694/2016-8
2. Grupo I – Classe de Assunto: I - Pedido de reexame em Representação
3. Interessados/Responsáveis/Recorrentes:
 - 3.1. Responsáveis: AF-Consult Ltd (15.702.776/0001-20); Eletrobrás Termonuclear S.A. (42.540.211/0001-67); Engevix Engenharia e Projetos S/A (00.103.582/0001-31).
 - 3.2. Recorrentes: AF-Consult Ltd (15.702.776/0001-20); Engevix Engenharia e Projetos S/A (00.103.582/0001-31).
4. Órgãos/Entidades: Centrais Elétricas Brasileiras S.A. - Eletrobras Estabelecimentos Unificados; Eletrobrás Termonuclear S.A..
5. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues
 - 5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro Bruno Dantas.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidades Técnicas: Secretaria de Recursos (Serur); Secretaria Extraordinária de Operações Especiais em Infraestrutura (SeinfraOpe).
8. Representação legal: Matheus Starck de Moraes (316.256/OAB-SP), Andre Luiz Soares Costa (92.882/OAB-RJ), Ana Paula Imbroisi Rebello (75.866/OAB-RJ), Vânia Alves Ferreira, Bruno Campos Barretto, Antônio Perilo de Sousa Teixeira Netto (21.359/OAB-DF), Carina Gallardo Rey (132226/OAB-RJ), Tais Guida Fonseca Guedes (156097/OAB-RJ), Ana Glória Santos Moreira de Souza (47.078/OAB-DF), Guilherme Henrique Magaldi Netto (4.110/OAB-DF) e outros.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de pedidos de reexame interpostos por Engevix Engenharia e Projetos S.A. e AF Consult Ltd. contra o Acórdão 1348/2017-TCU-Plenário, cuja redação foi alterada pelo Acórdão 1899/2017-TCU-Plenário,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo relator, em:

9.1. não conhecer do recurso interposto pela AF Consult Ltd., com fundamento no art. 279 do Regimento Interno do TCU;

9.2. conhecer do recurso interposto por Engevix Engenharia e Projetos S.A. para, no mérito, dar-lhe provimento parcial;

9.3. suspender a eficácia da sanção de inidoneidade aplicada por meio do item 9.2 do Acórdão 1.348/2017-TCU-Plenário, mantendo essa medida enquanto a Engevix Engenharia e Projetos S.A. estiver cumprindo todas as obrigações assumidas mediante o Acordo de Leniência firmado com a Controladoria-Geral da União (CGU) e a Advocacia-Geral da União (AGU);

9.4. declarar a suspensão da prescrição da pretensão sancionatória e de ressarcimento do TCU em relação aos fatos ilícitos em análise neste processo, até que haja manifestação dos órgãos signatários do acordo de leniência mencionado no item 9.3 quanto ao cumprimento ou descumprimento das obrigações pactuadas pela Engevix Engenharia e Projetos S.A.;

9.5. ordenar à Segecex que:

9.5.1. acompanhe o andamento do acordo de leniência referido no item 9.3, mediante diligências à CGU para verificar o cumprimento das obrigações da signatária, sobretudo quanto ao cronograma de pagamentos e a adoção de medidas pela CGU quanto ao possível inadimplemento;

9.5.2. elabore nova instrução, caso verifique o descumprimento de qualquer item do ajuste ou quando todos os compromissos nele estabelecidos tenham sido executados;

9.6. dar ciência deste acórdão às recorrentes e aos demais interessados.

10. Ata nº 15/2023 – Plenário.
11. Data da Sessão: 19/4/2023 – Ordinária.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-0738-15/23-P.
13. Especificação do quórum:
 - 13.1. Ministros presentes: Bruno Dantas (Presidente), Walton Alencar Rodrigues (Relator), Aroldo Cedraz, Vital do Rêgo, Jorge Oliveira, Antonio Anastasia e Jhonatan de Jesus.
 - 13.2. Ministros-Substitutos convocados: Augusto Sherman Cavalcanti e Marcos Bemquerer Costa.

(Assinado Eletronicamente)

BRUNO DANTAS

Presidente

(Assinado Eletronicamente)

WALTON ALENCAR RODRIGUES

Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)

CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA

Procuradora-Geral

VOTO

Trata-se de pedidos de reexame interpostos por Engevix Engenharia e Projetos S.A. e AF Consult Ltd., empresas contratadas para elaboração dos projetos executivos da usina Termonuclear de Angra 3, contra o Acórdão 1.348/2017-TCU-Plenário, cuja redação foi alterada pelo Acórdão 1.899/2017-TCU-Plenário.

A decisão recorrida concluiu por irregularidades graves do tipo IGP, conforme quadro a seguir:

Contrato	Irregularidades	Empresas envolvidas
Pacote eletromecânico 1 (GAC.T/CT-4500151462)	Superfaturamento decorrente de aditivo indevido – R\$ 6.606.771,84	AF Consult e Eletronuclear
Pacote eletromecânico 2 (GAC.T/CT-4500146846)	Superfaturamento decorrente de aditivo indevido – R\$ 13.660.106,58	Engevix e Eletronuclear
Pacote civil 2 (GAC.T/CT-4500160692)	Frustração do caráter competitivo da licitação e débito decorrente da não contratação da proposta mais vantajosa	Engevix e Eletronuclear

O Tribunal declarou a inidoneidade da Engevix por cinco anos, determinou a continuidade de retenção de pagamentos, assinou prazo para anulação do primeiro aditivo do pacote eletromecânico 1 e parte do segundo aditivo do pacote eletromecânico 2 e deliberou sobre a instauração de tomadas de contas especiais.

Em síntese, a AF Consult informou que solicitara rescisão contratual em 2017 e alegou incompetência desta Corte, considerando ausência de manifestação do Congresso Nacional sobre a anulação de termo aditivo e a natureza privada da Eletronuclear e dos recursos aplicados em seus negócios.

A Engevix alegou cerceamento de defesa, em razão de não ter sido intimada a responder especificamente por fraude à licitação no TCU ou no processo criminal. Defendeu não ser cabível a pena de inidoneidade, tendo em vista a não comprovação de dolo, a ausência de provas de que o pagamento de propina se deu para obter o direcionamento da licitação e o fato de a recorrente ter sido vítima do crime de concussão (coação, ameaça), praticado pelos agentes públicos.

A unidade técnica propôs não conhecer do recurso interposto por AF Consult e o não provimento do recurso interposto pela Engevix.

Após instrução processual, a Nova Engevix informou ao Tribunal a celebração de Acordo de Leniência junto à Controladoria-Geral da União (CGU) e à Advocacia-Geral da União (AGU), no qual aceitou pagar multas e ressarcir a União pelos ilícitos praticados.

Requeru, assim, o afastamento da sanção de inidoneidade, nos termos do Acórdão 2.677/2018-TCU-Plenário, de relatoria do E. Ministro Benjamin Zymler, bem como da cautelar de retenção de pagamentos, a fim de obter devida remuneração por serviços prestados, conforme Acórdão 2.791/2021-TCU-Plenário, de relatoria do E. Ministro Bruno Dantas.

Neste último precedente, o Tribunal revogou cautelar de indisponibilidade de bens decretada contra empresa que havia celebrado acordo de leniência, por considerar que esta vinha apresentando postura colaborativa e estava honrando os pactos firmados com o Ministério Público Federal, o Cade e a União.

Estando os autos pautados para a sessão de 27/4/2022, a Nova Engevix relatou fato novo consubstanciado pelo acórdão proferido pela 1ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal (TRF) da 2ª Região, no Âmbito da Apelação Criminal 0510926 86.2015.4.02.5101, instaurada a partir de investigações sobre organização criminosa que teria burlado procedimentos licitatórios para implantação da Usina de Angra III.

A recorrente informou que esse *decisum*, embora não tenha apreciado, diretamente, sua responsabilidade, indicou a ocorrência de pagamentos ilícitos a fim de garantir tratamento diferenciado na execução dos contratos, mas registrou ausência de provas acerca de pagamentos com o fim de fraudar as respectivas licitações.

Argumentou que esse julgado deveria vincular as demais instâncias e requereu o arquivamento do processo ou, alternativamente, seu retorno à Secretaria de Recursos para realização de diligência à CGU/AGU.

Finalmente, à peça 452, a recorrente apresentou “razões complementares”, nas quais arguiu que as licitações vencidas pela Engevix observaram os dispositivos da Lei 8.666/1993, insistindo na tese de que a decisão da 1ª Turma Especializada do TRF-2 vincularia todas as demais instâncias.

Diante disso, requereu que o afastamento das sanções de inidoneidade e de indisponibilidade de bens.

II

Feito breve resumo dos fatos, **passo a decidir**.

Preliminarmente, verifico que a Eletronuclear homologou deliberação pela anulação do primeiro aditivo ao contrato GAC.T/CT 4500151462, no valor de R\$ 6,66 milhões, e parte do segundo aditivo ao contrato GAC.T/CT 4500146846 (R\$ 13,66 milhões, frente a valor total de R\$ 14,75 milhões), antes mesmo do trânsito em julgado do Acórdão recorrido.

Sendo assim, verifico a perda de objeto dos recursos contra o item 9.4 do Acórdão 1348/2017-TCU-Plenário.

Nos termos do art. 279 do Regimento Interno deste Tribunal, não é passível de recurso a decisão que determina a instauração de tomada de contas especial, o que impõe o não conhecimento do recurso contra o item 9.5 da decisão recorrida, sem prejuízo de esclarecer que a existência de dano na execução do contrato da AF Consult, considerando a anulação do aditivo questionado, deve ser avaliada no âmbito da TCE.

Quanto ao recurso da AF Consult, portanto, cumpre apenas esclarecer que este Tribunal possui competência constitucional (art. 71 da Constituição Federal de 1988) para determinar a anulação de termos aditivos celebrados pela Eletronuclear, pois estes constituíram atos nulos praticados no âmbito da execução contratual.

Ademais, é firme a jurisprudência, inclusive a do Supremo Tribunal Federal, sobre a competência desta Casa na fiscalização das sociedades de economia mista e empresas públicas. Cito como exemplo o Acórdão 3053/2011-TCU-Plenário, E. Ministro Augusto Sherman Cavalcanti e os Mandados de Segurança 25092 e 25181, de relatoria dos E. Ministros Carlos Velloso e Marco Aurélio Mello, respectivamente.

Não deve prosperar o argumento de cerceamento de defesa apresentado pela Engevix. O E. Ministro Bruno Dantas, Relator *a quo*, ao discordar da proposta da unidade técnica de promover nova oitiva da empresa, registrou expressamente que o cometimento de fraude à licitação e a possibilidade de aplicação da pena de inidoneidade constavam das instruções anteriores, como a de peça 133.

Quanto ao não cometimento de fraude e prática de crime apenas por agentes públicos, não prosperam os argumentos da Engevix.

De pronto, registro que a empresa poderia ter optado pelo caminho da legalidade e denunciado as coações que afirma ter sofrido. Não há, contudo, elementos que provem ter assim procedido.

Ao contrário, as provas que constam do parecer do Ministério Público Federal (MPF) e destes autos, bem como os termos da sentença judicial condenatória na qual se baseou esta Corte demonstram claramente que houve pagamento de propina pela empresa à Eletronuclear, para que esta fosse favorecida nas licitações realizadas, como registrou expressamente o E. Ministro Bruno Dantas, no Voto Condutor do acórdão recorrido:

31. As irregularidades apontadas no contrato de projetos denominado Pacote Civil 2 referem-se à frustração ao caráter competitivo da licitação que deu origem a ele, bem como ao prejuízo causado por essa restrição irregular. Ressalto que as análises empreendidas demonstraram que os atos praticados nesse processo de licitação não se mostraram casuais, ou mesmo devidos a mero equívoco do gestor. Ao contrário, configuraram ações coordenadas que, realizadas mediante o pagamento de propina, tinham o intento de fraudar a licitação e direcionar o certame à empresa Engevix.

Esse posicionamento foi confirmado pelo Relator *a quo* no Acórdão 1899/2017-TCU-Plenário, que julgou embargos de declaração opostos pela Engevix, ao refutar os argumentos da recorrente, de que não haveria provas de que o pagamento de propinas ocorreu com o objetivo de fraudar a licitação de que tratam os presentes autos:

A empresa alega que não existe comprovação de que o pagamento de propinas tenha se destinado, especificamente, para fraudar a licitação do Pacote Civil 2. Ocorre que a natureza ilícita da propina pressupõe, justamente, esforços por parte dos envolvidos no sentido de ocultar o nexos de causalidade entre os recursos ilegalmente repassados pela empresa ao representante da Administração e o resultado favorável ao pagador. Como bem sustentado pela unidade instrutora, a exigência desse tipo de prova cabal esvaziaria a atuação dessa Corte no sentido de rechaçar a prática fraudulenta.

A deliberação recorrida (em especial, nos itens 121 a 175 do relatório e 31 a 53 do voto) deixou claro que: i) existem diversos indícios de que houve restrição indevida à competitividade do certame que resultou no Contrato GAC.T/CT-4500160692; ii) a Eletronuclear optou por divergir do parecer da procuradoria jurídica da Eletronuclear alertando para a existência de cláusulas excessivamente rigorosas ou indevidas no edital, sem apresentar justificativas consistentes; iii) a Engevix se beneficiou dessas cláusulas restritivas ao se sagrar vencedora do certame; e iv) houve acordo para pagamento de propina pela empresa ao então presidente da Eletronuclear no mesmo período em que se tomavam importantes decisões referentes a esse procedimento licitatório.

Cumprido destacar que a responsabilidade dos agentes públicos envolvidos na fraude à licitação, comprovada nestes autos, bem como o dano ao Erário, serão devidamente apurados em sede de tomada de contas especial, como determinou o item 9.5 da decisão recorrida.

Ademais, a conclusão de que a empresa é inidônea para contratar com a Administração Pública independe da condenação dos agentes públicos envolvidos na fraude, na medida em que restou comprovada a participação da empresa Engevix.

Quanto ao acórdão proferido pela 1ª Turma Especializada do TRF da 2ª Região, no âmbito da Apelação Criminal 0510926 86.2015.4.02.5101, ressalto que, em razão da independência das instâncias, apenas sentença penal absolutória negando a existência do fato ou a autoria repercutiria, obrigatoriamente, nos julgados do TCU.

Cumprir registrar que o Relator, E. Desembargador Antônio Ivan Athie, apenas destacou que a Engevix não fazia parte do cartel envolvido nas licitações para contratação da montagem eletromecânica (consórcios UNA 3 e Angra 3), o que não socorre a recorrente, pois a fraude apurada nestes autos ocorreu na licitação referente ao pacote Civil 2, para elaboração de projetos executivos de obras não nucleares.

Ao contrário do que quer fazer crer a recorrente, o E. Desembargador não afirmou a inexistência de provas acerca da ocorrência de fraude à licitação por parte da Engevix na contratação objeto destes autos. Em seu voto existem diversas passagens que se referem a pagamentos por alterações no edital da licitação.

De acordo com a acusação, em função de tais acertos o apelante Othon Luiz Pinheiro da Silva, então Presidente da Eletronuclear, infringiu seus deveres funcionais e beneficiou a empreiteira Engevix nos seguintes momentos:

1. da confecção dos editais e nas licitações nos GAC.T/CN 003/2010, GAC.T/CN 005/2010, GAT.CN/006/2010, GAC.T/CV 027/2-11, GAC.T.CV 041/2011 e GAC.T/CN-012/2012 da ELETRONUCLEAR;

(...)

Observa-se ainda que a própria Procuradoria Jurídica da Eletronuclear, no memorando MC 110/12, de 06/03/2012 (Evento 1, OUT3, folhas 98/99, TRF2), contestou a opção pela técnica e preço, e não pelo menor preço, bem como alertou quanto à vedação de exigências editalícias rigorosas e inadequadas no edital GAC.C.T/CN 012/2012 (licitação GAC.T.006/12). Contudo, sem qualquer manifestação fundamentada, a Eletronuclear deu continuidade ao certame, por ordem do apelante Othon Luiz, no que resultou a contratação da empresa Engevix em função da pontuação técnica.

Assim, refuto os argumentos de que a decisão judicial concluiu por não ocorrência de fraude e vincula deliberações neste processo.

Passo a tratar dos efeitos do acordo de colaboração firmado pela Engevix.

Não procede o argumento da empresa de que a CGU, no âmbito do acordo de Leniência, reconheceu a não ocorrência de fraude à licitação. Os documentos juntados aos autos apenas relacionam os delitos admitidos pela colaboradora e não exprimem juízo de valor do órgão de controle interno sobre os atos ilícitos não informados ou negados.

Não há, portanto, como dar provimento ao recurso revogando a sanção de inidoneidade.

O Tribunal, no entanto, tem sobrestado as sanções aplicadas a empresas colaboradoras, conforme entendimento inicialmente consignado no Acórdão 2677/2018-TCU-Plenário, de relatoria do E. Ministro Benjamin Zymler.

Em julgados mais recentes, esta Corte privilegiou a postura colaborativa dos responsáveis perante os demais órgãos do Estado, mesmo quando as informações provenientes dos ajustes não tinham utilidade para o controle externo, sobrestando a apreciação das irregularidades até a demonstração de cumprimento de todas as obrigações assumidas pelas empresas nos acordos (Acórdãos 2.422/2021, 228/2022, 2.632/2022 e 2.550/2022, de relatoria do E. Min. Vital do Rego, Acórdão 2.818/2021, E. Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti e Acórdão 2.930/2021, E. Ministro Bruno Dantas, todos do Plenário).

A própria Engevix foi beneficiada com a suspensão da inidoneidade que lhe foi aplicada no caso de fraudes a licitações nas obras da Refinaria do Nordeste (Rnest), mediante Acórdão 254/2023-Plenário, E. Ministro Antônio Anastasia.

Essas decisões acolheram entendimento apresentado pelo STF no julgamento dos MSs 35.435 e 36.496.

Assim, considerando que os contratos celebrados entre a empreiteira e Eletronuclear para obras de Angra 3 estão inseridos no acordo de colaboração, em homenagem ao princípio do Colegiado, em deferência ao microssistema de combate à corrupção e em respeito ao ajuste celebrado com os órgãos federais, suspendo a sanção de inidoneidade aplicada à Engevix e determino à Segecex que verifique junto à CGU o efetivo cumprimento do acordo de leniência.

Ressalto que essa medida, em consonância com a Lei 12.846/2013, art. 16, § 9º, suspende a prescrição dos atos ilícitos apurados.

Por fim, indefiro o pedido de afastamento da cautelar de retenção de pagamentos formulado pela recorrente. É cediço que colaboradores podem obter sanções premiais, mas continuam obrigados a ressarcir os prejuízos causados.

Nesse sentido deliberou o Supremo Tribunal Federal no MS 37329, impetrado pela Engevix, ao indeferir liminar para liberação dos pagamentos retidos neste processo.

As cautelares de indisponibilidade de bens apontadas como precedentes pela recorrente não se confundem com a retenção de pagamentos por serviços não prestados ou nos quais se verificaram irregularidades ensejadoras de prejuízos aos cofres da empresa estatal.

As primeiras objetivam evitar que os responsáveis adotem estratégias de alteração/dilapidação de patrimônio que inviabilizariam o pagamento de dívidas para com a Administração, enquanto a segunda procura evitar a saída de caixa do contratante e concretização de prejuízo ainda maior aos cofres públicos, enquanto se apuram os valores exatos do dano causado e os responsáveis.

Diante desses elementos, não conheço do recurso interposto pela empresa AF Consult Ltd. e conheço do recurso da Engevix Engenharia e Projetos S.A. para, no mérito, dar-lhe provimento parcial.

Ante o exposto, VOTO para que seja adotada a minuta de acórdão que trago ao exame deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 19 de abril de 2023.

WALTON ALENCAR RODRIGUES
Relator

GRUPO – CLASSE I – Plenário

TC 021.542/2016-3 [Aposos: TC 001.865/2017-0, TC 021.694/2016-8]

Natureza(s): I - Pedido de reexame em Representação

Órgãos/Entidades: Centrais Elétricas Brasileiras S.A. - Eletrobras Estabelecimentos Unificados; Eletrobrás Termonuclear S.A.

Responsáveis: AF-consult Ltd (15.702.776/0001-20); Eletrobrás Termonuclear S.A. (42.540.211/0001-67); Engevix Engenharia e Projetos S/A (00.103.582/0001-31).

Representação legal: Matheus Starck de Moraes (316.256/OAB-SP), Andre Luiz Soares Costa (92.882/OAB-RJ), Ana Paula Imbroisi Rebello (75.866/OAB-RJ), Vânia Alves Ferreira, Bruno Campos Barretto, Antônio Perilo de Sousa Teixeira Netto (21.359/OAB-DF), Carina Gallardo Rey (132226/OAB-RJ), Tais Guida Fonseca Guedes (156097/OAB-RJ, Ana Glória Santos Moreira de Souza (47.078/OAB-DF), Guilherme Henrique Magaldi Netto (4.110/OAB-DF) e outros.

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. ANGRA 3. ADITIVOS INDEVIDOS E FRAUDE À LICITAÇÃO. PEDIDOS DE REEXAME. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO INTERPOSTO POR UMA DAS EMPRESAS POR PERDA DE OBJETO DIANTE DAS MEDIDAS IMPLEMENTADAS PELA ELETRONUCLEAR. ART. 279 DO RITCU. CONHECIMENTO DO OUTRO RECURSO. ACORDO DE LENIÊNCIA FIRMADO COM CGU E AGU. SUSPENSÃO DA SANÇÃO DE INIDONEIDADE. PROVIMENTO PARCIAL.

RELATÓRIO

Adoto, como Relatório, a instrução da unidade técnica (peças 374-376):

1. *Trata-se de pedidos de reexame (peças 307 e 308) interpostos por Engevix Engenharia e Projetos S.A. e AF Consult Ltd. (Finlandesa), empresas contratadas para elaboração dos projetos executivos da usina Termonuclear de Angra 3, contra o Acórdão 1348/2017 – TCU – Plenário (peça 202), cuja redação foi alterada pelo Acórdão 1899/2017 – TCU – Plenário (peça 274).*

1.1. *A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:*

Acórdão 1348/2017 – TCU – Plenário (peça 202)

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação a respeito de possíveis irregularidades relacionadas aos processos licitatórios e à execução dos contratos para elaboração dos projetos executivos da Usina Termonuclear de Angra 3.

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

9.1. comunicar à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional, em cumprimento ao art. 122, caput, da Lei 13.242/2015 (LDO 2016) c/c art. 19 da Resolução TCU no 280/2016, que:

9.1.1. continuam presentes os indícios de irregularidades graves do tipo IGP (art. 117, § 1º, IV, da LDO 2016) referentes a restrições à competitividade que afetaram a seleção da proposta mais vantajosa no processo licitatório GAC.T/CN-012/2012, que resultou no Contrato GAC.T/AS-4500160692, e aditivos indevidos no Contrato GAC.T/CT-4500146846, da Usina Termonuclear de Angra 3, ambos assinados entre a Eletrobras Termonuclear S.A. (Eletronuclear) e a empresa Engevix Engenharia e Projetos S.A.;

9.1.2. o Tribunal reavaliará a recomendação de paralisação caso a Eletrobras e/ou a Eletronuclear, adotem medidas saneadoras para evitar danos ao erário;

9.2. declarar a inidoneidade da empresa Engevix Engenharia e Projetos S.A. para participar, por cinco anos, de licitações da Administração Pública Federal, nos termos do art. 46 da Lei 8.443/1992;

9.3. manter as retenções decretadas no despacho à peça 140, fundamentadas no art. 45 da Lei 8.443/1992 c/c art. 276 do Regimento Interno do TCU, e art. 15, caput, da Resolução-TCU 280/2016, em que se determinou à Eletrobras Termonuclear S.A. (Eletronuclear) que se absteresse de efetuar pagamentos às empresas Engevix Engenharia e Projetos S.A. e AF Consult do Brasil Ltda., até o limite dos montantes apurados na representação (peça 82), no âmbito dos contratos GAC.T/AS-4500160692 (projetos do pacote Civil 2 – edificações convencionais), GAC.T/CT-4500151462 (projetos do pacote Eletromecânico 1 – circuito primário, nuclear) e GAC.T/CT-4500146846 (projetos do pacote Eletromecânico 2 – circuito secundário, convencional);

9.4. com fulcro no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, c/c art. 45 da Lei 8.443/1992, assinar prazo de 15 (quinze) dias para que Eletronuclear anule o primeiro aditivo ao contrato GAC.T/CT 4500151462, no valor de R\$ 6,66 milhões, e parte do segundo aditivo ao contrato GAC.T/CT 4500146846 (valor total de R\$ 14,75 milhões), cujo valor a ser anulado é de R\$ 13,66 milhões;

9.5. instaurar processos apartados de Tomada de Contas Especial para aprofundar a apuração dos fatos, a quantificação do débito e a identificação dos responsáveis, com fundamento nos arts. 47 da Lei 8.443/1992 e 252 do Regimento Interno do TCU, observado o disposto no art. 41 da Resolução-TCU 259/2014, tendo em vista os prejuízos verificados nos contratos para elaboração de projetos executivos do pacote eletromecânico 1 (GAC.T/CT- 4500151462), do pacote eletromecânico 2 (GAC.T/CT- 4500146846), e do pacote civil 2 (GAC.T/AS-4500160692), a serem devidamente compensados com a quantia já retida;

9.6. com base no art. 7º da Resolução-TCU 265/2014, dar ciência à Eletronuclear das seguintes irregularidades, verificadas nas concorrências para a contratação de serviços de engenharia de projetos executivos GAC.T/CN-005/2010 (Processo GAC.T-034/09 – Civil 1), GAC.T/CN – 012/2012 (Processo GAC.T-006/12 – Civil 2), GAC.T/CO.I- 004/2010 (internacional – Eletromecânico 1), GAC.T/CN – 006/2010 (Processo GAC.T- 033/09 – Eletromecânico 2), e nos convites GAC.T/CV - 027/2011 (Processo GAC.T 029/11 – estruturas de evacuação marítima pela praia do Frade) e GAC.T/CV – 041/11 (Processo GAC.T 053/11 – estruturas da praia Vermelha), cujo detalhamento se encontra na seção “EXAME TÉCNICO” da representação (peça 82):

9.6.1. proibição de consórcios, vedação à subcontratação, exigência de sistema de qualidade de nível nuclear e exigência de atestados apenas como contratada principal, em desconformidade com os arts. 3º, 30, caput e inciso II, e §§ 3º e 5º, da Lei 8.666/1993;

9.6.2. *desproporcionalidade nas exigências para comprovação de experiência em projetos por meio da aplicação de quantidades elevadas de homens-hora dedicadas a cálculos estruturais em concreto e aço (paradoxo lucro-incompetência e ausência de embasamento legal), em desconformidade com os arts. 3º, 30, caput e inciso II, e §§ 3º e 5º, e 44 da Lei 8.666/1993;*

9.6.3. *desbalanceamento entre os pesos e limitação ao desconto no uso do tipo de licitação “técnica e preço”, tornando nulo o efeito do fator preço, em desconformidade com os arts. 3º, caput e § 1º, inciso I, 44, caput e § 1º, 45, 46, § 1º, incisos I e II c/c § 2º, todos da Lei 8.666/1993;*

9.6.4. *adoção de critérios excessivamente restritivos na pontuação técnica, especialmente o peso diferenciado para a “experiência de empresa” em projetos da área nuclear (em detrimento da experiência em projetos de outras tipologias de obras complexas), a “experiência da equipe técnica” restrita aos profissionais vinculados ao quadro da empresa na data da licitação, a “fidelidade da equipe técnica” caracterizada pelos anos de vínculo do profissional com a empresa proponente, e o peso diferenciado para “Sistema da Qualidade” certificado pela própria Eletronuclear, em desconformidade com os arts. 3º, caput e § 1º, inciso I, 30, caput e inciso II, e §§ 1º, inciso I, 3º e 5º, 44, caput e § 1º, da Lei 8.666/1993;*

9.6.5. *adoção de critérios subjetivos na pontuação técnica de “conhecimento do objeto”, “metodologia executiva”, “plano de trabalho” e “esquema organizacional”, mantidos no edital mesmo após o alerta da Procuradoria Jurídica, em desconformidade com os arts. 3º, caput e § 1º, inciso I, 44, caput e § 1º, da Lei 8.666/1993;*

9.6.6. *opção pela licitação do tipo “técnica e preço” para contratação de projetos de edificações convencionais e exigências desproporcionalmente restritivas (pacote civil 2), em desconformidade com os arts. 3º, caput e § 1º, inciso I, 44, caput e § 1º, 45, 46, §1º, incisos I e II c/c § 2º, todos da Lei 8.666/1993;*

9.6.7. *desrespeito aos princípios de publicidade e isonomia ao emitir ofícios circulares impondo interpretações dos editais que causaram maiores restrições nos certames de projetos civis 1 e 2, em desconformidade com os arts. 3º, caput e § 1º, 21, § 4º, e 40, inciso VII, da Lei 8.666/1993;*

9.6.8. *exiguidade de prazos para apresentação de propostas, além da posterior inserção de documentos em CD (desenhos e quantitativos), com entrega presencial restrita, e esclarecimentos insuficientes, aumentando incertezas e riscos na formulação das propostas de preços dos pacotes civis 1 e 2, em desconformidade com os arts. 3º, caput e § 1º, 21, §§ 3º e 4º, da Lei 8.666/1993;*

9.6.9. *cláusulas que facilitam o conluio entre empresas por meio de exigência de participação em seminário coletivo e visitas técnicas, em desconformidade com os arts. 3º, caput e § 1º, e 44, § 1º da Lei 8.666/1993;*

9.6.10. *julgamento das habilitações econômico-financeiras, acarretando eliminação de concorrentes em virtude de índice de Endividamento Total (cláusula restritiva combinada com inobservância do princípio do formalismo moderado), em desconformidade com os arts. 3º, caput e § 1º, e 31, § 5º, da Lei 8.666/1993;*

9.6.11. *julgamento irregular de recursos, rejeitando propostas de preços mais vantajosas e de nível técnico equivalente às contratadas, em desconformidade com os arts. 3º, caput e § 1º, e 44, § 1º da Lei 8.666/1993;*

9.6.12. *desconsideração dos riscos de jogo de planilha na proposta declarada vencedora, devido ao desbalanceamento dos descontos entre os grupos de itens remunerados por resultados e por homem-hora, em desconformidade com os arts. 3º, caput e § 1º, e 44, § 1º, da Lei 8.666/1993;*

9.6.13. *fracionamento de objeto, direcionamento de licitação e possível atuação de cartel, especificamente nos Convites para projetos executivos do plano de evacuação pelo mar, em desconformidade com os arts. 3º e 23, § 5º, da Lei 8.666/1993;*

9.6.14. *redução do escopo do contrato CT-033/10 (pacote civil I) e transferência de responsabilidade por cálculos de estruturas nucleares da Engevix Engenharia e Projetos S.A. para a Hochtief Solutions AG (Contrato GAC.T/CT- 4500151234) com ônus indevido à Eletronuclear, em desconformidade com os arts. 3º, 65, inciso II, alínea “d”, 66 e 70 da Lei 8.666/1993;*

9.6.15. *controle das responsabilidades técnicas dos projetos das obras civis de Angra 3, em desconformidade com os arts. 30, inciso II, inciso I, arts. 54, § 1º, 70, 73, § 2º, todos da Lei 8.666/1993, e arts. 17 a 23 da Lei 5.194/1966;*

9.7. *determinar à controladora Eletrobras, com base no art. 45 da Lei nº. 8.443/1992, que encaminhe a esta Corte de Contas todos os relatórios produzidos pela Comissão Independente de Investigação, pelo Processo Administrativo Interno da Eletronuclear e pelo escritório americano Hogan Lovells sobre as irregularidades identificadas na condução dos projetos do empreendimento nuclear de Angra III, a partir de entrevistas, análises de mídias digitais e notícias veiculadas na imprensa, no prazo de 15 (quinze) dias após a conclusão dos trabalhos;*

9.8. *dar ciência da presente deliberação, acompanhada do relatório e do voto que a fundamentam:*

9.8.1. *aos Conselhos de Administração da Eletronuclear e da Eletrobras, à Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), ao Ministério de Minas e Energia (MME), ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), à Casa Civil de Presidência da República e ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES);*

9.8.2. *ao Juízo da 7ª Vara Federal Criminal – Seção Judiciária do Rio de Janeiro, na pessoa do Exmo. Juiz Federal Marcelo da Costa Bretas, no interesse dos Processos 0504797-31.2016.4.02.5101, 0510719-87.2015.4.02.5101, 0510716-35.2015.4.02.5101 e 0510710-28.2015.4.02.5101, que tramitam perante aquele juízo, referentes às Operações Radioatividade (16ª fase de Operação Lava Jato e Pripyat);*

9.8.3. *aos Procuradores da República do Ministério Público Federal no Estado do Rio de Janeiro, Exmos. Srs. Lauro Coelho Junior, Eduardo Ribeiro Gomes El-Hage e José Augusto Simões Vagos, responsáveis pela condução dos processos relativos às Operações Radioatividade e Pripyat, nas quais se apuram os ilícitos ocorridos na construção da Usina Termonuclear de Angra III;*

9.8.4. *à Força-Tarefa Operação Lava Jato, do Ministério Público Federal;*

9.8.5. *ao Departamento de Polícia Federal do Ministério da Justiça (DPF/MJ), à Advocacia Geral da União (AGU), ao Ministério da Transparência e Controladoria Geral da União (CGU) e ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE);*

9.9. *arquivar o presente processo, após a expedição das devidas comunicações, nos termos do art. 169, inciso III, do Regimento Interno do TCU.*

Acórdão 1899/2017 – TCU – Plenário (peça 274)

VISTOS, relatados e discutidos estes embargos de declaração opostos por AF Consult Ltd. e Engevix Engenharia e Projetos S.A. contra o Acórdão 1.348/2017-TCU-Plenário, por meio do qual este Tribunal julgou representação formulada por equipe de inspeção da Secretaria Extraordinária de Operações Especiais (SeinfraOperações) acerca de indícios de irregularidades nos processos

licitatórios e na execução contratual da elaboração dos projetos executivos da usina Termonuclear de Angra 3.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, com fundamento nos arts. 32, inciso II, e 34 da Lei 8.443/1992 e ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer e acolher os embargos opostos por AF Consult. Ltd.;

9.2. conhecer e acolher parcialmente os embargos opostos por Engevix Engenharia e Projetos S.A.;

9.3. alterar o item 9.3 do Acórdão 1.348/2017-TCU-Plenário para que passe a contar com a seguinte redação:

“9.3. manter as retenções decretadas no despacho à peça 140, fundamentadas no art. 45 da Lei 8.443/1992 c/c art. 276 do Regimento Interno do TCU, e art. 15, caput, da Resolução-TCU 280/2016, por meio do qual se determinou à Eletrobras Termonuclear S.A. (Eletronuclear) que se abstivesse de efetuar pagamentos às empresas Engevix Engenharia e Projetos S.A. e AF Consult Ltd., até o limite dos montantes apurados na representação (peça 82 e peça 133, consolidados à peça 140), no âmbito dos contratos GAC.T/AS-4500160692 (projetos do pacote Civil 2 – edificações convencionais) , GAC.T/CT- 4500151462 (projetos do pacote Eletromecânico 1 – circuito primário, nuclear) e GAC.T/CT- 4500146846 (projetos do pacote Eletromecânico 2 – circuito secundário, convencional);”

9.4. encaminhar cópia da presente deliberação, acompanhada do relatório e do voto que a fundamentam:

9.4.1. às embargantes;

9.4.2. aos Conselhos de Administração da Eletronuclear e da Eletrobras, à Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), ao Ministério de Minas e Energia (MME), ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), à Casa Civil de Presidência da República e ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES);

9.4.3. ao Juízo da 7ª Vara Federal Criminal – Seção Judiciária do Rio de Janeiro, na pessoa do Exmo. Juiz Federal Marcelo da Costa Bretas, no interesse dos Processos 0504797-31.2016.4.02.5101, 0510719-87.2015.4.02.5101, 0510716-35.2015.4.02.5101 e 0510710-28.2015.4.02.5101, que tramitam perante aquele juízo, referentes às Operações Radioatividade (16ª fase de Operação Lava Jato e Pripyat);

9.4.4. aos Procuradores da República do Ministério Público Federal no Estado do Rio de Janeiro, Exmos. Srs. Lauro Coelho Junior, Eduardo Ribeiro Gomes El-Hage e José Augusto Simões Vagos, responsáveis pela condução dos processos relativos às Operações Radioatividade e Pripyat, nas quais se apuram os ilícitos ocorridos na construção da Usina Termonuclear de Angra 3;

9.4.5. à Força-Tarefa Operação Lava Jato, do Ministério Público Federal;

9.4.6. ao Departamento de Polícia Federal do Ministério da Justiça (DPF/MJ), à Advocacia Geral da União (AGU), ao Ministério da Transparência e Controladoria Geral da União (CGU) e ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

HISTÓRICO

2. Em exame representação formulada por equipe de inspeção da Secretaria Extraordinária de Operações Especiais em Infraestrutura (SeinfraOperações) na Eletrobras Termonuclear S.A. (Eletronuclear), acerca de indícios de irregularidades nos processos licitatórios

e na execução contratual da elaboração dos projetos executivos da Usina Termonuclear de Angra 3.

2.1. O presente processo, que trata dos projetos civis e eletromecânicos, cuja elaboração é objeto de contratos firmados com as empresas Engevix e AF Consult.

2.2. As irregularidades identificadas foram, em síntese, as seguintes: Contrato GAC.T/CT-4500151462 (projeto do Pacote Eletromecânico: aditivo indevido no valor de R\$ 6.606.771,84; Contrato GAC.T/CT-4500146846 (projeto do Pacote Eletromecânico 2): aditivo indevido no valor de R\$ 13.660.106,58 e descompasso na evolução físico-financeira; e Contrato GAC.T/CT-4500160692 (projeto do Pacote Civil 2): frustração ao caráter competitivo da licitação.

2.3. Diante da análise de mérito das oitivas realizadas, concluiu-se pelo esclarecimento das irregularidades de descompasso na evolução físico-financeira nos contratos Pacote eletromecânico 1 e Pacote Eletromecânico 2, pela não confirmação do cerceamento à competitividade no certame referente ao Pacote Eletromecânico 1 e pela confirmação das demais irregularidades listadas.

2.4. Como resultado, esta Corte, dentre outras medidas, declarou a inidoneidade da empresa Engevix Engenharia e Projetos S.A. (Engevix) e determinou a manutenção da retenção de pagamentos às empresas Engevix e AF Consult do Brasil Ltd., até os limites apurados na representação à peça 82, em conformidade com o despacho à peça 140.

2.5. Em seguida, foram opostos embargos de declaração. Aqueles apresentados pela AF Consult foram acolhidos com efeitos infringentes para sanar contradição na deliberação original e correção de erros materiais. Já os embargos opostos pela Engevix foram acolhidos sem efeitos infringentes para sanar omissão no decisum embargado.

2.6. Neste momento recursal, as indigitadas, apresentam argumentos que consideram suficientes para afastar as condenações sofridas.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. Reitera-se o exame de admissibilidade contido na peça 324, em que se propôs o conhecimento do recurso interposto pela empresa Engevix, suspendendo os efeitos do item 9.2 do Acórdão 1348/2017 – TCU – Plenário (peça 202), conforme Despacho do Relator, Ministro Walton Alencar (peça 329). Já o recurso interposto pela empresa AF Consult foi conhecido pelo Ministro Relator em Despacho de peça 350 por entender ter havido sucumbência da parte, bem como serem adequadas a interposição de pedido de reexame e a suspensão dos efeitos dos subitens 9.4 e 9.5 da citada decisão.

EXAME TÉCNICO

PRELIMINAR

4. Delimitação

4.1. Preliminarmente, constitui objeto do presente recurso avaliar se esta Corte é competente para julgar a matéria destes autos bem como se houve cerceamento de defesa.

5. Competência

5.1. A recorrente AF Consult afirma a incompetência desta Corte para atuar no presente objeto processual, com base nas seguintes alegações (peça 307, p. 14-23):

a) o TCU determinou o cumprimento do acórdão apesar de haver embargos de declaração opostos, então o acórdão recorrido deve ter seus efeitos suspensos (peça 307, p. 14-18);

b) o TCU determinou a anulação de termo aditivo sem a manifestação do Congresso Nacional, o que contraria o art. 71 da Constituição Federal diante da natureza contratual do ajuste;

c) a Eletronuclear – ETN possui natureza privada não sendo públicos os valores objetos de negócios da empresa;

d) as sociedades de economia mista não são mantidas pelo poder público federal;

e) prejuízo da ETN não é necessariamente dano ao erário, salvo financiamento direto do negócio por verba pública;

f) neste caso, os recursos são próprios da ETN ou decorrentes de financiamento do BNDES; a União é mera acionista e

g) a ETN se submete ao Sarbanes-Oxley Act que prevê a segurança dos negócios jurídicos internacionais.

5.2. A recorrente ainda informa que já solicitou a rescisão contratual com base na cláusula 36 do ajuste, o que teria sido informado a esta Corte em 25/08/2017 (peça 307, p. 14).

Análise

5.3. Não assiste razão à recorrente, devendo ser negado provimento ao presente recurso ainda em sede de preliminar. Explica-se.

5.4. Compulsando os autos verifica-se que a ETN homologou deliberação pela anulação do primeiro aditivo ao contrato GAC.T/CT 4500151462, no valor de R\$ 6,66 milhões, e parte do segundo aditivo ao contrato GAC.T/CT 4500146846 (valor total de R\$ 14,75 milhões), cujo valor anulado foi de R\$ 13,66 milhões, conforme ofícios de peças 265 e 349.

5.5. É preciso notar que, independentemente de decisão desta Corte, a ETN é livre para deliberar sobre seus próprios atos, tendo decidido pela anulação integral e parcial de dois atos anteriormente praticados, o que supriu a demanda desta Corte. Como os referidos atos deixaram de existir no mundo jurídico, tendo em vista sua anulação, não há fundamento para recorrer do item 9.4 do Acórdão 1348/2017 – TCU – Plenário (peça 202), cujos efeitos foram suspensos pelo Despacho de peça 350 ao dar conhecimento ao presente recurso.

5.6. Atente-se que, mesmo que suspensa a decisão, a ETN, como pessoa jurídica que é, pode rever seus atos e deliberar sobre eles. Da sua atuação decorrem efeitos jurídicos, entre eles o de perda de objeto do item 9.4 da decisão ora recorrida.

5.7. Ademais, a própria recorrente informou a esta Corte que está em processo de rescisão amigável do ajuste firmado com a ETN, conforme peça 271.

5.8. Cumpre, ainda, esclarecer à recorrente que esta Corte possui competência constitucional (art. 71 CF/1988) para determinar que a autoridade competente promova à anulação de termos aditivos na medida em que são atos nulos praticados no âmbito da execução contratual. Ao determinar a anulação de um ato, não se está anulando o contrato como um todo, mas parte dele, o que não necessita o envio ao Congresso Nacional.

5.9. Além disso, a Exma. Ministra Ellen Gracie dispôs no âmbito do MS 23.550 a respeito do assunto:

Sr. Presidente, parece-me, na hipótese, estarmos diante de um desses casos em que se aplica a regra geral na qual o administrador é quem deve corrigir eventuais falhas cometidas no exercício da sua atividade. Realizada a licitação, ela, ao que parece, se encontra viciada de problemas que afetariam a lisura da concorrência, porque violado o princípio da isonomia entre os contratantes. Não obstante, o certame foi levado a cabo e firmado o contrato. Portanto, o administrador nem

durante o processo licitatório verificou essa irregularidade, nem posteriormente a corrigiu. Constatada a irregularidade pelo Tribunal de Contas, sua decisão é exatamente essa de deferir quinze dias para que o administrador corrija o erro em que incorreu, anulando, portanto, a concorrência e o contrato eivados de sérios vícios.

Creio, com a vênua do eminente Ministro-Relator, estarmos diante da hipótese em que o Tribunal de Contas recomenda ao administrador a correção do ato (CF, art. 71, IX). Se ele não se curvar a essa determinação, então, retorna a iniciativa ao próprio Tribunal de Contas (CF, art. 71, X). No caso de contrato, de acordo com a norma do § 2º do art. 71, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional.

5.10. No mesmo sentido o MS 26.000 da relatoria do Exmo. Ministro Dias Toffoli.

5.11. No que tange ao item 9.5 da decisão recorrida, cujos efeitos também foram suspensos pelo Despacho de peça 350, entende-se não ser possível suspender seus efeitos por não ser passível de recurso decisão que determine a instauração de tomada de contas especial, conforme art. 279 do RI/TCU bem como Acórdão 735/2015 – TCU – Plenário, Exmo. Ministro Augusto Nardes. Veja-se o teor do normativo citado e da ementa da referida decisão:

Art. 279. Ressalvada a hipótese de embargos de declaração, não cabe recurso de decisão que rejeitar alegações de defesa, converter processo em tomada de contas especial ou determinar sua instauração, ou ainda que determinar a realização de citação, audiência, diligência ou fiscalização.

Parágrafo único. Se a parte intentar o recurso, a documentação encaminhada será aproveitada como defesa, sempre que possível, sem prejuízo da realização da citação ou da audiência, quando for obrigatória.

Acórdão 735/2015 – TCU – Plenário

SUMÁRIO: AGRAVO EM PEDIDO DE REEXAME. NÃO CABIMENTO DE RECURSO DE DECISÃO QUE CONVERTE PROCESSO EM TOMADA DE CONTAS ESPECIAL OU DETERMINA SUA INSTAURAÇÃO. ART. 279 DO REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. NEGATIVA DE PROVIMENTO.

5.12. Em seguida, cumpre afastar de pronto a alegação de que a ETN na qualidade de sociedade de economia mista não é alcançada pela competência desta Corte de Contas. Isto porque “na qualidade de sociedade de economia mista, integra a administração pública indireta e está sujeito às normas e aos princípios administrativos, entre eles os da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, insculpidos no caput do art. 37 da Constituição Federal.” (Acórdão 3053/2011 – Plenário, Exmo. Ministro Augusto Sherman Cavalcanti). Ademais, essa questão já foi enfrentada e superada pela Suprema Corte no âmbito dos Mandados de Segurança 25092 e 25181, de relatoria dos ministros Carlos Velloso e Marco Aurélio, respectivamente. Destaque-se ementa do MS 25092 (grifos acrescentados):

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA: FISCALIZAÇÃO PELO TRIBUNAL DE CONTAS. ADVOGADO EMPREGADO DA EMPRESA QUE DEIXA DE APRESENTAR APELAÇÃO EM QUESTÃO RUMOROSA. I. - Ao Tribunal de Contas da União compete julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário (CF, art. 71, II; Lei 8.443, de 1992, art. 1º, I). II. - As empresas públicas e as sociedades de economia mista, integrantes da administração indireta, estão sujeitas à fiscalização do Tribunal de Contas, não obstante os seus servidores estarem sujeitos ao regime

celetista. III. - Numa ação promovida contra a CHESF, o responsável pelo seu acompanhamento em juízo deixa de apelar. O argumento de que a não-interposição do recurso ocorreu em virtude de não ter havido adequada comunicação da publicação da sentença constitui matéria de fato dependente de dilação probatória, o que não é possível no processo do mandado de segurança, que pressupõe fatos incontroversos. IV. - Mandado de segurança indeferido.

5.13. Portanto, considera-se superada a questão.

5.14. Por fim, no que tange ao Sarbanes-Oxley Act – a lei SOX americana, assim a destacou o Acórdão 2274/2006 – TCU – Plenário, da relatoria do Exmo. Ministro Ubiratan Aguiar:

16. Interessa também enfatizar que a regulamentação está inserida dentro do contexto de combate a comportamentos antiéticos. É de longa data que se reconhece que os agentes, em qualquer ambiente, reagem a incentivos. Assim, os sinais emitidos pelos instrumentos regulatórios contribuem para moldar os comportamentos dos regulados. Para demonstrar a desnecessidade de prosseguir na defesa da importância da regulação no combate aos comportamentos antiéticos, basta testemunhar a edição do Sarbanes-Oxley Act nos Estados Unidos após a onda de fraudes contábeis.

5.15. Ora, a referida lei SOX veio justamente ao encontro do trabalho e competência desta Corte de Contas que é justamente prevenir e combater fraudes, desvios de verba pública, entre outras. Nesse sentido, a atuação deste TCU está alinhada ao cerne do referido normativo.

5.16. Em portal sobre auditoria na internet, no sítio <https://portaldeauditoria.com.br/introducao-lei-sarbanes-oxley-sox/>, há vasta explicação a respeito da lei SOX, desde a sua origem (contexto histórico) até os seus objetivos no âmbito das práticas de boa governança corporativa, o que se coaduna aos princípios constitucionais brasileiros como o da legalidade, transparência, moralidade e eficiência. Portanto, não é óbice à atuação desta Corte o fato de a ETN ter subscrito à referida lei internacional, como alegou a indigitada.

5.17. Portanto, diante do acima exposto entende-se que, quanto ao subitem 9.5 da decisão recorrida, o presente recurso não pode ser conhecido e, quanto ao subitem 9.4, houve perda de objeto diante do implemento das medidas ali dispostas pela ETN, o que também impõe o não conhecimento do recurso. Nesse aspecto, não há mérito a ser analisado, salvo entendimento contrário desta Corte, devendo, se assim entender adequado, retornar os autos a esta Serur para análise do mérito do recurso interposto pela empresa AF Consult.

6. Nulidade

6.1. A recorrente empresa Engevix afirma ter havido cerceamento de defesa por não ter sido intimada especificamente para responder por fraude à licitação, conforme argumentos expostos a seguir (peça 308, p. 3-8):

a) a empresa somente foi instada a se manifestar acerca dos pressupostos para aplicação de medidas cautelares diante de irregularidades verificadas (irregularidade diversa) e não pela indicação de fraude à licitação (Acórdão 188/2006 – TCU – Plenário);

b) a unidade técnica sugeriu nova oitiva da empresa, mas o relator considerou desnecessária;

c) não houve individualização da conduta ilícita praticada pela empresa para fraudar processos licitatórios; e

d) no processo criminal a empresa também não se defendeu da prática do crime de fraude à licitação.

6.2. Requer afastamento da declaração de inidoneidade contida no subitem 9.2 do acórdão recorrido.

Análise

6.3. Não assiste razão à recorrente. Explica-se.

6.4. Essa questão foi exaustivamente esclarecida pelo voto da decisão recorrida. Isto porque, como aponta a recorrente, o Ministro Relator Bruno Dantas discordou do entendimento da unidade técnica, fundamentando sua decisão assertivamente de forma a não restar dúvidas a acerca do cumprimento do princípio da ampla defesa e do contraditório no âmbito deste processo.

6.5. Nesse sentido, cumpre reproduzir a referida análise para esclarecimento da questão (peça 203, p. 8-9, grifos do original):

49. Por fim, discordo da proposta da unidade instrutora de promover nova oitiva da empresa Engevix para a prestação de esclarecimentos concernentes ao ponto da fraude à licitação mediante o pagamento de propinas, uma vez que essa faculdade já foi concedida à empresa no presente processo. De fato, essa irregularidade já constava nas instruções anteriores que embasaram o colhimento das justificativas aqui analisadas, e a possibilidade de aplicação da pena de inidoneidade já constava da análise empreendida na peça 133.

50. Apresento excertos das instruções contidas às peças 82 e 133 que retratam esse fato, ressaltando que ambas instruções foram encaminhadas junto com o ofício que facultou à empresa a apresentação de justificativas:

“Peça 82

II. Denúncia do Ministério Público Federal

(...)

25. No caso dos administradores da empresa Engevix, esses fatos estão sendo objeto de apuração na ação penal nº 5083351-89.2014.404.7000. O MPF também referencia as provas colhidas na OLJ, dentre elas, as quebras fiscais [e bancárias] da Engevix (autos nº 5075022-88.2014.404.7000), determinadas pelo juízo de Curitiba/PR. Registra o MPF que “tais quebras revelaram que, no mesmo período em que ocorriam crimes de cartel, fraude as licitações, corrupção e lavagem no âmbito da Petrobras, as empreiteiras Andrade Gutierrez e Engevix, contratadas pela Eletronuclear, adotavam o mesmo modus operandi em relação à Petrobras, para repassar propinas por meio de empresas intermediárias para Othon Luiz”. (...)

26. A partir das quebras de sigilo foi possível correlacionar os repasses da Engevix para (i) a empresa Link Projetos (cujo administrador, Victor Sérgio Colavitti, também celebrou acordo de colaboração premiada) e, posteriormente, desta para (ii) a Aratec Engenharia e Consultoria, empresa que tinha como sócia-administradora a Sr^a Ana Cristina da Silva Toniolo (CPF 101.862.268-37), filha do Sr. Othon Luiz Pinheiro da Silva, então presidente da ETN.

(...)

Peça 133

III.1.2. Análise - inadequação do tipo licitatório técnica e preço para o pacote de projeto Civil 2 - edificações convencionais

(...)

453. O que se discute é também a quebra dos princípios da igualdade e da eficiência (art. 37 da CF/88), diante das restrições que proporcionaram o direcionamento da licitação a uma empresa que já possuía contratos com a Eletronuclear, em detrimento da oportunidade de se contratar nova empresa que estaria ávida a ingressar em novo mercado. Deve-se frisar que, do ponto de vista técnico, as empresas concorrentes se mostraram em mesmo patamar, pois todas elas

possuíam portfólio de projetos executados com complexidade muito maior do que as edificações convencionais que faziam parte do escopo do pacote Civil 2.

(...)

455. Portanto, diante de toda a análise empreendida, a partir das manifestações da Eletronuclear e da sua contratada, mantém-se a conclusão da representação original: (i) houve indevida restrição à competitividade para a contratação de projetos executivos (detalhamento) de edificações convencionais (similares às de Angra 2), em ofensa ao princípio da isonomia, bem como (ii) houve escolha de proposta economicamente menos vantajosa à Administração Pública, pois a proposta da Engevix, mesmo após renegociação, continuou superior em mais de R\$ 2 milhões a proposta da empresa Genpro (peça 82, p. 58).

(...)

584. (...). Além disso, os problemas levantados na licitação, inclusive quanto aos indícios de conluio entre Engevix e Leme, podem ensejar a nulidade da licitação, bem como a aplicação de sanções pelo TCU, inclusive a possível declaração de inidoneidade aos licitantes fraudadores, conforme art. 46 da Lei 8.443/1992 (item II.1.2 desta instrução). (...)

51. Destaco, também, que os fatos apresentados e denunciados no processo judicial já eram objeto de análise e discussão neste processo desde sua origem. Inclusive, a própria Engevix alegou, em sua manifestação prévia, que a referida investigação ainda estava em trâmite na justiça e que os fatos ainda não tinham sido comprovados. Porém, o exame técnico à peça 133 já apresentava decisão judicial, exarada quinze dias antes da manifestação da empresa, confirmando os crimes denunciados, conforme trecho descrito a seguir:

“IV. Manifestação da Engevix sobre os procedimentos apurados na Operação Lava Jato

523. A Engevix apresentou espontaneamente algumas considerações sobre os “procedimentos apurados na Operação Lava Jato”, que envolveriam a relação entre a empresa e gestores da Eletronuclear (peça 101, p. 2 e 4).

(...)

525. Desse modo, na visão da Engevix, “as informações trazidas da Operação Lava Jato pela Representação, não possuem a consistência necessária para serem consideradas elemento apto a garantir o convencimento desta Corte de Contas” (peça 101, p. 2 e 4).

526. Afirma a contratada que a denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal estaria ainda em trâmite perante a Justiça do Estado do Rio de Janeiro no âmbito do Processo n.º 0510926- 86.2015.4.02.5101, e, portanto, ainda “estaria sujeita ao crivo dos tribunais, não havendo que se falar em fatos incontroversos”.

(...)

IV.1. Análise – atuação da Engevix nos contratos com a Eletronuclear segundo a Justiça Federal

528. Observa-se que a argumentação da Engevix, de 18/8/2016 (peça 101, p. 38), se baseia em cenário no qual os procedimentos no âmbito judicial ainda estariam “pendentes de conclusão”.

529. Ocorre que, em 3/8/2016, ou seja, 15 dias antes da manifestação da Engevix ao TCU, o Juiz Federal Marcelo da Costa Bretas, da 7ª Vara Federal Criminal, já havia lançado sua sentença (159 págs.) nos autos do Processo n.º 0510926-86.2015.4.02.5101, com ampla repercussão na imprensa nacional.

530. O Exmo. Juiz confirmou que ocorreram tratativas ilícitas para favorecer a empresa Engevix nos contratos celebrados com a Eletronuclear, inclusive na licitação para o pacote de projetos Civil 2. (...)”

52. Ressalto, também, que inteiro teor das cláusulas restritivas que permitiram e promoveram a fraude aqui comprovada já constavam no processo quando foi oportunizada oitiva da Engevix.

53. Dessa forma, constato que houve obediência ao princípio do contraditório e da ampla defesa, uma vez que foi facultada manifestação frente às irregularidades que demonstravam e indicavam a fraude ao processo licitatório. Portanto, frente à gravidade dos fatos apresentados, julgo cabível declarar a empresa Engevix inidônea para participar de licitações na Administração Pública pelo prazo de cinco anos, conforme autoriza o art. 46 da Lei 8.443/1993.

6.6. Anui-se ao entendimento acima exposto. Ressalte-se que as peças 82 e 133 foram encaminhadas em anexo ao ofício enviado à Engevix, e leitura atenta de seu teor permitia a recorrente certificar-se acerca dos possíveis enquadramentos legais a que estaria sujeita caso os fatos não fossem devidamente esclarecidos, dando-se aí a individualização da sua conduta. Note-se, no ofício de peça 142, o seguinte excerto em que se destaca a necessidade de leitura atenta das peças 82, 133 e 140, onde constam as irregularidades para as quais faziam-se necessários esclarecimentos, bem como os possíveis desfechos caso aquelas não fossem afastadas:

3. Nesse contexto, determinou-se, ainda, a oitiva de Engevix Engenharia S/A, representada por Vossa Senhoria, para que, no prazo de até quinze dias, a contar do recebimento da presente comunicação, com fundamento no art. 276, § 3º, do Regimento Interno do TCU, se pronuncie acerca das irregularidades abordadas no mencionado Despacho (peça 140), e tratadas na instrução da Unidade Técnica, datada de 6/10/2016 (peça 133) e se encontram detalhadas na instrução da Unidade Técnica, de 22/7/2016 (peça 82).

6.7. Dessa forma, como a função precípua da intimação é deixar a parte ciente tanto dos possíveis desfechos como da matéria tratada nos autos, consideram-se supridos tais pressupostos e atendidos de forma plena a ampla defesa e contraditório, sendo descabido o pedido para anular a decisão vergastada.

MÉRITO

7. Delimitação

7.1. Constitui objeto do presente recurso reavaliar a pena de inidoneidade para contratar com a Administração Pública por cinco anos aplicada à empresa Engevix.

8. Inidoneidade

8.1. A recorrente assegura não ser cabível a aplicação da pena de inidoneidade para contratar com a Administração Pública pelos motivos a seguir destacados (peça 308, p. 8-24):

a) não restou comprovada a prática de ato doloso (conduta material, como troca de e-mails e interceptação telefônica) pela empresa Engevix que justifique a aplicação da pena de inidoneidade, conforme jurisprudência contida no Acórdão 2608/2011 – TCU – Plenário;

b) não se comprovou que o pagamento de propina tinha como finalidade obtenção de vantagem ilícita para direcionar a licitação, portanto, tal fato não pode ser usado como justificativa para comprovar a fraude (não se comprovou dolo específico – Acórdão 3156/2016 – TCU – Plenário);

c) não se demonstrou como o presidente da Eletronuclear agiu ou se omitiu para beneficiar a empresa recorrente;

d) a fraude na licitação que se inicia nos termos do edital não depende apenas do presidente da instituição, mas também de outros agentes públicos responsáveis pela elaboração do instrumento convocatório bem como da anuência das demais concorrentes do certame, no entanto, não há demonstração desses fatos;

e) não há justificativa para sancionar a empresa porque os atos irregulares decorreram dos agentes públicos e não dela, já que não induziu nem concorreu para prática de tais atos;

f) a responsabilização da empresa é de natureza subjetiva, exigindo-se três pressupostos: ato ilícito, conduta dolosa e nexo de causalidade;

g) não houve impugnação do edital pelas demais concorrentes do certame;

h) os pagamentos de propina não objetivaram vantagens ilícitas em procedimentos licitatórios, pois a empresa foi vítima do crime de concussão (coação, ameaça) e não autora do crime de corrupção ativa (peça 308, p. 17-24);

i) a empresa foi ameaçada a pagar propina sob pena de serem criadas dificuldades à execução dos contratos da empresa, assim não houve o dolo de corromper o agente público, porque a empresa não pagou de vontade própria, mas sim forçado a fazê-lo; e

j) “quem é vítima de uma investida criminosa não pode prometer nada, mas apenas aquiescer com o pagamento” (peça 308, p. 22).

8.2. Requer afastamento da declaração de inidoneidade para contratar com a Administração Pública por cinco anos contida no subitem 9.2 da decisão recorrida.

Análise

8.3. Não assiste razão à recorrente. Explica-se.

8.4. Cumpre, desde já, afastar as declarações da empresa recorrente no sentido de que foi vítima de um agente público chantageador.

8.5. Em primeiro lugar, a vítima neste caso concreto é o interesse público, e, portanto, o povo brasileiro de quem emana o poder, conforme dispõe a Constituição Federal de 1988. Afirmar que não havia outro caminho a não ser o pagamento de propina para não ser prejudicada na execução de seus contratos não demonstra a realidade dos fatos. Era possível, seguindo o Código de Ética e a Constituição Federal, agir de acordo com o decoro, os princípios da moralidade, legalidade, eficiência, honestidade e denunciar o agente público a quem a empresa acusa de corruptor. Caso a empresa estivesse sob coação como alega, caberia a ela atuar de acordo com os ditames legais. Mas, assim não o fez. Alegar não ter tido outra solução não a socorre. Fato é que optou por pagar verba indevida para obter vantagens, o que demonstra falta de idoneidade para contratar com a Administração Pública.

8.6. Ademais, tem-se que o enquadramento no tipo penal cumpre ao Poder Judiciário (que já o fez em sentido contrário ao exposto pela recorrente, entendendo pela ocorrência de corrupção ativa) e não a esta Corte de Contas.

8.7. O que a recorrente relata em sua peça recursal põe em relevo relação promiscua entre a empresa Engevix e ao menos um agente público, o que apenas reforça a tese acolhida pelo Plenário desta Corte de Contas no âmbito da decisão recorrida no sentido de que houve fraude à licitação orquestrada em conluio pela recorrente e, no mínimo, o presidente da Eletronuclear. Para que se declare a inidoneidade da empresa basta haver provas de que não é idônea para contratar com a Administração Pública. Nesse sentido, ao relatar que aceitou se corromper pagando propina ao presidente da Eletronuclear para que não houvesse obstáculos a sua atuação, informa que agiu de forma inidônea não estando apta a contratar com a Administração Pública pelo prazo de cinco anos. Reforce-se que a empresa poderia ter optado pelo caminho da legalidade

e denunciado as coações que afirma ter sofrido e não se submeter a elas, mas assim não procedeu; o que demonstra que não atua segundo os princípios da moralidade, legalidade, segurança jurídica e eficiência.

8.8. *Isso é o que a recorrente alega e não a socorre. No entanto, as provas que constam do parecer do Ministério Público Federal – MPF, e destes autos, bem como os termos da sentença judicial condenatória na qual esta Corte se baseou vai de encontro ao relatado pela recorrente.*

8.9. *Nessa linha, os fatos não se resumem ao que foi alegado pela indigitada. Em realidade, os fatos que constam dos autos judiciais, conforme provas colhidas pelo MPF, demonstram claramente que houve pagamento de propina pela Engevix à Eletronuclear para que houvesse favorecimento da empresa nas licitações realizadas.*

8.10. *Reproduz-se abaixo excerto da instrução de peça 133, p. 72-75 que traz a sentença judicial explicitando os caminhos percorridos para a fraude à licitação (grifos do original):*

530. *O Exmo. Juiz confirmou que ocorreram tratativas ilícitas para favorecer a empresa Engevix nos contratos celebrados com a Eletronuclear, inclusive na licitação para o pacote de projetos Civil 2. A fim de melhor expor as conclusões da Justiça Federal, são transcritos os principais trechos exarados pelo Exmo. Juiz (início à p. 79 da sentença, destaques do original ou acrescidos):*

Embora não tenha sido possível identificar com clareza o momento em que os envolvidos ajustaram o pagamento de vantagem indevida, não resta qualquer dúvida de que as tratativas ilícitas para favorecer a ENGEVIX aconteceram e que houve efetivo favorecimento.

(...)

O que representa verdadeiro indício de irregularidade é a proximidade entre as datas de publicação dos editais de licitação GAC.T/CN 003/2010, 005/2010, 006/2010 (28.05.2010) e a data em que a ENGEVIX assinou contrato com a LINK PROJETOS (30.05.2010), contrato esse firmado apenas para repassar dinheiro ao acusado Othon Luiz (...).

O acusado José Antunes reconheceu não apenas em sede policial, como também em seu interrogatório que os contratos da ENGEVIX com a LINK eram fictícios, tendo sido confeccionados apenas para repasse de pagamento indevido a Othon Luiz, uma vez os serviços contratados jamais foram executados (...)

(...)

Depois e em razão desses ajustes para pagamentos indevidos, Othon Luiz teria direcionado as licitações, atribuindo peso excessivo às pontuações técnicas previstas nos editais em comparação ao preço, em razão disso é possível que tenha havido violação ao princípio da isonomia e do julgamento objetivo das licitações. Todavia, não se pode afirmar, como pretende a acusação, que nessas licitações vencidas pela ENGEVIX, caso não houve direcionamento dos editais em seu benefício, os demais licitantes conseguiriam sair vencedores.

O que se observa concretamente é que a ENGEVIX foi vencedora em todas as licitações cujos editais que previam a técnica e preço, isto é, nos processos (...) GAC.T-006/12 [pacote Civil 2]. (...)

Chama a atenção a existência de documento com data de 06.03.2012, intitulado Análise Preliminar do Edital/Contrato da Concorrência GATC/CN 006/12 - Prestação de Serviços Técnicos Especializados de Engenharia do Pacote Civil 2 para ANGRA 3, em que a Procuradoria Jurídica da ELETRONUCLEAR contesta os motivos pelos quais a licitação seria efetuada pelo tipo técnica e preço, e não pelo menor preço e alerta sobre as exigências editalícias rigorosas ou inadequadas (...).

A despeito desse parecer, Othon Luiz encaminhou para divulgação o edital concorrência nacional GAC. T/CN0012/12 em 12/07/2012 [pacote Civil 2]. Nessa licitação, a ENGEVIX somente foi contratada em virtude da pontuação técnica, haja vista que sua proposta não foi a de "menor preço" (...).

No caso concreto restou comprovado, acima de qualquer dúvida relevante, que José Antunes, atendendo à solicitação do réu Othon Luiz, ou tendo ele mesmo feito proposta a este réu, combinou o pagamento futuro de propinas ao então presidente da ELETRONUCLEAR (Othon Luiz) com o fim de obter deste favores consistentes em não criar dificuldades durante os contratos em execução na usina de Angra 3, favorecendo sua empresa (ENGEVIX) nos vários contratos e aditamentos que se seguiram ao ajuste ilícito. (...)

(...)

Por conseguinte, concluo que o acusado José Antunes, consciente e voluntariamente, prometeu o pagamento de futuras vantagens indevidas ao acusado Othon Luiz, conforme relatos acima, a fim de que este praticasse, omitisse e/ou retardasse ato de ofício em razão do cargo de Presidente da ELETRONUCLEAR que ocupava à época dos fatos, no que foi de fato atendido. Reconheço, assim, a ocorrência do delito tipificado no artigo 333, c/c parágrafo único do Código Penal.

(...)

Tais fatos delituosos teriam ocorrido quando se discutiam e negociavam etapas importantes destinadas dos processos licitatórios, isto é, durante as fases internas e externas dos Processos licitatórios (...) GAC.T-006/12 – Edital GAC.T/CN-012/2012 [pacote Civil 2], (...). Teriam ocorrido, ainda, atos de corrupção por ocasião da celebração de contratos, pactuação de aditivos com a ENGEVIX, a saber, contratos (...) GAC.T/CT 4500146846 e pactuação dos Aditivos 1, 2 e 3 [projeto eletromecânico 2], GAC.T/AS 4500149995, GAC.T/CT 4500160692, GAC.T/CT 4500151462 (AF CONSULT) [projeto eletromecânico 1], e pactuação do Aditivo 1.

(...)

Tenho que houve efetiva comprovação da materialidade e autoria dos delitos de corrupção ativa e passiva envolvendo a ENGEVIX, (...).

Além disso, a instrução processual identificou fortes indícios de que os acusados teriam praticado também os crimes tipificados nos artigos 90 e 96, V, da Lei nº 8.666/1993, respectivamente, ao inserirem cláusulas restritivas à competitividade no edital.

(...)

De acordo com a denúncia, entre 25/06/2007 e 05/08/2015, Othon Luiz, (...) José Antunes (...) (dentre outros não identificados por ocasião da denúncia), de modo consciente, voluntário, estável e em comunhão de vontades, promoveram, constituíram, financiaram e integraram, pessoalmente, uma organização criminosa que tinha por finalidade a prática de crimes de corrupção ativa e passiva, fraude às licitações em detrimento da ELETRONUCLEAR (...).

(...)

Os membros dessa associação foram comprovadamente responsáveis pela prática de diversos delitos(...) sendo composta e estruturada do seguinte modo:

1. Othon Luiz foi considerado o principal mentor do esquema e beneficiário dos recursos de propina pagas pelas empreiteiras ENGEVIX e ANDRADE GUTIERREZ. (...)

(...)

11. José Antunes, sócio e diretor executivo da ENGEVIX exercia a representação institucional da empresa junto à ELETRONUCLEAR e foi responsável, (...) pela prática de delitos de fraude às licitações e, por reiteradas vezes, oferecer e prometer a Othon Luiz vantagens indevidas em razão de contratos mantidos com a estatal. (..)

(...)

Pelo exposto, a materialidade e a autoria restam amplamente comprovadas pelo conjunto probatório produzido nos autos, no que diz respeito às condutas dolosas dos acusados, sendo suficiente para caracterizar os delitos de associação criminosa, corrupção ativa e passiva, lavagem de dinheiro, evasão de divisas, fraude processual e pertinência à organização criminosa perpetrados pelos acusados.

Finda a instrução não foi formulada ou apresentada nenhuma tese defensiva capaz de afastar a justa causa, uma vez que a atividade probatória foi plenamente capaz de corroborar os elementos de convicção existentes.

(...)

2. CONDENO os acusados Othon Luiz Pinheiro da Silva, (...) José Antunes Sobrinho (...), qualificados na inicial, na forma do artigo 387 do Código de Processo Penal, pela prática dos crimes a seguir descritos previstos, cujas penas a impostas serão em seguida dosadas e individualizadas.

2.1. Othon Luiz Pinheiro da Silva

a. Crime de corrupção passiva na ANDRADE GUTIERREZ e na ENGEVIX

(artigo 317 do Código Penal): em decorrência do recebimento de vantagem indevida, por 3 (três) vezes no caso da ANDRADE GUTIERREZ e 1 (uma) vez no caso da ENGEVIX, nos termos da fundamentação, em razão do cargo de Diretor da ELETRONUCLEAR dos representantes das duas empresas referidas.

(...)

2.12. José Antunes Sobrinho

a. Crime de corrupção ativa na ENGEVIX (artigo 333 do Código Penal): em decorrência da promessa de pagamento de vantagem indevida, por 1 (uma) vez, nos termos da fundamentação, a Othon Luiz, a fim de que este praticasse, omitisse e/ou retardasse ato de ofício em razão do cargo de Presidente da ELETRONUCLEAR que ocupava à época.

(...) os motivos do crime, externados pelo réu ao longo da instrução, deixam claro que os delitos foram praticados com interesses comerciais de promover a empresa ENGEVIX, melhorando artificialmente sua competitividade e aumentando seu faturamento, fato que considero reprovável. As circunstâncias devem ser valoradas negativamente, pois a prática do delito envolveu a corrupção de funcionário público de alto escalão e o pagamento da elevada quantia de R\$ 1.000.000,00 em vantagens indevidas.

As consequências do crime também devem ser valoradas negativamente, pois o custo da propina foi repassado à ELETRONUCLEAR, que teve de arcar com valores superiores àqueles que seriam devidos em um contexto de livre concorrência e de observância da probidade administrativa. As consequências do crime para a empresa ELETRONUCLEAR vão além do prejuízo monetário (possivelmente muito superior ao valor recebido em propina, até para que a negociação da corrupção seja lucrativa para as empreiteiras corruptoras), a imagem da empresa restou extremamente abalada entre investidores e contratantes em geral (a título de exemplo, recentemente a ELETROBRÁS, empresa controladora da ELETRONUCLEAR, foi impedida de negociar suas ações no mercado financeiro norte-americano, por dificuldades na contabilização

dos prejuízos advindos com os casos de corrupção que vêm sendo descobertos e investigados no escândalo nacional chamado eletrolão, dentre os quais se inserem os fatos tratados nesta ação penal, como dá conta o comunicado recebido da New York Stock Exchange em fl. 10034).

531. Diante da contundente sentença judicial, não restam dúvidas de que estão confirmados os robustos indícios de fraudes à licitação para a contratação do pacote de projetos Civil 2. Tais elementos emprestados de sentença condenatória no processo resultante da Operação Radioatividade, que condenou o ex-presidente da Eletronuclear a 43 anos de reclusão e o executivo da Engevix a quase 22 anos de reclusão, reforça as propostas de indicativo de IGP e de medida cautelar de retenção de pagamentos à empresa Engevix Engenharia S/A. (grifos acrescidos)

8.11. Leitura atenta do excerto acima permite verificar os caminhos percorridos pela recorrente no que tange a tratativas para implementação da fraude à licitação bem como os atos ilícitos praticados, as condutas dolosas e o nexos de causalidade, já que a empresa recorrente participante do esquema fraudulento, foi efetivamente contratada.

8.12. Interessante observar o item 9.6 e seus subitens da decisão recorrida. Lá são listados os atos praticados nas contratações em análise neste processo que contribuíram para a ocorrência de direcionamento de licitação, entre outras irregularidades, e que não devem mais ser praticados pela ETN.

8.13. Importante reproduzir excerto do voto do Acórdão 3080/2016 – TCU – Plenário, Exmo Relator Bruno Dantas (peças 158 e 159), que negou provimento a agravo interposto pela Engevix e lista os indícios que comprovam a fraude bem como a inidoneidade para contratar com a Administração Pública:

39. Cumpre registrar, portanto, que a decisão sobre esse apontamento não ocorre de maneira segmentada, em que cada constatação é analisada em sua individualidade. Ao contrário, são indícios vários e coincidentes de que se utilizou uma rede de instrumentos jurídicos que viabilizassem a contratação de uma única empresa em todas as licitações de projetos civis de Angra 3, bem como nas licitações do pacote eletromecânico 2 (secundário, convencional) e da tubovia de ligação com Angra 2.

40. Os elementos presentes nos autos até o momento parecem indicar que a opção do julgamento por técnica e preço e a adoção de regras editalícias excessivamente rigorosas ou inadequadas, por exemplo, feitas à revelia do parecer do setor jurídico da entidade à época, favoreceram a contratação da Engevix, conforme apontou a unidade técnica e foi confirmado no processo criminal.

41. Ou seja, são deveras robustos os indícios de que a licitação foi moldada e processada em função de possibilitar o direcionamento do contrato àquela empresa.

42. A unidade técnica, inclusive, vislumbrou fraude na opção pelo critério de técnica e preço, ao que tudo indica adotado apenas para possibilitar o direcionamento da licitação. No seu entender, poder-se-ia estimar que a diferença entre o valor do contrato e a menor proposta ofertada no certame constituiria sobrepreço (da ordem de R\$ 2,6 milhões).

(...)

44. Em linhas gerais, alega a recorrente que o ordenamento jurídico daria respaldo à contratação de projeto executivo mediante licitação do tipo técnica e preço; que as exigências editalícias não seriam restritivas; que foram adequados o prazo para apresentação de propostas e a exigência de visita técnica; que não haveria irregularidades no julgamento das propostas, porquanto o edital trazia critérios objetivos para a análise; e que não teria ocorrido favorecimento à Engevix.

45. *É certo que projetos executivos podem vir a ser contratados por meio de técnica e preço. O questionamento é que, no caso concreto, o contrato que ora se examina dizia respeito a edificações convencionais (não nucleares), não tendo sido identificadas razões que justificassem a adoção desse tipo, o qual não deve ser corriqueiro. Esse foi, inclusive, o posicionamento da Procuradoria Jurídica da Eletronuclear à época da licitação.*

46. *Quanto às regras excessivamente restritivas, somente em situações excepcionais, em que esteja demonstrada a razoabilidade do critério, são admitidas exigências como a de que os atestados refiram-se unicamente ao contratado principal (impedindo atestados apresentados por subcontratadas) e a de que os atestados refiram-se a determinadas tipologias de obra (impedindo a comprovação de experiência em obras similares).*

47. *É certo que obras de grande complexidade e especificidade podem justificar tais exigências, mas não é o caso de edificações convencionais, perfeitamente passíveis de serem projetadas por empresas comuns. Conforme explicado pela própria Engevix, as edificações do pacote civil 2 possuem não mais do que quatro pavimentos, incluindo o subsolo, além de desempenharem funções corriqueiras, tais como depósito, almoxarifado, oficina ou laboratório.*

48. *Ademais, considera-se que, para a licitação de empresas projetistas, a verificação de experiência anterior deve ater-se ao vulto e à complexidade dos produtos já apresentados pela empresa, e não à quantidade de horas despendidas na sua elaboração, considerando que empresas mais eficientes gastam menos horas na elaboração de seus projetos.*

49. *O apontamento de que teria havido desrespeito aos princípios de publicidade e igualdade compõe-se de elementos que indicam um favorecimento à condição da Engevix e, nesse aspecto, ela também seria favorecida por regras como prazos exíguos para obtenção de atestados técnicos exigidos (não se trata do simples prazo legal para apresentação da proposta); entrega de novos documentos apenas às empresas que participaram de visita presencial obrigatória (ao contrário do afirmado pela recorrente, a jurisprudência do Tribunal só admite a exigência de visita em situações excepcionais); e esclarecimentos insuficientes quanto aos quantitativos de serviços não constantes da documentação da licitação. Conforme exposto pela unidade instrutiva, diversas ocorrências moldaram um ambiente de incertezas e assimetrias de informações que destacaram a situação da Engevix (presente no canteiro por ter contrato assinado desde 1982) em relação à das demais empresas que poderiam acorrer ao certame, muitas delas sem nunca terem assinado nenhum tipo de contrato com a Eletronuclear.*

50. *Quanto à subjetividade dos critérios de julgamento das propostas, importa destacar que foram apontados ao menos três critérios de avaliação flagrantemente subjetivos, os quais somavam 35% do total da pontuação técnica. Dessa forma, por motivo de conveniência, cada avaliador poderia chegar a seu próprio resultado no certame, dada a dificuldade de, na prática, atribuir notas a cada um dos aspectos. Outra grave constatação é a falta de correspondência entre a distribuição de pontos no critério técnico (o qual decidiu a licitação) e a relevância desses mesmos aspectos para boa execução da obra.*

8.14. *Leitura atenta do excerto acima bem como do voto da decisão recorrida, peça 203, p. 5-8, permite concluir que a empresa não obteve êxito em afastar as constatações de que houve fraude à licitação. Nesta fase recursal, os argumentos apresentados também não a socorrem.*

8.15. *Em seguida, cumpre destacar que a responsabilidade dos agentes públicos envolvidos na fraude à licitação, comprovada nestes autos, bem como o dano ao erário serão devidamente apurados em sede de tomada de contas especial, como determinou a decisão recorrida, senão veja-se o seguinte excerto de seu voto a respeito, peça 203, p. 7-8:*

47. *Em face da gravidade dos fatos aqui retratados, não se mostra descabida a conclusão de que houve dano monetário ao Erário devido ao direcionamento do edital à Engevix. Reputo*

adequada, a princípio, a estimativa baseada em comparação com propostas de preço mais vantajosas apresentadas naquela licitação, a exemplo da apresentada pela empresa Genpro. Ora, se fica comprovado que o critério de técnica e preço só foi ocasionado pelo intuito de direcionar o certame, o mais adequado é tomar como referência o valor que seria contratado se a licitação ocorresse mediante menor preço. Assim, anuo à proposta da unidade instrutora para que a análise mais detalhada da quantificação do débito seja empreendida em processo apartado de tomada de contas especial, que deverá também identificar os responsáveis envolvidos na fraude aqui caracterizada para que sejam devidamente apenados.

8.16. Nessa linha, a constatação de que a empresa é inidônea para contratar com a Administração Pública independe da condenação dos agentes públicos envolvidos na fraude, na medida em que resta comprovada a participação da empresa Engevix para a ocorrência da fraude, sendo a pena aplicável desde já, a fim de proteger o interesse público. Esse período de cinco anos que a empresa estará proibida de contratar com a Administração Pública será momento de reflexão e ação para que a empresa adote na prática código de ética efetivo com base nos princípios constitucionais da moralidade, ética, eficiência, legalidade e segurança jurídica para não reincidir em prática fraudulenta a fim de obter vantagens ilícitas quando a concorrência entre as empresas deve ser livre, ou seja, não direcionada a uma determinada empresa. É o que se espera.

8.17. Dessa forma, o pedido da Engevix para afastar a pena de inidoneidade para contratar com a Administração Pública deve ser negado.

CONCLUSÃO

9. Das análises anteriores, preliminarmente, verificou-se inexistir causa de nulidade processual por cerceamento de defesa bem como atestou-se a competência desta Corte para atuar nas contratações em análise conforme sua competência constitucionalmente estabelecida. Verificou-se, ainda, a impossibilidade de conhecer o recurso interposto pela AF Consult tanto quanto ao item 9.5 que determina a instauração de TCE como ao item 9.4 em que se identificou a perda de objeto diante da implementação das medidas pela ETN.

9.1. Ademais, quanto ao mérito do recurso interposto pela empresa Engevix, conclui-se não ser possível afastar a declaração de inidoneidade para contratar com a Administração Pública diante do somatório de indícios contidos nos autos, o que evidencia o desígnio de vontades para restringir o caráter competitivo do procedimento licitatório e para promover o direcionamento do certame, ficando comprovada a ocorrência de fraude à licitação.

9.2. Com base nessas conclusões, propõe-se o não conhecimento do recurso interposto pela AF Consult e o não provimento do recurso interposto pela Engevix.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

10. Ante o exposto, submete-se à consideração superior a presente análise dos pedidos de reexame interpostos por Engevix Engenharia e Projetos S.A. e AF Consult Ltd. (Finlandesa) contra o Acórdão 1348/2017 – TCU – Plenário, cuja redação foi alterada pelo Acórdão 1899/2017 – TCU – Plenário, propondo-se, com fundamento no art. 48 c/c os arts. 32 e 33 da Lei 8.443/1992:

a) não conhecer do recurso interposto pela AF Consult Ltd. (Finlandesa) quanto aos itens: 9.4, por perda de objeto diante da implementação das medidas ali previstas pela ETN (peças 265 e 349); e 9.5, conforme art. 279 do RI/TCU;

b) conhecer do recurso interposto por Engevix Engenharia e Projetos S.A. e, no mérito, negar-lhe provimento;

c) dar ciência da deliberação aos Conselhos de Administração da Eletronuclear e da Eletrobras, à Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), ao Ministério de Minas e Energia

(MME), ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), à Casa Civil de Presidência da República e ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES); ao Juízo da 7ª Vara Federal Criminal – Seção Judiciária do Rio de Janeiro, na pessoa do Exmo. Juiz Federal Marcelo da Costa Bretas, no interesse dos Processos 0504797- 31.2016.4.02.5101, 0510719-87.2015.4.02.5101, 0510716-35.2015.4.02.5101 e 0510710- 28.2015.4.02.5101, que tramitam perante aquele juízo, referentes às Operações Radioatividade (16ª fase de Operação Lava Jato e Pripjat); aos Procuradores da República do Ministério Público Federal no Estado do Rio de Janeiro, Exmos. Srs. Lauro Coelho Junior, Eduardo Ribeiro Gomes El-Hage e José Augusto Simões Vagos, responsáveis pela condução dos processos relativos às Operações Radioatividade e Pripjat, nas quais se apuram os ilícitos ocorridos na construção da Usina Termonuclear de Angra III; à Força-Tarefa Operação Lava Jato, do Ministério Público Federal; ao Departamento de Polícia Federal do Ministério da Justiça (DPF/MJ), à Advocacia Geral da União (AGU), ao Ministério da Transparência e Controladoria Geral da União (CGU) e ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE); às recorrentes bem como aos demais interessados.

TERMO DE CIÊNCIA DE COMUNICAÇÃO

(Documento gerado automaticamente pela Plataforma Conecta-TCU)

Comunicação: Aviso 000.396/2023-GABPRES

Processo: 021.542/2016-3

Órgão/entidade: SF - Comissão Mista de Orçamento - CMO

Destinatário: COMISSÃO MISTA DE ORÇAMENTO - SF

Informo ter tomado ciência, nesta data, da comunicação acima indicada dirigida à/ao COMISSÃO MISTA DE ORÇAMENTO - SF pelo Tribunal de Contas da União, por meio da plataforma Conecta-TCU.

Data da ciência: 23/05/2023

(Assinado eletronicamente)

Maria do Socorro de Lacerda Dantas

Usuário habilitado a receber e a acessar comunicações pela plataforma Conecta-TCU.