



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

CONTROLADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Gabinete do Controlador Geral

Viaduto do Chá, 15, 10º andar - Bairro Centro - São Paulo/SP - CEP 01002-900

Telefone: 3113-8234/ 3113-8269

PROCESSO 6067.2019/0026262-4

Decisão CGM/GAB Nº 100999262

Processo: 6067.2019/0026262-4

Assunto: Processo Administrativo de Responsabilização de Pessoa Jurídica. Apontamento de indícios pela Sindicância SEI nº 6067.2018/0018665-9 de violação ao artigo 5º, inciso IV, alíneas “a”, “d” e “g”, da Lei Federal nº 12.846/2013 - Subsunção ao tipo previsto no artigo 5º, inciso IV, alínea “a”, para os fins de responsabilização objetiva preconizada pelo artigo 2º da Lei Anticorrupção em face da pessoa jurídica infratora - Confirmação da presença de vários elementos probatórios ratificadores da perpetração da ilicitude - Propostas sancionatórias consistentes na aplicação à pessoa jurídica CONSTRUBASE ENGENHARIA LTDA., inscrita no CNPJ sob o nº 62.445.838/0001-46 e multa no valor de R\$ 20.856.701,32 (vinte milhões, oitocentos e cinquenta e seis mil setecentos e um reais e trinta e dois centavos), correspondente à vantagem auferida pela pessoa jurídica (mínimo legal) e a, aproximadamente, █% do faturamento bruto da empresa no exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, e publicação extraordinária da decisão condenatória, em razão da prática de ato lesivo previsto no art. 5º, inciso IV, alínea “a” da Lei Federal nº 12.846/2013, com fundamento no artigo 6º, incisos I e II, da Lei Federal nº 12.846/2013 e nos artigos 21 e 22, § 1º, ambos do Decreto Municipal nº 55.107/2014.

I – Relatório

O presente Processo Administrativo para Apuração de Responsabilidade Administrativa de Pessoa Jurídica – PAR, foi instaurado pelo então Controlador Geral do Município por meio da Portaria 184/2019 (024481348), publicada em 27/12/2019, em face da **CONSTRUBASE ENGENHARIA LTDA., inscrita no CNPJ sob o nº 62.445.838/0001-46**, em razão das conclusões da Sindicância SEI nº 6067.2018/0018665-9 que apontaram possíveis práticas de atos lesivos à administração pública previstos na Lei Federal nº 12.846/2013, denominada Lei Anticorrupção, em seu artigo 5º, IV, alíneas “a” “d” e “g”, relacionados a condutas anticompetitivas, fraude em licitações e sobrepreço no Contrato 185/SIURB/2011.

Foi determinada ainda a apuração conjunta da eventual responsabilidade da pessoa jurídica por infração administrativa tipificada no art. 88 da Lei Federal nº 8.666/93, conforme permitido pelo art. 3º, parágrafo 7º, do Decreto Municipal nº 55.107/14.

Especificamente, conforme consta do Despacho da Comissão Processante (027007685), a imputação apontou que a investigada teria agido para:

Em conluio com outras pessoas jurídicas, haver frustrado, mediante prévio ajuste de preços, o caráter competitivo de procedimentos licitatórios públicos promovidos pela Prefeitura de São Paulo no âmbito do mercado de obras civis de infraestrutura e transporte rodoviário, para a implementação do Programa de Desenvolvimento do Sistema Viário Estratégico Metropolitano de

São Paulo, fraudando, notadamente, a licitação pública consubstanciada na Concorrência EMURB nº 001200100 (Processo nº 2011-0.348.393-1). Segundo o relatório final da Sindicância SEI nº 6067.2018/0018665-9, a empresa teria vencido de forma fraudulenta a licitação referente à obra da Avenida Chucri Zaidan (Concorrência EMURB nº 001200100).

Além disso, em decorrência da fraude perpetrada durante a Concorrência EMURB nº 001200100, a pessoa jurídica ora processada celebrou com a Municipalidade de São Paulo o Contrato nº 185/SIURB/2011, em 21/12/2011, através do CONSÓRCIO PANAMBY, integrado pelas empresa CONSTRUBASE ENGENHARIA LTDA. e S.A. PAULISTA DE CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO, no pactuado de R\$ 324.558.364,34, tendo sido realizados aditamentos, resultando em acréscimo de R\$ 80.153.703,26 no valor total do contrato. Foram encontrados, no período de 01/01/2011 a 30/09/2019, pagamentos realizados ao CONSÓRCIO PANAMBY no montante de R\$ 531.530.862,40, sendo R\$ 265.765.431,20 para a empresa CONSTRUBASE ENGENHARIA LTDA R\$ 265.765.431,20 para a empresa S.A PAULISTA DE CONTRUÇÕES E COMÉRCIO, com indícios sobrepreço.

A pessoa jurídica infratora foi devidamente citada e intimada (031114757 e 031959727) dos atos processuais, constituiu advogado (031982450), apresentou defesa(044513841) na qual alegou, principalmente: a) ausência de identificação e individualização de condutas supostamente ilícitas atribuídas à CONSTRUBASE, implicando em cerceamento de defesa e inépcia da acusação; b) inexistência de ilícitos administrativos tendo em vista a vigência da Lei Federal nº 12.846/2013 somente a partir de 29/01/2014; c) inexistência de ato ilícito praticado pela CONSTRUBASE em razão da falta de provas ou de evidências de irregularidades praticadas por ela ou seus representantes nos fatos examinados nos autos; d) total ausência de participação da CONSTRUBASE em qualquer ato ilícito; e e) prescrição das sanções decorrentes de suposta infração tipificada na Lei Federal nº 8.666/93.

A Comissão Processante, após diligências e realização de prova técnica, encerrou a fase instrutória e apresentou seu Relatório(096875107)que, após analisar e refutar todos os argumentos da defesa, propôs a aplicação de uma multa administrativa no importe de **R\$ 20.856.701,32 (vinte milhões, oitocentos e cinquenta e seis mil setecentos e um reais e trinta e dois centavos)**, correspondente à vantagem auferida pela pessoa jurídica (mínimo legal) e a, aproximadamente, █% do faturamento bruto da empresa no exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, e publicação extraordinária da decisão condenatória, em razão da prática de ato lesivo previsto no art. 5º, inciso IV, alínea “a” da Lei Federal nº 12.846/2013, com fundamento no artigo 6º, incisos I e II, da Lei Federal nº 12.846/2013 e nos artigos 21 e 22, § 1º, ambos do Decreto Municipal nº 55.107/2014, afastando a subsunção dos atos praticados ao artigo 5º, "d" e "g".

Sugeriu a Comissão o encaminhamento dos autos à autoridade competente, nos termos do permitido pelo §7º do artigo 3º do Decreto 55.107/2014, com a redação que lhe foi dada pelo Decreto nº [57.137/2016](#), para as providências cabíveis quanto às infrações administrativas previstas na Lei Federal nº 8666/93 em razão da configuração do ilícito previsto no inciso II do artigo 88.

Em cumprimento à determinação do artigo 14 do Decreto Municipal nº 55.107/2014, os autos foram submetidos à análise jurídica da Procuradoria Geral do Município – PGM, sobrevivendo o parecer do Departamento de Procedimentos Disciplinares – PGM/PROCED/Gabinete (097609038), no sentido de não haver vícios formais no presente procedimento, diante do cumprimento dos ditames da Lei Federal nº 12.846/2013 e do Decreto nº 55.107/2014, regentes da matéria, havendo também a PGM/CGC se manifestado para acolher o parecer de PROCED, opinando pela viabilidade do prosseguimento do processo, por ter observado a legislação federal bem com o regulamento municipal (097798442 e 097798708).

Na sequência, a teor do artigo 15 do Decreto Municipal nº 55.107/2014, a empresa foi intimada a

apresentar alegações finais, o que fez tempestivamente (099187995), alegando, principalmente: a) a ausência de provas da efetiva prática de atos lesivos à Administração Pública pela CONSTRUBASE; b) que não há qualquer evidência de algum ilícito praticado pela empresa e que tenha resultado em alguma ilegalidade na licitação; c) a ausência de justa causa para instauração do PAR, uma vez que não há imputação de qualquer tipo de conduta dolosa da empresa CONSTRUBASE; d) que não há comprovação de prejuízo em razão da contratação do consórcio do qual a empresa CONSTRUBASE fez parte, assim como reconhecido pela Comissão Processante; e) que é indiscutível a prescrição da pretensão punitiva da Comissão Processante, já que a única imputação é a de fraude ao caráter competitivo do certame, conduta que não se perpetua no tempo e por tal motivo os fatos foram alcançados pela prescrição em 22/12/2016; f) que é imprescindível a participação de agente público para caracterizar a infração imputada; g) que o CADE afirma que a CONSTRUBASE não participou de nenhum dos contatos anticompetitivos prévios, e desta forma, questiona-se como a empresa teria participado de algum ajuste para frustração ou fraude ao caráter competitivo do certame.

Em 04/03/2024, os autos vieram para decisão deste gabinete, nos termos do artigo 17 do Decreto Municipal nº 55.107, de 13 de maio de 2014.

A CONSTRUBASE protocolou Petição (099939704), assinada em 12/03/2024, informando fatos novos e supervenientes à apresentação das alegações finais, consistente na Nota Técnica Pública nº 23/2024/CGAA6/SGA2/SG/CADE e Despacho SG Instauração Processo Administrativo nº03/2024 (099940573, 099939975 e 099940329), alegando e requerendo, em suma: que seja analisada isoladamente a situação da empresa CONSTRUBASE, já que evidente a ausência de participação da empresa em qualquer ajuste ilícito, o que é reconhecido pelo próprio CADE ao não instaurar processo administrativo para punição da empresa, embora tenha instaurado em relação as demais.

Em 16/05/2024 a interessada protocolou nova petição (103578302) requerendo o encaminhamento de ofício ao CADE solicitando a versão irrestrita da decisão acima referida que o absolveu e que o presente fosse sobrestado ou convertido em diligência até a devolutiva daquela Autarquia.

É a síntese do quanto basta para o devido relato dos autos.

II - Da configuração dos ilícitos

A Lei 12.846/13 exige que as pessoas jurídicas se relacionem com o Poder Público de forma correta e proba, de modo que suas disposições pretendem preservar o patrimônio público de condutas atentatórias aos princípios informadores do regime jurídico administrativo, tendo os atos administrativos presunção de legalidade e legitimidade.

Nesse passo, vale destacar que foram produzidas no presente Processo Administrativo de Responsabilização de Pessoa Jurídica provas contundentes e hábeis a demonstrar a ocorrência de fraude, consubstanciadas no conluio da interessada com outras construtoras para vencer de forma fraudulenta a licitação referente à obra da Avenida Chucri Zaidan (Concorrência EMURB nº 001200100).

Diferentemente do arguido em alegações finais, para configuração das infrações da Lei Anticorrupção é desnecessário concurso de agente público, haja vista que sua sistemática não considera as condutas

individuais, seja do preposto na infratora seja do agente público. A Lei Anticorrupção é diferente da Lei de Improbidade Administrativa.

A punição da pessoa jurídica com base na Lei Anticorrupção é independente da eventual punição de pessoas físicas envolvidas nos fatos, conforme expresso no art. 3º, *caput* e § 1º da Lei nº 12.846/13, aliás, sendo previsto que a responsabilização objetiva da pessoa jurídica é independente até mesmo da punição da própria pessoa jurídica por atos de improbidade. Nas lições da Professora Maria Sylvia Zanella di Pietro:

O art. 3º, *caput*, é a norma que desqualifica o prévio sancionamento da pessoa jurídica, na vida administrativa, "jurisdição" de contas e/ou judicial, como condição jurídica para deflagração de competências sancionatórias em face das pessoas naturais. Os termos da lei levam à conclusão de que não se deve exaurir a responsabilidade da PJ para que irrompa o exercício de dever-poder punitivo contra as pessoas naturais. O artigo igualmente não autoriza sequer a suspensão de procedimentos e processos instaurados contra pessoas naturais sob a alegação de que não houve decisão administrativa, de que não se reveste tal decisão de definitividade ou de que não houve propositura de ação civil pública cabível contra a PJ envolvida.

O art. 3º, § 1º, faz a determinação inversa: para deflagração da responsabilidade individual não é condição de procedimento no âmbito administrativo ou judicial o prévio processo administrativo de responsabilização (PAR) de que trata a lei. Instauração, instrução, deliberação e finalização do PAR contra PJ não tem efeitos jurídicos para a deflagração das competências sancionatórias individuais. Em idêntico sentido, não há sequer base legal no art. 3º para que se proceda à suspensão da responsabilização de pessoas naturais sob o argumento de que há necessidade de se aguardar o julgamento da pessoa jurídica na esfera administrativa (*v.g.* processo administrativo disciplinar).

O resultado é que o art. 3º não cria nenhuma ordem de preferência ou precedência de responsabilização, nem tampouco qualquer ordem de dependência ou prejudicialidade entre os sistemas de responsabilização. É *norma de estrutura* que confere autonomia jurídica ao processamento e julgamento do PAR, ao mesmo tempo em que assegura a autonomia jurídica dos processos administrativos, de contas ou judiciais, nos quais se busca a responsabilização de pessoas naturais, envolvidas na prática do ato lesivo típico.

(in DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.) Lei Anticorrupção comentada. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, pg 48-49)

De outra parte, a preliminar de prescrição da pretensão punitiva das infrações previstas na Lei Federal nº8666/93 não será analisada por esta Controladoria, sendo tal competência do Sr. Secretário de Infraestrutura e Obras a quem também compete aplicação das penalidades.

Tampouco há que se falar que as condutas são atípicas, pois os atos anticompetitivos estão caracterizados como exposto no Relatório, ou que os atos praticados após a conclusão do procedimento licitatório são irrelevantes, pois o ato ilícito descrito no artigo 5º, IV "a" é permanente e sua consumação de protraí pelo tempo.

Nesse passo, a Comissão Processante propôs o arquivamento do presente Processo Administrativo de Responsabilização em relação às alíneas "d" do artigo 5º, IV da Lei nº 12846/13 não foi por reconhecer "*a inexistência de provas de irregularidades praticadas pela empresa CONSTRUBASE*" mas sim porque os prejuízos causados pela interessada não puderam ser financeiramente mensuráveis, ou seja, liquidáveis, como requer a norma para subsunção ao seu tipo.

Vale repetir o que traz o relatório nesse ponto:

Ocorre que o relatório final da Sindicância SEI nº 6067.2018/0018665-9 (026888572) não descreveu o efetivo prejuízo causado à Fazenda Pública decorrente da frustração do caráter competitivo do certame em comento. Outrossim, a avaliação técnica feita por CGM/AUDI/DOSENG (089307153) foi inconclusiva na mensuração dos prejuízos causados à Fazenda Pública, em razão da frustração do caráter competitivo do certame em comento.

Segundo a doutrina especializada, o ato lesivo previsto no art. 5º, inciso IV, alínea "d" da Lei Federal nº 12.846/2013 "é *figura infracional análoga àquela estabelecida no art. 96 da Lei nº 8.666/93*". [2]

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, exige para configuração da conduta prevista no art. 96 da Lei nº 8.666/93 a descrição do efetivo prejuízo causado à Fazenda Pública, conforme é possível extrair do trecho do seguinte julgado:

(...) "Como se vê, o tipo penal descrito no art. 96 da Lei n. 8.666/93 é delito material, que exige a ocorrência de resultado naturalístico, consistente no prejuízo à Fazenda Pública, que deve ser demonstrado na inicial acusatória, o que não foi feito na espécie. A inicial acusatória não fez menção à existência de quaisquer prejuízos suportados pela Fazenda Pública, narrando, apenas, que os denunciados trocaram informações sensíveis, como valores de propostas, de forma a não concorrerem entre si, para frustrar o caráter competitivo dos quatro certames a que faz referência, sendo que a empresa representada pelo Recorrente conseguiu celebrar um dos contratos." (...)

((STJ, 6ª TURMA, RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 119.667 - SP, Rel. LAURITA VAZ, j. 07.12.2020)

Desse modo, considerando que restou inconclusiva a mensuração dos prejuízos causados à Administração Pública municipal decorrentes da execução do Contrato nº 185/SIURB/2011, obtido de forma fraudulenta mediante a frustração do caráter competitivo da Concorrência EMURB nº 001200100, é imperioso afastar a responsabilização da pessoa jurídica ora processada pela prática do ato lesivo previsto no art. 5º, IV, alínea "d" da Lei Federal nº 12.846/2013.

Do mesmo modo, a Comissão Processante entendeu por bem afastar a subsunção dos atos praticados ao previsto na alínea "g" do citado dispositivo legal tão somente porque não há provas de que, durante a execução do contrato derivado da fraude, houve outras fraudes ou manipulação de informações relativas às revisões contratuais. Entretanto, a inexistência de novas infrações durante a vigência do contrato não elimina a existência do conluio para sua realização nem tampouco o fato de seus efeitos se perpetuarem durante toda sua execução, sendo portanto, puníveis todos aqueles ocorridos após 29.01.2014 (data em que a Lei nº 12846/13 entrou em vigor).

Para a configuração da alínea "a" do tipo descrito no artigo 5º, IV da Lei Federal nº 12.846/13 basta a existência do conluio para fraudar o caráter competitivo da licitação. Desnecessária a demonstração de sobrepreço ou do valor do prejuízo. Desnecessária a comprovação de fraude ao equilíbrio econômico financeiro do contrato. A falta de mensuração dos prejuízos apenas afasta a aplicação conjunta das alíneas "a" e "d" do artigo 5º, IV (da forma como constou no Termo de Instauração) mas não descaracteriza a continuidade da infração descrita na alínea "a" como pretende a interessada.

Também não assiste razão à defendente quando afirma não haver provas dos fatos a ela imputados.

De fato, como exposto no relatório:

Vários são os elementos que comprovam a materialidade do ato lesivo aqui apurado: a) a narrativa dos vários colaboradores sobre o acerto entre os membros do conluio, somadas às provas materiais das reuniões; b) os testemunhos sobre os pedidos de propostas de cobertura; c) a inabilitação das empresas externas ao ajuste; d) a falta de participação de diversas empresas nas demais concorrências, para as quais tinham evidente capacidade técnica e possibilidade de execução; e) a falta de apresentação de recursos impugnando os resultados finais dos certames; f) a divisão das obras entre as várias empresas, sendo que cada empresa ganhou apenas um ou dois

dos treze lotes licitados, conforme resta claro no quadro das licitações do Sistema Viário, anteriormente inserido (conforme Histórico da Conduta no Acordo de Leniência nº 15/2017 do CADE - fls. 628/653 do doc. SEI026884934 e fls. 01/119 do doc. SEI026885119 e fls. 34/151 do doc. SEI053539313 -, extrato de agendas de ROBERTO CUMPLIDO - fls. 326/415 do doc. SEI026885119 e fls. 21/110 do doc. SEI053538957 - e depoimentos colhidos no PIC 1.34.001.001142/2018-88 - a partir da fl. 623 do doc. SEI 026884934).

Em relação a concorrência relativa à obra da Av. Chucri Zaidan, segundo apurado, GENESIO SCHIAVINATO DA SILVA JÚNIOR (CONSTRUBASE) ou JOSÉ LEITE MARANHÃO NETO (SA PAULISTA) teriam solicitado proposta de cobertura a MAURÍCIO VALADARES GONTIJO, o qual acordou com PEDRO LUIZ PAULIKEVIS DOS SANTOS (PAULITEC) sobre sua apresentação.

Nesse sentido, tem-se a afirmação de MAURICIO VALADARES GONTIJO, da CARIOCA ENGENHARIA: “no caso da obra da CHUCRI ZAIDAN, o consórcio vencedor (CONSTRUBASE e SA PAULISTA) também solicitou a apresentação de proposta de cobertura” (fl. 181 do doc. SEI 026885119 – PIC 1.34.001.001142/2018-88).

Por sua vez, as anotações de agenda extraídas do telefone de ROBERTO CUMPLIDO (ODEBRECHT) evidenciam não apenas a estreita ligação dos membros originários do conluio (são vários os lançamentos das reuniões entre o “G5” - ANDRADE GUTIERREZ, CAMARGO CORRÊA, O, ODEBRECHT E QUEIROZ GALVÃO), mas também a proximidade que ele tinha com os funcionários da DERSA e com vários representantes das construtoras conluiadas, sempre com alerta de seus aniversários. Várias foram as ligações telefônicas e agendamentos de reuniões entre ele, agentes públicos envolvidos e outros membros do esquema fraudulento (fls. 326/415 do doc. SEI 026885119 e fls. 21/110 do doc. SEI053538957). Dentre eles, verificam-se também contatos com representante da CONSTRUBASE:

Anotação de contato sob o nome “GENESIO” para o qual foi registrado o número de telefone (11) 8789-1111 e o e-mail genesio@construbase.com.br (fl. 46 do doc. SEI 053538957, item 80);

Ligação de ROBERTO CUMPLIDO para “GENESIO” ((11) 8789-1111) no dia 06/03/2009 (fl. 72 do doc. SEI 053538957, item 502);

Anotação de “Assunto: “Café da Manhã – Genesio. Localização: HOTEL STAYBRIDGE - Brascan”. Dia 20/03/2009, das 12h às 13h” (fl. 25 do doc. SEI 053538957, item 14).

Somam-se a essas anotações os cartões de visita (fls. 310/321 do doc. SEI026885119) que demonstrariam as reuniões e os contatos entre os representantes das pessoas jurídicas envolvidas nos atos lesivos aqui apurados. No caso da CONSTRUBASE, à fl. 320 do doc. SEI026885119 e fl. 15 do doc. SEI 053538957, consta o cartão de visita de GENESIO SCHIAVINATO DA SILVA JÚNIOR.

Apesar da informação no Histórico de Conduta do CADE, a respeito da obra da Chucri Zaidan, de que “nesta concorrência, as empresas vencedoras foram Construbase e SA Paulista sendo que os signatários não tem conhecimento por quais motivos a vencedora não foi a Carioca Engenharia, tal como definido anteriormente pelo agente público fato é que na delação do próprio diretor da CARIOCA ENGENHARIA Mauricio Valadares Gontijo ele firma “que posteriormente entretanto por decisão gerencial da diretoria da CARIOCA a empresa se desinteressou da Chucri Zaidan ; que mesmo assim a CARIOCA aceitou apresentar proposta de cobertura junto com a PAULITEC, com o Diretor Pedro Paulikevis, à Chucri Zaidan....” (doc. SEI026885119 – fl. 180 - PIC 1.34.001.001142/2018-88), de modo que não houve nenhuma “surpresa” na vitória do consórcio em que a interessada participou, como quer fazer crer.

O nome da CONSTRUBASE não ter sido citado na chamada fase 01 (chamada de contatos competitivos preliminares) não a absolve da participação do conluio, até porque estes contatos preliminares de PAULO VIERA DE SOUZA, ex- diretor da DERSA ocorreram com as cinco “grandes construtoras” para ajustar como seriam divididas as licitações vindouras, **sendo que o nome da interessada (juntamente com outras construtoras, inclusive sua consorciada, SA Paulista) aparece na fase 02 que também antecedeu à apresentação de proposta no certame licitatório vencido por ela.** Os acontecimentos estão claramente conectados. Assim, a tese de que “a CONSTRUBASE aparece, por meio de seus diretores, em reuniões e contatos apenas após a conclusão dos certames, contatos esses que não teriam o condão de viabilizar o compartilhamento de qualquer informação sensível, já que as empresas já estavam contratadas” não convence.

Também o fato da CONSTRUBASE ter participado de apenas uma licitação (na qual se sagrou vencedora) ou de não ter apresentado proposta de cobertura em outras licitações tampouco tem o condão de isentá-la de sua responsabilidade, tendo em vista o acervo probatório dos autos, inclusive porque uma das estratégias do conluio era que nem todas apresentassem proposta de cobertura tendo em vista seu alto custo para as empresas. A contrapartida dos pedidos de cobertura de proposta é uma só: dar aparência de legalidade às licitações.

Como é cediço, é possível afirmar que há conluio entre empresas através de prova indiciária, nas palavras do Ministro Vital do Rêgo do TCU, "*a prova indiciária, constituída por somatório de indícios que apontam na mesma direção, é suficiente para caracterizar fraude à licitação por meio de conluio de licitantes, não se exigindo prova técnica inequívoca para tanto*" (Acórdão 2531/2021)

Também nesse sentido a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo (Apelação Cível nº 1000421-94.2022.8.26.0068)

AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO Licitação por Pregão Penalidade de proibição de contratar com o Poder Público - Ação declaratória de nulidade de ato administrativo Os indícios apresentados nos autos, todos convergentes e concordantes, carregam, em seu conjunto material, o claro desígnio para frustrar o caráter competitivo do certame, afastando-se a aparente licitude isolada de seus atos Ato ilícito vedado pelo Edital e pelo art. 7º da Lei Federal nº 10.520/02 Penalidade de proibição de contratar com o poder público por dois anos fixada adequadamente, observando-se o princípio da proporcionalidade - Sentença de improcedência Recurso não provido

*Sendo que a inidoneidade prescinde da ocorrência de dano ao Erário, conforme precedente do Tribunal de Contas da União a seguir: "22. Em primeiro plano, para que seja declarada a inidoneidade de empresa, não se faz necessária a ocorrência de dano ao erário, pois, nos termos do art. 46 da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, a inidoneidade resulta da prática de fraude comprovada à licitação. E esse é o entendimento firmado na jurisprudência deste Tribunal, a exemplo dos Acórdãos 785/2008, 1.986/2013, 3.145/2014 e 3.617/2014, do Plenário. 23. (...) seguindo o entendimento do Supremo Tribunal Federal (RE 68.006-MG) no sentido de que: 'indícios são provas, se vários, convergentes e concordantes'. 24. (...) na maioria das vezes, os atos (aparentemente lícitos em sua forma isolada) carregam, em seu conjunto material, o claro desígnio para frustrar o caráter competitivo do certame. (...) 26. **Também nessa linha são os julgados do Tribunal que assentam o entendimento de que a prova indiciária, constituída por somatório de indícios que apontam para a mesma direção, é suficiente para caracterizar fraude à licitação por meio do conluio de licitantes (v.g.: Acórdãos 2.126/2010 e 333/2015, do Plenário).***

Como bem explicou o CADE na nota técnica Nº 23/2024/CGAA6/SGA2/SG/CADE juntada pela própria interessada:

Cientes da ilicitude da conduta que estão cometendo e das repercussões administrativas, criminais e civis a que estão sujeitos, os membros de um cartel costumam ocultar as evidências de seus atos, o que torna a reunião de provas e indícios da conduta tarefa hercúlea. Reuniões, contatos, trocas de informações sobre preços e clientes, entre outros, são geralmente realizados com extrema discrição e sigilo, muitas vezes com a utilização de códigos e siglas, de forma a não deixar transparecer qualquer ilicitude. Cartéis são, sem dúvida, uma das condutas mais difíceis de ser investigada. Por essa razão, técnicas de detecção e apuração mais sofisticadas tem cada vez mais se tornado ferramentas fundamentais para uma investigação de cartel bem-sucedida

É o caso do chamado "Acordo de Leniência". Esse instrumento, utilizado por autoridades de defesa da concorrência em diversos países, permite à Administração Pública identificar condutas que, de outra maneira, continuariam às escuras, ao mesmo tempo em que garante a realização

de uma investigação mais eficiente e efetiva. No Brasil, o Programa de Leniência encontra previsão nos artigos 86 e 87 da Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011)¹². Sua premissa básica é a de que os beneficiários do acordo, em troca de imunidade total ou parcial em relação às penas administrativas e criminais aplicáveis, confessem e colaborem com as investigações, trazendo informações e documentos que permitam à autoridade identificar os demais co-autores e comprovar a infração noticiada ou sob investigação. Ao garantir a imunidade a um dos participantes de um cartel, a Administração não apenas gera um fator de desestabilização nos cartéis existentes, como detecta condutas e pune infratores que de outra forma não teria condições de fazer.

Foi exatamente o que ocorreu no caso em exame.

O acordo de leniência firmado entre o CADE com a Odebrecht (Acordo de Leniência nº 15/2017) permitiu que fosse descoberto todo o conluio do qual participaram diversas empresas, dentre as quais a interessada, algumas em maior grau outras em menor, mas foi dali que de fato começou a ser desvendada a enorme fraude perpetrada contra o Erário Municipal.

Aqui, cumpre ressaltar que as provas utilizadas neste PAR não são aquelas anuladas no acordo de leniência firmado entre a mesma Odebrecht na Ação Penal 5063130-17.2016.4.04.7000, em trâmite na 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba pela decisão do Ministro Dias Tófoli na Reclamação nº 43.007-DF. Em nenhum momento os precedentes da Suprema Corte citam o Acordo de Leniência nº 15/2017 celebrado pela Odebrecht com o CADE que fundamenta esta decisão. Tanto é que são as provas trazidas nesse acordo que fundamentaram a nota técnica Nº 23/2024/CGAA6/SGA2/SG/CADE, que gerou a instauração de diversos processos naquele Conselho.

O entendimento do STF é no sentido de que a delação premiada deve vir acompanhada de provas não bastando apenas a palavra do delator entretanto, no caso em tela, como se trata de investigação de um conluio que pode ser configurado com fundamento em prova indiciária como já decidido pelas Cortes nacionais em jurisprudência acima colacionada, quer a interessada fazer crer que não foram produzidas provas contra si enquanto provas não faltam.

Vale notar que a responsabilidade objetiva para configuração do artigo 5º, IV, "a" da Lei Anticorrupção é bem mais abrangente do que a responsabilização da Lei Antitruste.

Com efeito, enquanto o crime de cartel acarreta o domínio amplo do mercado, prejudicando toda a comunidade exposta à prática anticompetitiva, na infração prevista na Lei Federal nº 12.846/13 basta que os infratores estejam em conluio para participar de uma licitação específica, sendo que os bens jurídicos lesados são o Erário Público e os licitantes prejudicados. A Lei antitruste protege a ordem econômica enquanto a Lei Anticorrupção protege o patrimônio público.

A Lei Anticorrupção não exige que as empresas em conluio estejam cartelizadas.

Da própria nota técnica do CADE juntada se extrai o seguinte excerto:

"... mesmo sendo o consórcio figura jurídica lícita, e mesmo tendo sido ela autorizada pelos órgãos licitantes em um determinado certame, nada impede que o Cade analise as condições em que foi utilizada e, do ponto de vista da Legislação de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011 e sua antecessora, Lei nº 8.884/1994), conclua pela sua irregular utilização pelas empresas

licitantes como meio de restringir a concorrência.

(...)

Ainda sobre as competências em matéria de licitação, é importante esclarecer que, embora os cartéis em licitações estejam muitas vezes relacionados a outros ilícitos – como a corrupção de agentes públicos, o direcionamento de editais e as diversas modalidades de fraudes às licitações – a competência da autoridade de defesa da concorrência nessa seara restringe-se aos aspectos da prática que a conformam como infração à ordem econômica, nos termos do quanto disposto na Legislação de Defesa da Concorrência. Ou seja, o Cade não possui expertise e nem autorização legal para investigar ou decidir sobre aqueles ilícitos, cuja apuração é de competência exclusiva dos órgãos de controle, das autoridades policiais e do Ministério Público." (grifei)

Ou seja, o CADE analisou os fatos e as provas à luz da legislação concorrencial e não da Lei Federal nº12.846/13.

Desta forma, a absolvição pelo CADE teve como fundamento a não configuração da infração prevista na lei antitruste o que em nada interfere na punição em razão de infração prevista na Lei Anticorrupção, vez que seus requisitos estão todos cumpridos, de modo que não há impedimento algum na prolação da decisão com base nos documentos até então colacionados, não havendo que se falar em conversão do julgamento em diligência. De todo forma, frise-se que esta Controladoria solicitou o compartilhamento da versão irrestrita da Nota Técnica nº 23/2024/CGAA6/SGA2/SG/CADE o que foi negado pelo CADE, conforme se nota de doc. SEI 107322442.

Ademais, ainda que a interessada não seja ré em processo administrativo instaurado pelo CADE para apuração de formação de cartel, fato é que pode - e deve - ser responsabilizada pela conduta anticompetitiva prevista na Lei Federal nº12.846/13, pois do conluio se beneficiou.

Também não afasta a responsabilização da CONSTRUBASE o fato da concorrência para as obras da Avenida Chucre Zaidan não ter sido reconhecida pelo CADE na formação de cartel tendo em vista o conjunto probatório carreado aos autos.

Inclusive cumpre observar que as evidências dos presentes autos são o mesmo tipo de evidências que foram utilizadas pelo CADE para configurar o robusto conjunto probatório para a formação de Cartel na Avenida Roberto Marinho como o fato de terem propostas comerciais parecidas com descontos semelhantes, o fato do consórcio da interessada não ter participado de outras licitações, os depoimentos convergentes dos colaboradores a respeito de proposta de cobertura para a licitação na qual se sagrou vencedora a interessada e ainda atuação do representante da CONSTRUBASE na fase 03 para viabilizar o pagamento de todas as obras.

A imputação de conduta dolosa, ao contrário do que afirma a interessada, é prescindível para a caracterização das infrações da Lei nº12846/13 que tem como fundamento a responsabilidade objetiva da empresa.

É nesse sentido o artigo 2º da Lei nº 12.846/13:

As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativos e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

Como lecionam os Professores Rogério Sanches Cunha e Renee do Ó Souza:

"O dispositivo deixou claro que a responsabilidade da empresa decorre da prática de ato lesivo, praticado em seu proveito, o que demonstra que a responsabilidade objetiva da Lei Anticorrupção se inspira no princípio do risco-proveito ou mesmo da teoria do risco da empresa, haja ou não abuso de função. Isso significa que a pessoa jurídica deve responder pelos atos ilícitos ocorridos independentemente de comando expresso de seus dirigentes, do vínculo mantido com o autor do ilícito e com a obtenção direta de vantagem ou do benefício pretendido. Basta que o ato ilícito tenha sido praticado em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não." (grifei)

(in Lei Anticorrupção Empresarial. Lei 12.846/2013. Rogério Sanches Cunha e Renee do Ó Souza.3ª ed., rev. atual e ampl. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 46-47)

Dessa maneira, tendo sido respeitadas as exigências formais, cumpridas as diligências necessárias e permitida a ampla defesa, concluo, na esteira do que concluiu a Comissão Processante, ter havido demonstração clara da ilicitude praticada pela pessoa jurídica e o seu enquadramento no artigo 5º, inciso IV, "a", da Lei Federal nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, sobretudo por se tratar de responsabilidade objetiva de acordo com o artigo 2º da mesma lei.

Além disso, tendo em vista o disposto no artigo 87, III e IV, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, também restou demonstrada a infração prevista no artigo 88, II, da mesma lei, de modo que correto o encaminhamento do presente para providências cabíveis no sentido de inabilitação da empresa por ter agido de modo a caracterizar inidoneidade (artigo 87, IV), devendo a autoridade competente para a aplicação de referida penalidade analisar a alegada prescrição.

III – Da aplicação da pena

Com vistas à adequada dosimetria sancionatória, de rigor, trazer à baila os termos da Lei nº 12.846, 1º de agosto de 2013:

"Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:

I – multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação;

e

II – publicação extraordinária da decisão condenatória.

§1º As sanções serão aplicadas fundamentadamente, isolada ou cumulativamente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações;

§2º A aplicação das sanções previstas neste artigo não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado."

Por sua vez, o Decreto Municipal regulamentar (Decreto nº 55.107/14) estabelece em artigo 21 quais critérios deverão ser considerados:

"Art. 21 Na aplicação das sanções, serão levados em consideração os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como:

I - A gravidade da infração, cuja avaliação deverá levar em conta o bem jurídico e o interesse social envolvidos;

II - A vantagem auferida ou pretendida pelo infrator, cuja avaliação incluirá, quando for o caso, os valores recebidos ou que deixaram de ser desembolsados, bem como se houve tratamento

preferencial contrário aos princípios e regras da administração pública, a fim de facilitar, agilizar ou acelerar indevidamente a execução de atividades administrativas;

III - A consumação ou não do ato precedente de que derivou a infração;

IV - O grau de lesão ou perigo de lesão, cuja análise levará em consideração o patrimônio público envolvido;

V - O efeito negativo produzido pela infração, cuja análise levará em conta o comprometimento ou ofensa aos planos e metas da Administração Pública Municipal;

VI - A situação econômica do infrator;

VII - A cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações, cuja análise considerará a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber, e a obtenção de informações ou documentos que comprovem o ilícito sob apuração, ainda que não haja sido firmado acordo de leniência;

VIII - A existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, nos termos do artigo 24 deste decreto;

IX - O valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública, caso existam, e guardem relação com o ilícito apurado.

Parágrafo Único - Se a pessoa jurídica cometer simultaneamente duas ou mais infrações, poderão ser aplicadas, cumulativamente, as sanções a elas cominadas, conforme previsto no artigo 47 da Lei nº 14.141, de 2006.”

Assim, a proposta da Comissão adotou parâmetro relativamente ao *quantum* da multa administrativa fixando-a em seu mínimo legal, qual seja, o valor da vantagem auferida, em razão do que estabelece o artigo 6º, I, parte final da Lei nº12846/13, de modo que não há que se falar em consideração de atenuantes.

Os documentos que basearam o cálculo da vantagem indevida estão na sindicância SEI nº 6067.2018/0018665-9, que antecedeu o presente PAR, como explica a Comissão em seu relatório:

Para fins do disposto na parte final do inciso I do art. 6º da Lei Federal nº 12.846/2013 e no disposto no inciso II do art. 21 do Decreto Municipal nº 55.107/2014, no tocante à vantagem auferida pela pessoa jurídica com a prática da irregularidade apurada no presente caso concreto, esta Comissão Processante entende que deve ser considerada a parcela relativa ao lucro obtido em razão dos pagamentos recebidos pela execução do Contrato nº 185/SIURB/2011. Esta orientação se baseia nos entendimentos firmados nos pareceres da Procuradoria Geral do Município - PGM nº 12.075 de 10 de fevereiro de 2020 e PGM nº 12.315 de 10 de agosto de 2022 e no Manual de Responsabilização de Entes Privados da Controladoria Geral da União – CGU cujo trecho a seguir transcrevemos:

*“Ainda nos termos do Decreto nº 8.420/2015, o cálculo da vantagem auferida ou pretendida deve descontar os custos e despesas legítimos comprovadamente executados ou que seriam devidos ou despendidos caso o ato lesivo não tivesse ocorrido (art. 20, §3º). Pretende a norma não buscar cobrar da pessoa jurídica aqueles valores que seriam objeto de despesas legais. Previne-se, desse modo, que a Administração Pública não incorra em enriquecimento ilícito ao buscar ressarcimento por despesas que seriam devidas mesmo num cenário de licitude. **Dito de outra forma, podemos dizer que o Decreto estabelece que a vantagem auferida ou pretendida se aproxime do lucro almejado pela pessoa jurídica com a prática do ato lesivo.**”[4]*

No caso em exame, segundo as informações prestadas por CGM/AUDI/DOSENG na OS nº 006/2023 - CGM-AUDI 089307153 - vide fl. 131), o Consórcio Panamby considerou em sua proposta uma parcela de lucro de 8,00% (a taxa de BDI apresentada foi 35,20%).

*Em vista disso, considerando os pagamentos recebidos pela empresa **CONSTRUBASE ENGENHARIA LTDA** após 29.01.2014 (data de início de vigência da Lei Federal nº 12.846/2013) em decorrência do cumprimento do Contrato nº 185/SIURB/2011, apura-se a quantia de **R\$ 260.708.766,34** (duzentos e sessenta milhões, setecentos e oito mil setecentos e sessenta e seis reais e trinta e quatro centavos - vide fls. 131/136 do DOC. SEI089307153), sobre a qual deve*

incidir o percentual de 8% do lucro, a fim de se alcançar a vantagem auferida pela pessoa jurídica, piso legal da multa prevista no art. 6º, inciso I da Lei Federal nº 12.846/2013.

Portanto, a vantagem auferida obtida pela pessoa jurídica ora processada foi de R\$ 20.856.701,32 (vinte milhões, oitocentos e cinquenta e seis mil setecentos e um reais e trinta e dois centavos).

Por fim, acolho ainda a proposta da Comissão Processante de aplicação da penalidade de publicação extraordinária da decisão condenatória em face da repercussão negativa acarretada diretamente por sua conduta e em razão da execução do objeto contratado.

IV – Dispositivo

Ante o exposto, acolho o relatório da Comissão Processante acostado em doc. SEI 096875107 para condenar a pessoa jurídica **CONSTRUBASE ENGENHARIA LTDA., inscrita no CNPJ sob o nº 62.445.838/0001-46, ao pagamento de multa administrativa no valor de R\$ 20.856.701,32 (vinte milhões, oitocentos e cinquenta e seis mil setecentos e um reais e trinta e dois centavos), correspondente à vantagem auferida pela pessoa jurídica (mínimo legal) e a, aproximadamente, █% do faturamento bruto da empresa no exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, e à publicação extraordinária da decisão condenatória, em razão da prática de ato lesivo previsto no art. 5º, inciso IV, alínea “a” da Lei Federal nº 12.846/2013, com fundamento no artigo 6º, incisos I, parte final, e II, da Lei Federal nº 12.846/2013 e nos artigos 21 e 22, § 1º, ambos do Decreto Municipal nº 55.107/2014.**

Após o encerramento da instância administrativa, mantida a condenação, determino a adoção das seguintes providências:

- a) expedição de ofício ao Ministério Público do Estado de São Paulo, para remessa de cópia integral do presente, nos termos do artigo 15 da Lei Federal nº 12.846/2013;
- b) intimação da pessoa jurídica **CONSTRUBASE ENGENHARIA LTDA., inscrita no CNPJ sob o nº 62.445.838/0001-46, pagamento da multa no valor de R\$ 20.856.701,32 (vinte milhões, oitocentos e cinquenta e seis mil setecentos e um reais e trinta e dois centavos), no prazo de 30 dias, na hipótese de inadimplemento, a remessa dos presentes autos ao Departamento Fiscal da Procuradoria Geral do Município de São Paulo, para inscrição do referido débito na Dívida Ativa do Município;**
- c) o registro da penalidade no Cadastro Nacional de Empresas Punidas - CNEP, conforme determina o artigo 22, §1º da Lei federal nº 12.846/2013 que, a teor do estabelecido pela Portaria 50/2022/CGM, também cumpre o previsto no artigo 41 do Decreto Municipal nº 55.107/2014 quanto ao Cadastro Municipal de Empresas Punidas.
- d) encaminhamento dos autos, ou cópia dele, à autoridade competente para providências de responsabilização da pessoa jurídica **CONSTRUBASE ENGENHARIA LTDA., inscrita no CNPJ sob o nº 62.445.838/0001-46, com base na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à declaração de sua inidoneidade, em razão de ter restado configurado o previsto no inciso II do artigo 88 da mesma Lei, nos termos do permitido pelo §7º do artigo 3º do Decreto 55.107/2014, com a redação que lhe foi dada pelo Decreto nº 57.137, de 18 de julho de 2016, vigente na instauração do presente PAR;**

Aguarde-se eventual interposição de recurso ou o decurso do prazo recursal.

Publique-se e intime-se.

DANIEL FALCÃO
Controlador Geral do Município

ANEXO ÚNICO

EXTRATO DE DECISÃO CONDENATÓRIA PROFERIDA EM PROCESSO DE RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DE PESSOA JURÍDICA COM BASE NA LEI ANTICORRUPÇÃO

Por decisão do Senhor Controlador Geral do Município de São Paulo publicada no Diário Oficial da Cidade de São Paulo de/..... /....., divulga-se que a pessoa jurídica **CONSTRUBASE ENGENHARIA LTDA., inscrita no CNPJ sob o nº 62.445.838/0001-46** foi condenada ao pagamento de multa administrativa no valor de **R\$ 20.856.701,32 (vinte milhões, oitocentos e cinquenta e seis mil setecentos e um reais e trinta e dois centavos)**, com fundamento no artigo 6º, *caput*, inciso I, parte final, da Lei Federal nº 12.846/2013 e nos artigos 21 e 22, §1º, ambos do Decreto Municipal nº 55.107/2014 **(ii) PUBLICAÇÃO EXTRAORDINÁRIA DA DECISÃO CONDENATÓRIA, na forma de extrato sentença, às expensas da pessoa jurídica condenada**, com fundamento no artigo 6º, inciso II e § 5º, da Lei Federal nº 12.846/2013 e no artigo 17, parágrafo único combinado com o artigo 23, ambos do Decreto Municipal nº 55.107/2014, em virtude da incursão em prática constitutiva de ato lesivo à Administração Pública Paulistana, tipificada no artigo 5º, inciso IV, alínea "a" da Lei. A condenação decorre da prática de atos contra a Administração Pública Municipal de São Paulo, previstos na Lei Federal nº 12.846/2013 - LEI ANTICORRUPÇÃO, em razão de referida pessoa jurídica ter fraudado o caráter competitivo de procedimento licitatório.



Daniel Falcão
Controlador(a) Geral do Município
Em 24/07/2024, às 16:17.

A autenticidade deste documento pode ser conferida no site <http://processos.prefeitura.sp.gov.br>, informando o código verificador **100999262** e o código CRC **326989F2**.



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

CONTROLADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Gabinete do Controlador Geral

Viaduto do Chá, 15, 10º andar - Bairro Centro - São Paulo/SP - CEP 01002-900

Telefone: 3113-8234/ 3113-8269

PROCESSO 6067.2019/0026262-4

Decisão CGM/GAB Nº 108603744

Processo nº 6067.2019/0026262-4 - Procedimentos disciplinares: Processo administrativo de responsabilização de pessoa jurídica.

Interessada: CONSTRUBASE ENGENHARIA LTDA., inscrita no CNPJ sob o nº 62.445.838/0001-46

DECISÃO

Irresignada com a decisão proferida no presente PAR, publicada na edição do dia 25/07/2024 do Diário Oficial da Cidade (107429226), a interessada interpôs recurso administrativo (108347215).

A decisão recorrida determinou a condenação da empresa à pena de multa administrativa **no valor de R\$ 20.856.701,32 (vinte milhões, oitocentos e cinquenta e seis mil setecentos e um reais e trinta e dois centavos), correspondente à vantagem auferida pela pessoa jurídica (mínimo legal) e a, aproximadamente, █% do faturamento bruto da empresa no exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, e também à publicação extraordinária da decisão condenatória**, em razão da prática de ato lesivo previsto no art. 5º, inciso IV, alínea "a" da Lei Federal nº 12.846/2013, com fundamento no artigo 6º, incisos I, parte final, e II, da Lei Federal nº 12.846/2013 e nos artigos 21 e 22, § 1º, ambos do Decreto Municipal nº 55.107/2014.

O recurso foi protocolizado em 08 de agosto de 2024, conforme certidão de doc. SEI 108347336, sendo, portanto, tempestivo à luz do disposto no art. 18 do Decreto Municipal nº 55.107/2014, o qual prevê o prazo de 15 (quinze) dias para a sua interposição, que deverá ser dirigida ao Controlador Geral, podendo este reconsiderar sua decisão.

Sabe-se, ademais, que por força do art. 18, § 2º, do Decreto Municipal nº 55.107/2014, o recurso interposto goza de efeito suspensivo.

Assim, deve ser conhecido e analisado o recurso neste momento sob o prisma do juízo de reconsideração.

No entanto, no mérito e em sede de juízo de reconsideração, melhor sorte não socorre a recorrente, na medida em que não se desincumbiu de comprovar de forma inequívoca o desacerto da decisão guerreada.

Relevante também apreciar a alegação de cerceamento de defesa apresentada em sede recursal, uma vez que em tese o tema, caso acolhido, poderia resultar em alteração do rumo processual já em juízo de reconsideração.

Como já foi ressaltado na decisão, conforme ofício juntado em doc. SEI 107322442 o CADE foi instado a compartilhar a versão sigilosa da Nota Técnica nº 23/2024-CGAA6-SGA2-SG-CADE com a CGM mas preferiu não fazê-lo.

Ainda que assim não se considerasse, o fato é que como parte daquele processo, a CONSTRUBASE teria total acesso aos argumentos do CADE para o arquivamento do Inquérito Administrativo e poderia tê-los juntado aos presentes autos e feito o cotejo que desejasse, mas preferiu não fazê-lo e alegar cerceamento de defesa no intuito protelatório.

Ademais, as conclusões do CADE são irrelevantes para a conclusão deste PAR haja vista que naquele procedimento o arquivamento foi fundamentado na não configuração do ilícito previsto na Lei Antitruste, o que não significa que o ato ilícito da Lei Anticorrupção também não aconteceu.

A análise da prescrição das sanções da Lei Anticorrupção foi feita no relatório da Comissão que foi totalmente acolhido pela decisão, conforme transcrito abaixo:

No tocante à alegada irretroatividade da Lei nº 12.846/2013, vale destacar que os atos lesivos à Administração Pública Municipal aqui apurados possuem natureza permanente e só foram cessados na data do último pagamento feito à **CONSTRUBASE ENGENHARIA LTDA** âmbito da execução do Contrato nº 185/SIURB/2011, que ocorreu, segundo o doc. SEI (089307153 fls. 131/136), em **06.07.2018**, data que a Lei nº 12.846/2013 já estava em vigor.

Vale destacar que, para fatos semelhantes àqueles tratados neste processo, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo corrobora o entendimento do caráter permanente da infração apurada neste PAR, conforme é possível constatar dos trechos dos acórdãos a seguir colacionados:

(...) Com a devida vênia ao entendimento do MM. Juízo a quo e às teses ofertadas pelas duntas Defesas dos recorridos, a infração penal prevista no artigo 4º, inciso II, da Lei nº 8.137/90, consiste em crime eventualmente permanente, conforme a situação fática posta a julgamento, pois, em regra, consuma-se em dado momento fático específico e, portanto, é tido como crime instantâneo. Todavia, a vontade do agente, no caso concreto, pode prolongar no tempo a consumação delitiva e é até bem compreensível que tal ocorra, já que, para que se mantenha o artificial controle do mercado visado, é natural que haja a necessidade de formação de acordos sucessivos e protraídos no tempo, ante a necessidade de ajustamentos às ulteriores mudanças econômicas e de mercado. Explico. Se o agente celebra um acordo ou convênio visando à fixação artificial de preços (Lei nº 8.137/90, art. 4º, II, a) ou ao controle do mercado, da rede de distribuição ou de fornecedores (Lei nº 8.137/90, art. 4º, II, b e c), o delito consuma-se imediatamente podendo ser classificado, inclusive, como instantâneo e o prazo prescricional logo é inaugurado (CP, art. 111, I), sendo irrelevante à consumação delitiva o efetivo dano à ordem econômica decorrente do cumprimento do acordo anticompetitivo, que, como cediço, constituiria mero exaurimento da infração penal. Por outro lado, se no caso concreto há celebração de sucessivos acordos econômicos anticompetitivos, o agente prorroga, por vontade e consciência próprias, o momento consumativo do delito, reiterando sua conduta e, por consequência, o risco de violação do bem jurídico tutelado penalmente, hipótese em que o início do prazo prescricional somente fluirá com a cessação da permanência (CP, art. 111, III). Tal não altera o fato de que o crime continue sendo formal, bastando à sua caracterização a conduta de formação dos acordos, convênios, ajustes e alianças, independentemente do resultado ser ou não alcançado. (...)

(...) No caso dos autos, o Ministério Público imputou aos recorridos a celebração sucessiva de

acordos econômicos anticompetitivos, consistentes na fixação artificial de preços, divisão de mercados e troca de informações comercialmente sensíveis com concorrentes, fatos que teriam ocorrido a partir de 2004 e se prolongado até 2014 (fls. 2130/2178 e 2229/2232). E, tratando-se de imputação de diversos e contínuos acordos econômicos anticompetitivos, deve ser considerada, para fins de definição do termo inicial do lapso prescricional, a data da última conduta praticada pelos agentes (CP, art. 111, III), e não o dia em que o primeiro acordo econômico anticompetitivo fora celebrado. (...)

(TJSP, 15ª Câmara de Direito Criminal, Recurso em sentido estrito nº 0032795-16.2017.8.26.0050, Rel. Des. GILDA ALVES BARBOSA DIODATT, j. em 07.11.2019)

“Havendo suspeitas fundadas da prática dos crimes permanentes cuja consumação se prolonga no tempo, configura-se legítima a instauração do processo. (...) trata-se de delitos contra a ordem econômica cartel e fraude à licitação expostos em detalhada inicial acusatória (...). Ademais, verifica-se que a cada pagamento efetuado e a cada aditamento ou renovação contratual, os crimes se perpetuam, pois não seria lógico pensar que o contrato derivado de formação de cartel e assinado mediante fraude à licitação teria cumprimento lícito, ao se perpetuar por décadas, oriundo dos delitos ora narrados.”

(TJSP, 2ª Câmara de Direito Criminal, Recurso em sentido estrito nº 0026495-43.2014.8.26.0050, Rel. Des. Alex Zilenovski, j. em 21.11.2016)

(...) Neste particular, tendo que toda a matéria foi devolvida ao Segundo Grau, incluindo-se a absorção de um crime pelo outro, neste tanto assim, temos que impossível reconhecer-se a prescrição do alegado crime de cartel. Como é sabido, destinando-se o mesmo a buscar contratos administrativos, na esmagadora maioria, são contratos de trato sucessivo com a administração, de modo que, enquanto tais contratos ativos estiverem vigentes, ainda, estarão, em tese, sendo perpetrados atos do mesmo “cartel”, sendo dessa forma, crime de natureza permanente. Para fins de recebimento da denúncia, dever-se-ia, portanto, estar demonstrado o final de tal conduta, vale dizer, que todos os atos, arquitetados ou abrangidos pelo cartel tivessem já cessado, exame este que sequer foi feito. Frise-se mais uma vez que, os contratos de trato sucessivo, por si só, continuam gerando efeitos criminosos, quando assim são desde sua origem, posto que, além da “formação de cartel”, existe de forma autônoma a prática de outros crimes, estes por vezes instantâneos de efeitos permanentes. **Neste particular, em relação aos possíveis crimes de fraude à licitação, aplicando-se o mesmo entendimento, a cada renovação contratual de qualquer título, ou a cada adimplemento parcial do mesmo típico dos contratos de trato sucessivo, novo prazo prescricional recomeça a ser contado. Tal fato é notório em contrato moderno que ultrapassa décadas em sua validade, sendo impossível que se imagine prescrita a conduta criminosa, quando em exemplo, agentes do crime, continuam reiteradamente a se apoderar criminosamente de verbas do erário. Aceitar-se tal entendimento, levaria a conclusão de que ultrapassado o primeiro lapso prescricional, ainda que por décadas perdurasse o contrato, ainda em exemplo, o recebimento das verbas seria lícito, e pior, exigível da Administração, o que evidentemente não ocorre.** (...)

(TJSP, 4ª Câmara de Direito Criminal, Mandado de Segurança nº 2066168-62.2014.8.26.0000, Rel. Edison Brandão, j. em 05.08.2014)

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, em recente julgado proferido pela 5ª Turma emanou o seguinte pronunciamento sobre fatos semelhantes àqueles imputados à pessoa jurídica ora processada:

(...) Desse modo, a classificação automática do crime de formação de cartel como instantâneo ou permanente denota análise prematura sem a investigação pormenorizada dos casos postos a debate. Explico. Há hipóteses em que se forma apenas um acordo de vontades sem mais ajustes ou reuniões deliberativas a respeito da medida anticompetitiva e outras em que as medidas nesse sentido são reforçadas, de forma a tornar a conduta permanente e estável. Esses últimos casos, em várias vezes pareçam refletir decorrência do primeiro ato, em muitas das situações visam a promover a continuidade da ação delitiva, por ações constantes dos ofensores. Não é o caso de se generalizar, mas refletir a respeito da própria natureza do crime em comento, que segue o fluxo das mudanças de direcionamento da economia e do mercado, exigindo, para tanto, novos acordos

e deliberações que se perpetuam no tempo. Sendo assim, filio-me à posição de que devem ser perquiridos os casos concretos de forma a definir se o crime de cartel em questão é instantâneo ou permanente, sendo, ao meu sentir, a nomenclatura "eventualmente permanente" equivocada. Porque se o agente dispõe de poder para cessar ou dar continuidade à conduta delitativa, tornando o ato único ou ampliando seu espectro, não pode a ação ser considerada uma só e ao mesmo tempo ter o efeito de lesionar o bem jurídico de forma permanente, tal como se dá no crime instantâneo de efeito permanente, pois neste caso a vontade do agente é desconsiderada. Passo à análise do presente caso. (...)

Não vejo razões para alterar o decisum, pois pontuado que haveria a celebração sucessiva de acordos econômicos anticompetitivos entre os agentes até 2014, caso em que o crime de formação de cartel no mercado de resinas fez-se permanente até 2014. Impende ressaltar que não só a ação inicial se prolongou no tempo, mas também se renovou no decorrer dos anos, a partir dos encontros firmados pelo alto escalão e operacional das empresas, ou, ainda, pelas trocas de informações comercialmente sensíveis entre elas no transcurso do tempo. Nesses casos, enquanto o agente prossegue no proveito de vantagens indevidas ao longo dos anos, produzindo novas lesões ao bem jurídico, permite-se concluir pela permanência da conduta, abrindo azo à contagem do prazo prescricional a partir de cada nova vantagem. (...)

(STJ, 5ª TURMA, AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.800.334 - SP, Rel. JOEL ILAN PACIORNIK, j. 09.11.2021) (grifos no original)

O que foi afastada pela Comissão e acolhida na decisão foi a subsunção dos fatos ao que prevê o artigo 5º, "d", da Lei Federal nº 12.846/13. A decisão acolheu a proposta da Comissão de que se tratava de um ilícito permanente configurado no inciso "a" do mesmo dispositivo e que, portanto, sua ação se prolongou no tempo, o mesmo acontecendo com o prazo prescricional.

Desta forma, ainda que a decisão tenha mencionado que o Controlador não é competente para decidir a respeito da prescrição das multas da Lei Federal nº 8.666/93, o que não é mesmo, fato é que em nenhum momento a decisão afirmou que o Controlador não seria competente para analisar a eventual prescrição das penas da Lei Federal nº 12.846/13 e que, ao acolher o relatório, encampou tudo o que fora ali aduzido, não havendo que se falar em nulidade da decisão.

Demais disso, a maioria das questões alegadas já foi objeto de discussão no curso processual, as quais serão apreciadas em grau de recurso.

Ante o exposto, mantenho a decisão que **CONDENOUa CONSTRUBASE ENGENHARIA LTDA., inscrita no CNPJ sob o nº 62.445.838/0001-46** nos termos publicados no Diário Oficial da Cidade de São Paulo, edição do dia 25 de julho de 2024, por seus próprios fundamentos.

Publique-se e intime-se.

Após, remeta-se ao Excelentíssimo Prefeito do Município de São Paulo, com base no inciso I do § 1º do artigo 18 do Decreto nº 55.107/2014.

DANIEL FALCÃO

Controlador Geral do Município



Daniel Falcão
Controlador(a) Geral do Município
Em 29/10/2024, às 18:45.

A autenticidade deste documento pode ser conferida no site <http://processos.prefeitura.sp.gov.br>, informando o código verificador **108603744** e o código CRC **5CC23AC4**.



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

CONTROLADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Gabinete do Controlador Geral

Viaduto do Chá, 15, 10º andar - Bairro Centro - São Paulo/SP - CEP 01002-900

Telefone: 3113-8234/ 3113-8269

PROCESSO 6067.2019/0026262-4

Decisão CGM/GAB Nº 116896032

São Paulo, 27 de dezembro de 2024.

Processo nº 6067.2019/0026262-4 - Procedimentos disciplinares: Processo administrativo de responsabilização de pessoa jurídica.

Interessada: CONSTRUBASE ENGENHARIA LTDA., inscrita no CNPJ sob o nº 62.445.838/0001-46

DECISÃO

Irresignada com a decisão proferida no presente PAR, publicada na edição do dia 25/07/2024 do Diário Oficial da Cidade (107429226), a interessada interpôs recurso administrativo (108347215).

A decisão recorrida determinou a condenação da empresa à pena de multa administrativa no valor de R\$ 20.856.701,32 (vinte milhões, oitocentos e cinquenta e seis mil setecentos e um reais e trinta e dois centavos), correspondente à vantagem auferida pela pessoa jurídica (mínimo legal) e a, aproximadamente, █% do faturamento bruto da empresa no exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, e também à publicação extraordinária da decisão condenatória, em razão da prática de ato lesivo previsto no art. 5º, inciso IV, alínea "a" da Lei Federal nº 12.846/2013, com fundamento no artigo 6º, incisos I, parte final, e II, da Lei Federal nº 12.846/2013 e nos artigos 21 e 22, § 1º, ambos do Decreto Municipal nº 55.107/2014.

Após a decisão que indeferiu o recurso ser sido encaminhada ao Sr. Prefeito 108603744 a interessada protocolou um segundo pedido de reconsideração 116896032 que fora encaminhado à esta Pasta para análise.

Pois bem.

Após lecionar em 28 páginas a respeito do regime de responsabilidade da Lei 12.846/13, a estrutura dogmática de suas sanções, a composição dos elementos material e causal da responsabilidade objetiva, a proporcionalidade das sanções e ainda sobre o controle dos atos administrativos no Direto Brasileiro, alega a interessada que o relatório apresenta "*erros de motivação que podem invalidar a imputação de responsabilidade feita à consulente. Conforme demonstro com maior rigor nos itens a seguir, o relatório final da Comissão incorre em três erros: (i) de fato, ao não especificar qual teria sido a conduta ilícita efetivamente praticada pela Construbase (ii) de direito ao aplicar retroativamente a Lei Anticorrupção, em prejuízo ao acusado e também por descurar de pressupostos de imputação de responsabilidade estabelecidos pela própria lei e, ainda, na qualificação jurídica dos fatos, ao estabelecer dosimetria da sanção desproporcional em relação aos eventos discutidos no PAR.*"

Sobre os erros de fato, diz que o acervo probatório é insuficiente para caracterizar os ilícitos tipificados pelo art. 5º, IV, "a" da Lei Anticorrupção e que os eventos narrados pela Comissão Processante não ofertam nenhuma caracterização do ajuste de preços realizado nem tampouco apresenta indício de eventual proposição deste ajuste pelos representantes da pessoa jurídica para concluir que a Comissão presume que nos encontros apontados pela Comissão discutiu-se o arranjo de preços em licitações e que essa interpretação não é razoável pois *"a simples menção a reuniões agendadas entre um concorrente e outro, com a devida vênia, é incapaz de conferir evidência suficiente para a comprovação deste ilícito"* e que o mesmo pode se dizer sobre a respeito da posse de cartões profissionais e convites para reuniões.

Afirma, ainda, que o único elemento de prova é o empréstimo de trechos isolados de depoimentos prestados ao Ministério Público no Procedimento de Investigação Criminal (PIC) em que não há a obrigatoriedade de se observar o contraditório e a ampla defesa e que dependeria da corroboração com provas apresentadas ao longo do PAR, o que não aconteceu e que, por este mesmo motivo, foi excluída do processo sancionatório instaurado pelo CADE que apurou a prática de cartéis em diversas licitações da DERSA e da EMURB, dentre as quais a licitação das obras da Avenida Chucri Zaidan da qual a interessada foi vencedora, o que reforça sua conclusão de que as evidências não indicam, de forma substancial, a imputação de qualquer conduta ilícita sua.

Sobre o erro de direito, aduz que a Comissão Processante desconsidera em seu próprio raciocínio *"que as infrações perpetradas entre 2010 e 2013, mesmo que se admita seu caráter continuado, não poderiam ser abrangidas pela Lei Anticorrupção. Isto porque estes atos e os danos decorrentes são anteriores a sua vigência e, a sua inclusão, na responsabilização pretendida à Consulente implica retroação de norma sancionatória em afronta à Constituição."*

Diz ainda haver outra inconsistência *"A própria categorização da infração como de natureza continuada e o seu uso para justificar a aplicação das disposições da Lei Federal nº 12.846/13 é um erro. A infração de ajustes de preços não autoriza a presunção de sua continuidade ao longo da sua vigência"* e que a percepção do pagamento durante a vigência contratual é decorrência direta da efetiva prestação de serviços à Administração Pública e que considerar ilegítimos todos os pagamentos percebidos pelo contratado, significa admitir o enriquecimento sem causa do Poder Público, o que poderia acervar as obras em seu patrimônio e ainda exigir a indenização dos valores pagos e que, nesse sentido, o STJ tem considerado ilícito o uso do valor de contratos celebrados como parâmetro para apuração de indenizações ou multas. Afirma que por não haver prova de ilícito praticado durante a vigência contratual não se pode sustentar que as infrações iniciadas na licitação seguiram sendo praticadas durante a vigência contratual.

Por fim, ainda argumenta que houve erro na qualificação jurídica dos fatos na medida em que a *"dosimetria da pena sugerida não é congruente com os fatos apresentados ao longo do PAR e a sanção recomendada não atende à proporcionalidade"* pois, em seu entendimento, *"o valor recebido pelo contrato não configura parâmetro para a estimativa das pretensas vantagens auferidas pois foram destinados à remuneração dos serviços integrantes de seu objeto"*.

Aduz que há vício de congruência entre o conteúdo do processo e o da sanção, pois a Comissão entendeu que todo o lucro obtido foi considerado ilícito *"embora o dano ao interesse público tenha sido mínimo"*, pois concluiu as obras contratadas e que tal fato seria uma distorção em comparação às demais empresas sancionadas pela Controladoria pois seria a com a maior das sanções. Diz que o excesso punitivo é ilícito no direito brasileiro pois as outras empresas com ilícitos mais graves receberam penas mais brandas.

Traz os artigos 20 e 22 da LINDB para afirmar que o administrador deve analisar as consequências concretas das decisões que venha a tomar.

Por derradeiro, afirma que há a desconsideração da decisão do CADE é um erro de motivo de fato pois referida Autarquia concluiu pela inexistência de indícios de que a empresa tenha praticado atos de fraude à concorrência em licitações e que esta decisão foi proferida após a instauração do PAR e que o relatório final reanalisava os mesmos fatos e evidências mas faz recomendações distintas ao CADE.

É o breve resumo do pedido.

Da análise da petição e reanálise minuciosa do caso concreto, destacam-se as peculiaridades que distinguem este da imensa maioria dos casos que se desdobraram pela conclusão da Sindicância nº 6067.2018/0018665-9 que ensejou também a instauração deste PAR.

Adentrando ao mérito, em que pese a Comissão Processante em seu r. relatório (096875107) tenha apresentado fundamentadamente e de forma coerente os fatos, argumentos e indícios que a convenceu a propor a condenação da pessoa jurídica interessada, pela suposta participação em conluio para fraudar a Concorrência EMURB nº 001200100, na qual participou de forma consorciada (Consórcio Panamby - Construbase e S.A. Paulista de Construções e Comércio) que também serviu de fundamento para a decisão acostada em doc. SEI 107429226, entendo que a mesma deve ser reconsiderada, pelos motivos de fato e de direito a seguir expostos.

De fato, conforme apontado na decisão, também julgo que a prova inequívoca de conluio entre licitantes é algo extremamente difícil de ser obtida e que indícios vários e concordantes podem ser considerados como prova em casos desta natureza.

Contudo, no caso em apreço existem elementos de informação que não são concordantes e suscitam dúvida legítima, incorrendo no desacerto da anterior decisão que agora é revista.

Senão vejamos:

De acordo com o teor da nota de rodapé da página 77 do Histórico de Conduta do CADE (026868775):

“Nesta concorrência, as empresas vencedoras foram Construbase e SA Paulista, sendo que os Signatários não têm conhecimento por quais motivos a vencedora não foi a Carioca Engenharia, tal como definido anteriormente pelo agente público.”

Este elemento de informação conflita com os demais indícios levantados que levam à conclusão da participação da interessada na Fase 1 do conluio, sendo certo que neste ponto não são todos os indícios concordantes e harmônicos. Certo é que a Fase 1 consistiu nos contatos anticompetitivos preliminares, realizados pelas "Grandes Construtoras" (ANDRADE GUTIERREZ, CAMARGO CORRÊA, OAS, ODEBRECHT e QUEIROZ GALVÃO) para ajustamento de quais licitações futuras que seriam alocadas para cada uma das empresas envolvidas no conluio e suas consorciadas, não havendo elementos de provas suficientes de que a Construbase tenha participado desta fase.

Sobre a Fase 2 do conluio, importante transcrever texto pertinente do relatório:

“Por meio de acordos bilaterais entre as empresas e o diretor da DERSA, estabeleceu-se que as construtoras de maior porte seriam contempladas nas obras de prolongamento da Avenida Roberto Marinho e as de médio porte seriam contempladas nas demais obras do Sistema Viário Estratégico Metropolitano de São Paulo. Organizadas em consórcio, seguindo diretrizes de PAULO VIEIRA DE SOUZA, as empresas deveriam oferecer proposta não apenas nas licitações em que seriam diretamente beneficiadas, mas também nas demais, para manter a aparência de real concorrência.”

Neste sentido, a participação da Construbase em todas as concorrências e a depender da análise das suas propostas, poderia ser um indício de conluio, porém, como apontado na petição em análise e como constam nas págs. 30 a 33 do Histórico de Conduta do CADE (026868775), a empresa apenas participou de uma concorrência, e nesta se sagrou vencedora em consórcio com a SA Paulista (que também participou apenas desta concorrência). Trata-se, portanto, de mais um fato que não está em harmonia com os demais indícios sobre a participação da empresa no conluio.

Destarte, a conclusão da decisão anterior teve considerável influência de conteúdos de delações que não foram exaustivamente corroborados por outros elementos de prova e/ou indício. Além disso, ainda que a decisão inicial tenha encontrado determinados indícios que possam apontar para a existência de conluio e a fundamentado de forma coerente, melhor analisando, há fundada dúvida diante de elementos de informação não concordantes que deveriam estar em harmonia com os demais elementos para uma condenação segura, de modo que a decisão deve ser revista.

Ante o exposto, considerando que existem elementos de informação e indícios consideravelmente não concordantes no caso concreto, que o Consórcio vencedor da concorrência objeto destes autos participou apenas deste certame que se sagrou vencedor, que corroborando esta conclusão o CADE concluiu pela existência de indícios de prática irregular por outras empresas, mas não pela CONSTRUBASE NEM TAMPOUCO SUA CONSORCIADA conclui-se que há fundada dúvida quanto à participação da empresa no conluio, e com fulcro no princípio do *in dubio pro reo*, ABSOLVO a empresa CONSTRUBASE ENGENHARIA LTDA., inscrita no CNPJ sob o nº 62.445.838/0001-46 das imputações previstas no presente processo, por falta de elementos de convicção suficientes.

Publique-se e intime-se.

DANIEL FALCÃO
CONTROLADOR GERAL DO MUNICÍPIO



Daniel Falcão
Controlador(a) Geral do Município
Em 27/12/2024, às 16:34.

A autenticidade deste documento pode ser conferida no site <http://processos.prefeitura.sp.gov.br>, informando o código verificador **116896032** e o código CRC **80B8CAB9**.
