



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 6067.2019/0026263-2
Decisão CGM/GAB Nº 099571323

Processo: 6067.2019/0026263-2

Interessada: S A PAULISTA DE CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO, inscrita no CNPJ sob o nº 60.332.319/0001-46

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 S A PAULISTA DE CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO, inscrita no CNPJ sob o nº 60.332.319/0001-46, de 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 nº 185/2019-CGM (024481375), publicada em 27/12/19, em face da empresa **S A PAULISTA DE CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO**, inscrita no CNPJ sob o nº 60.332.319/0001-46, 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 nº 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 027460844, 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 Chucrri 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 empresas S.A. PAULISTA DE CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO e CONSTRUBASE ENGENHARIA LTDA., no valor 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 S.A. PAULISTA DE CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO e R\$ 265.765.431,20 para a empresa CONSTRUBASE ENGENHARIA LTDA., com indícios de sobrepreço."

A pessoa jurídica infratora foi devidamente citada e intimada (031120916 e 031957446) dos atos processuais, constituiu advogado e apresentou defesa (045302451), na qual alegou, principalmente: a) o presente Processo Administrativo não possui os requisitos mínimos necessários para sua instauração; b) irretroatividade da Lei nº 12.846/2013; c) a pretensão punitiva está prescrita; d) prejudicialidade em relação à investigação em trâmite perante o Cade; e) não há justa causa para a instauração de processo administrativo contra a SA Paulista; f) a acusação contra a SA Paulista é vaga e desprovida de suporte fático.

A Comissão Processante encerrou a fase instrutória (que incluiu perícia técnica - 089307107) e apresentou seu Relatório (096874950) que, analisando e refutando 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, IV, "d" e "g".

Sugeri 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 8.666/93 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 (097607122), 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 (097799638 e 097799854) 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.

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 (099148460), alegando, nos mesmos moldes da defesa apresentada, a impossibilidade de punição por atos anteriores à edição da Lei Anticorrupção em função da irretroatividade das normas sancionatórias, ausência de provas suficientes, dever de aplicação da prescrição prevista na Lei nº 9.873/1999, que o acordo de leniência e os depoimentos de colaboradores premiados não devem gozar de valor probatório, uma vez contraditórios e não acompanhados de provas que corroborem, finalmente, a irrazoabilidade no cálculo da multa.

Por fim, pleiteou que seja rejeitado o Relatório apresentado pela Comissão Processante e determinado o arquivamento do presente, e subsidiariamente, que a dosimetria da

multa seja reformada para o mínimo legal ou se usado critério de vantagem auferida, que seja determinada pericia para tal fim.

Destarte 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.

Entretanto, no dia 20/03/2024, em razão da Nota Técnica n.º 23 e do Despacho SG Instauração Processo Administrativo n.º 3/2024 no âmbito do Inquérito Administrativo n.º 08700.003240/2017-37 expedidos pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) no dia 05/03/2024, a interessada apresentou, além de memoriais 100352502, nova petição 100354117, afirmando que a decisão do CADE corrobora com sua tese, na medida em que referido Conselho entendeu "*não haver indícios suficientes para incluí-la no processo administrativo*" e que *só existiam indícios suficientes para justificar a instauração do processo administrativo em relação à obra da Avenida Roberto Marinho (Concorrência EMURB n.º 002/2008) licitação da qual a SA Paulista não participou*.

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 Churci Zaidan (Concorrência EMURB n.º 001200100).

Diferentemente do que alega a pessoa jurídica infratora em preliminar, não há que se falar em prescrição como já rechaçado pelo relatório *in verbis*:

Também não merece acolhida a alegação de prescrição. A Controladoria Geral do Município de São Paulo teve ciência dos atos lesivos aqui apurados e dos relatos trazidos no Acordo de Leniência 15/2017, firmado no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE; histórico da conduta relativo ao acordo no documento SEI n.º 026885642), em **06.12.2018**, conforme doc. SEI (013112290) da **Sindicância SEI n.º 6067.2018/0018665-9**. O presente processo, por sua vez, foi instaurado em **27.12.2019**, momento em que foi interrompido o prazo prescricional de 05 anos, conforme dispõe o parágrafo único do art. 25 da Lei n.º 12.846/2013.

Tampouco há que se falar em desrespeito ao princípio da irretroatividade da lei punitiva, como afirma a interessada.

Com efeito, em nenhum momento o relatório apresentado apontou para a retroatividade da lei punitiva vez que a Comissão Processante concluiu pela aplicação da Lei Federal nº12.846/13 por considerar que os atos praticados são ilícitos permanentes e que, portanto, sua consumação se protraí pelo tempo.

Como já exposto no relatório :

"Em vista disso, é inequívoca a aplicação da Lei nº 12.846/2013 aos fatos apurados neste processo administrativo de responsabilização de pessoa jurídica - PAR, seja porque houve a celebração sucessiva de acordos econômicos anticompetitivos entre as empresas até 2015 - caso em que as condutas anticompetitivas em licitações promovidas pela empresa DESENVOLVIMENTO RODOVIÁRIO S.A. (DERSA) e pela EMPRESA MUNICIPAL DE URBANIZAÇÃO (EMURB), esta última pertencente ao município de São Paulo, perpetradas no mercado de obras civis de infraestrutura e transporte rodoviário para implementação do Programa de Desenvolvimento do Sistema Viário Estratégico Metropolitano de São Paulo fez-se permanente -, seja porque a ação inicial se prolongou no tempo e se renovou no decorrer dos anos, a partir dos encontros firmados pelos executivos das empresas, ou, ainda, pelas trocas de informações comercialmente sensíveis entre elas no transcurso do tempo.

Ademais, os agentes prosseguiram no proveito de vantagens indevidas ao longo dos anos, recebendo os pagamentos decorrentes das execuções dos contratos obtidos de forma fraudulenta e produzindo novas lesões ao erário municipal, permitindo concluir pela permanência da conduta e pela aplicação da Lei nº 12.846/2013 a todos os fatos praticados após a sua vigência, que se deu em 29.01.2014.

Repise-se: a cada pagamento realizado no decorrer da execução do Contrato nº 185/SIURB/2011, obtido de forma fraudulenta através do conluio formado entre as empresas, estavam sendo perpetrados atos do mesmo conluio de empresas que atentavam contra o patrimônio público municipal (art. 5º, caput, da Lei nº 12.846/2013), razão pela qual a incidência da "Lei Anticorrupção" aos eventos contratuais ocorridos após a sua vigência é incontestada.

Essa também é a orientação seguida pela 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, que na sua Orientação nº 08 aduz o seguinte:

(..) *CONSIDERANDO que, no caso do crime de formação de cartel no âmbito de licitações públicas, seu efeito permanente se protraí por toda a sua extensão, inclusive, anteriormente e após a assinatura do contrato e adjudicação do objeto da licitação, sem solução de continuidade, e enquanto a Administração Pública estiver sendo mantida em erro, efetuando os correspondentes pagamentos ao vencedor integrante do cartel;*

CONSIDERANDO que, no crime de formação de cartel, os seus membros mantêm o domínio temporal ininterrupto sobre a duração do acordo ou ajuste correspondente, enquanto não identificado, obtendo, neste período, todas as vantagens decorrentes da violação da concorrência, quer no âmbito privado, quer no âmbito público; (...)

A 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, no exercício das atribuições que lhe são conferidas no artigo 62, inciso I, da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, resolve expedir ORIENTAÇÃO no sentido de que considera que o crime de formação de cartel é de natureza permanente. (...)"

A partir do momento em que o conluio para fraudar a licitação é realizado e o caráter competitivo é frustrado, qualquer ato dela decorrente está contaminado. Assim, a assinatura do contrato é fraudulenta e todos os pagamentos também, pois a interessada, mesmo após o encerramento da fase licitatória, prossegue no proveito de vantagens indevidas advindas do conluio.

Apesar do direito em questão não ser penal e sim direito administrativo sancionador, fato é que se trata de ilícito continuado, ainda que quando iniciado tal ato não fosse punível em razão da inexistência da Lei nº 12846/13. "É nesse sentido que entende Brandão (2010, p. 85): "*se uma lei passa a vigorar após iniciada a permanência ou a continuidade, mas antes de cessados todos os atos integrantes daquelas ações, ela é aplicável, ainda que mais gravosa, porque sob o seu império se deu parte da atividade executiva*". Outro que entende nesse sentido é Nucci, quando diz que "*aplica-se a lei nova durante a atividade executória do crime permanente, aquele cuja consumação se estende no tempo, ainda que seja prejudicial ao réu*"(NUCCI, 2014, p. 91, grifamos). Ele ainda afirma que: "*se o crime continuado é uma ficção, entendendo-se que uma série de crimes constitui um único delito para a finalidade de aplicação da pena, é preciso que o agente responda, nos moldes do crime permanente, pelo que praticou em qualquer fase da execução do crime continuado. Portanto, se uma lei penal nova tiver vigência durante a continuidade, deverá ser aplicada ao caso, prejudicando ou beneficiando*"(NUCCI, 2014, p. 92, grifamos)." (in <https://periodicos.ufpb.br/index.php/rr/article/download/65862/38236/203975#:~:text=S%C3%9AMULA%20711%20DO%20STF.,o%20qual%20deve%20ser%20conhecido.-consulta em 26/03/2024>)

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 não vislumbrar prejuízos mas sim porque tais prejuízos 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 (026903173) 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 (089307107) 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" (Ribeiro, Márcio de Aguiar. *Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da lei anticorrupção empresarial*, Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 170).

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 em razão da execução do Contrato nº 185/SIURB/2011, obtido de forma fraudulenta por ocasião da 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.

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 à 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, acima transcritas; 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 interposição de recursos impugnando os resultados finais dos certames; f) a similaridade das propostas comerciais apresentadas; g) 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.

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)

ACÇÃO 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 designio 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 designio 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 099768400, 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 o 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.

Desse modo, 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.

Também não afasta a responsabilização da SA PAULISTA 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, os depoimentos convergentes dos colaboradores a respeito de proposta de cobertura para a licitação na qual se sagrou vencedora a interessada.

Do mesmo modo o fato da interessada ter participado unicamente da licitação na qual se sagrou vencedora em nada altera sua responsabilização haja vista que, conforme consta nos autos, a SA Paulista e sua consorciada solicitaram apresentação de proposta de cobertura (fl. 181 do doc. SEI 026902880) que foi realizada pela Queiroz Galvão, Galvão Engenharia, Paulitec e CR Almeida (fl.33 do Histórico de Conduta do CADE 026885642) quais sejam, mesmas empresas que participaram do conluio e aparecem na fase 01 e/ou 02.

Ainda que não tenha havido a identificação física de seus representantes legais nas negociações para a realização do conluio, fato é que a interessada se beneficiou da conduta ilícita e por essa razão deve ser responder.

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)

A Lei Federal nº 12846/13 opta claramente em diferenciar a responsabilização da pessoa jurídica e de seus sócios e/ou dirigentes, que serão responsáveis na medida de sua culpabilidade, *in verbis*:

Art. 3º A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito.

§ 1º A pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais referidas no caput.

§ 2º Os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade.

Assim, a responsabilidade dos sócios ou responsáveis da SA PAULISTA que não foram mencionados nas delações é diferente da responsabilidade da pessoa jurídica que se beneficiou do conluio ao assinar o contrato com o Município.

E, ainda que assim não se considerasse, o artigo 4º, §2º, da Lei nº 12.846, prevê:

Art. 4º Subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária.

§ 1º Nas hipóteses de fusão e incorporação, a responsabilidade da sucessora será restrita à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido, não lhe sendo aplicáveis as demais sanções previstas nesta Lei decorrentes de atos e fatos ocorridos antes da data da fusão ou incorporação, exceto no caso de simulação ou evidente intuito de fraude, devidamente comprovados.

*§ 2º As sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, **as consorciadas serão solidariamente responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei, restringindo-se tal responsabilidade à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado.*** (grifei)

Neste sentido a doutrina especializada aduz:

A Lei nº 12.846 traz tipologia de atos lesivos da probidade específicos em matéria de licitações e contratos, em seu art. 5º, inc. IV, alíneas "a" e "g". Logo, totalmente pertinente a disciplina na lei sobre a circunstância em que tais ilícitos forem concretizados em contexto de formação de consórcios. Determinou-se a solidariedade das empresas consorciadas, quanto à obrigação de reparação de danos causados e ao pagamento da multa. Em outras palavras, PJ infratora e demais pessoas jurídicas integrantes do consórcio, presente em licitações e contratos administrativos, foram postos sob o regime da solidariedade passiva.

(Lei Anticorrupção Comentada, 2ª Edição, 2018, págs. 77 e 78, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Thiago Marrara)

Ademais, a interpretação do artigo acima trazida pela interessada é contrária à toda a estrutura de responsabilização objetiva da Lei Anticorrupção que prevê expressamente que todos aqueles que se beneficiam dos atos ilícitos deverão ser responsabilizados, adotando a tese do risco proveito, sem exigir, em nenhum momento, conhecimento do fato. A responsabilização da SA PAULISTA existe porque é beneficiária do conluio.

Dessa maneira, tendo sido respeitadas as exigências formais, cumpridas as diligências necessárias e permitida a ampla defesa, conluio, 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.

Ademais, 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).

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 nº 12846/13, 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, sendo desnecessária, portanto, a realização de qualquer perícia. Também, diferentemente do que alega a interessada, tal valor tampouco é irrazoável, pois é o piso legalmente previsto, 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. Este entendimento 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." [3]

No caso em exame, segundo as informações prestadas por CGM/AUDI/DOSENG na OS nº 006/2023 - CGM-AUDI 089307107 - 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 SA PAULISTA DE CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO 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\$ 260.708.766,55** (duzentos e sessenta milhões, setecentos e oito mil setecentos e sessenta e seis reais e cinquenta e cinco centavos - vide fls. 131/136 do DOC. SEI 089307107), 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 096874950 para condenar a pessoa jurídica **SA PAULISTA DE CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO, inscrita no CNPJ sob o nº 60.332.319/0001-46**, ao pagamento da 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, **8%** 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, 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:

- 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;
- intimação da pessoa jurídica **SA PAULISTA DE CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO, inscrita no CNPJ sob o nº 60.332.319/0001-46** ao pagamento da multa 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;
- 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.
- encaminhamento dos autos, ou cópia dele, à autoridade competente para providências de responsabilização da pessoa jurídica **SA PAULISTA DE CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO, inscrita no CNPJ sob o nº 60.332.319/0001-46** 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 **SA PAULISTA DE CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO, inscrita no CNPJ sob o nº 60.332.319/0001-46** à 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)** bem como à **PUBLICAÇÃO EXTRAORDINÁRIA DA DECISÃO CONDENATÓRIA, na forma de extrato de 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 16:18.

A autenticidade deste documento pode ser conferida no site <http://processos.prefeitura.sp.gov.br>, informando o código verificador **099571323** e o código CRC **8B441724**.



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 6067.2019/0026263-2

Decisão CGM/GAB Nº 108595370

Processo nº 6067.2019/0026263-2 - Procedimentos disciplinares: Processo administrativo de responsabilização de pessoa jurídica.

Interessada: S A PAULISTA DE CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO, inscrita no CNPJ sob o nº 60.332.319/0001-46

DECISÃO

Irresignada com a decisão proferida no presente PAR, publicada na edição do dia 25/07/2024 do Diário Oficial da Cidade (107428955), a interessada interpôs recurso administrativo (108346132).

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 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 108346527, 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.

Posterior e extemporaneamente, a interessada protocolou nova petição 111993088

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

Relevante frisar, entretanto, que o arquivamento do procedimento do CADE foi em razão da não configuração do ilícito da lei antitruste o que não significa, necessariamente, que o ato ilícito da Lei Anticorrupção também não aconteceu.

Se foram copiadas partes do relatório da Comissão Processante foi porque ali estão bem explicitadas as razões para a condenação. O Controlador Geral só deve dar outras razões se discordar com as conclusões da Comissão o que não aconteceu na hipótese em tela.

Nesse passo, repetindo a conclusão do Relatório da Comissão Processante sobre o valor da multa que, no caso, é a vantagem auferida:

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. Este entendimento 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.**” [3]*

No caso em exame, segundo as informações prestadas por CGM/AUDI/DOSENG na OS nº 006/2023 - CGM-AUDI (089307107 - 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 SA PAULISTA DE CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO 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\$ 260.708.766,55** (duzentos e sessenta milhões, setecentos e oito mil setecentos e sessenta e seis reais e cinquenta e cinco centavos - vide fls. 131/136 do DOC. SEI 089307107), 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).

A decisão não presumiu que haveria uma proposta mais vantajosa, o que se concluiu foi que, em razão do conluio entre a interessada e as outras empresas, não houve a concorrência que existiria normalmente. Assim, o lucro obtido é a vantagem indevidamente auferida em razão da fraude perpetrada para que o consórcio do qual a SA Paulista faz parte obtivesse o contrato.

A ilegalidade adveio da forma como a empresa foi contratada e, por esse motivo, é o valor total recebido a base de cálculo, pois se não existisse a fraude não existiria nem o contrato original muito menos seus aditamentos, ainda que não tenha sido comprovado qualquer superfaturamento ou sobrepreço.

Os 8% da remuneração do consórcio foi calculado para cada uma das consorciadas sobre o valor recebido por cada uma delas. Dessa forma, a multa da recorrente é de 8% calculado sobre o valor do BDI do consórcio.

Ademais, a lei não proíbe que os atenuantes sejam aplicados mesmo quando a multa é fixada em seu mínimo legal, pois como o nome diz é o **mínimo** de modo que a legislação não precisa dizer o que já se entende de sua leitura.

Por fim, e para que não se alegue cerceamento de defesa, analisando a petição protocolada extemporaneamente e acostada em doc. SEI 111993088, a tese do STJ de que "11.2. A confissão extrajudicial admissível pode servir apenas como meio de obtenção de provas, indicando à polícia ou ao Ministério Público possíveis fontes de provas na investigação, mas não pode embasar a sentença condenatória" não se aplica ao presente caso pois a condenação em tela tem fundamento nos seguintes elementos caracterizadores do ato ilícito, como bem apontado no relatório da Comissão e acolhido na decisão recorrida:

"Acordo de Leniência nº 15/2017 (CADE com a ODEBRECHT ENGENHARIA E CONSTRUÇÃO INTERNACIONAL S.A) com diversas citações da empresa SA PAULISTA (fls. 628/653 do SEI 026902851 e fls. 01/121 do SEI 026902880), destacando-se que à fl. 20 do doc. SEI 026902880 restou consignado o seguinte no parágrafo 60 do Acordo de Leniência nº 15/2017 – CADE, a respeito da SA PAULISTA: “60. De acordo com os Signatários, a SA Paulista praticou acordos para (i) fixação de preços, condições comerciais e vantagens em licitações; (ii) divisão de mercados entre concorrentes, por meio da apresentação de propostas de cobertura; e (iii) troca de informações concorrencialmente sensíveis com o objetivo de frustrar o caráter competitivo de licitações. Atuou na Fase 2 - Implementação do cartel (2009 a 2011) da conduta anticompetitiva. Na licitação “Chucri Zaidan”, a empresa, integrante do Consórcio Panamby (formado por Construbase e SA Paulista), foi vencedora da licitação e requereu a apresentação de proposta de cobertura, conforme indicado, por exemplo, nos parágrafos 8, 34, 60 e 194 e nas Tabelas 4, 5, 35, 48, 49 e 50 deste Histórico da Conduta”;

Depoimentos prestados no Ministério Público Federal no curso do PIC nº 1.34.001.001142/2018-88 e cópias de agendas telefônicas dos colaboradores corroborando os depoimentos (fls. 158/279 do doc. SEI 026902880), destacando-se a seguinte afirmação no depoimento de MAURICIO VALADARES GONTIJO: “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 026902880).

Cartões de visita (fls. 310/321 do SEI 026902880) que demonstrariam as reuniões e os contatos entre os representantes das pessoas jurídicas envolvidas nos atos lesivos aqui apurados. Às fl. 320 do SEI 026902880, consta o cartão de visita de GENESIO SCHIAVINATO DA SILVA JÚNIOR, representante da CONSTRUBASE ENGENHARIA LTDA., empresa líder do CONSÓRCIO PANAMBY (CONSTRUBASE/SA PAULISTA) na Concorrência EMURB nº 001200100;

Extratos telefônicos de ROBERTO CUMPLIDO (ODEBRECHT) corroborando os depoimentos dos colaboradores e comprovando que tais reuniões de fato aconteceram (fls. 449/540 do doc. SEI 092110345); e

Contrato assinado pelo CONSÓRCIO PANAMBY (consórcio formado pela CONSTRUBASE e SA PAULISTA na Concorrência EMURB nº 001200100 com a empresa HAVER-SP 04/10 EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA. CONSULTORIA (026901958), para o qual houve rateio dos honorários cobrados pela HAVER, conforme descrito nos parágrafos 218 a 225 do Acordo de Leniência nº 15/2017 – CADE (fls. 103/109 do doc. SEI 026902880);

Embora tenham sido imprecisas as citações dos nomes dos prepostos da empresa SA PAULISTA no histórico de conduta do Acordo de Leniência nº 15/2017 - CADE e nos depoimentos prestados pelos colaboradores no PIC nº 1.34.001.001142/2018-88, vale consignar que a empresa também se beneficiou diretamente dos atos praticados por GENESIO SCHIAVINATO DA SILVA JÚNIOR, representante da CONSTRUBASE ENGENHARIA LTDA., empresa líder do CONSÓRCIO PANAMBY (CONSTRUBASE/SA PAULISTA) na Concorrência EMURB nº 001200100."

Ante o exposto, mantenho a decisão que **CONDENOUa S A PAULISTA DE CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO, inscrita no CNPJ sob o nº 60.332.319/0001-46** 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 18:44.

A autenticidade deste documento pode ser conferida no site <http://processos.prefeitura.sp.gov.br>, informando o código verificador **108595370** e o código CRC **CCC007F8**.



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 6067.2019/0026263-2

Decisão CGM/GAB Nº 120061090

São Paulo, 7 de abril de 2025.

Decisão CGM/GAB Nº 117983462

Processo nº 6067.2019/0026263-2 - Procedimentos disciplinares: Processo administrativo de responsabilização de pessoa jurídica.

Interessada: S A PAULISTA DE CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO, inscrita no CNPJ sob o nº 60.332.319/0001-46

DECISÃO

Irresignada com a decisão proferida no presente PAR, publicada na edição do dia 25/07/2024 do Diário Oficial da Cidade (107428955), a interessada interpôs recurso administrativo (108346132).

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 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 pela não reconsideração da decisão em sede de recurso e o consequente encaminhamento ao Sr. Prefeito (108595370), a interessada protocolou um segundo pedido de reconsideração (117671205) que fora encaminhado à esta Pasta para análise. Também foi protocolado o parecer juntado em doc. SEI 120060758

A interessada argumenta que: *"Embora sejam investigadas em processos separados, a Construbase e a SA Paulista desfrutam de condições muito semelhantes, já que são investigadas pelos mesmos fatos, dado que participaram do certame investigado em consórcio, e pelo mesmo acervo probatório. Permitir que a Construbase seja absolvida e a SA Paulista condenada, diante das circunstâncias do processo, seria uma afronta ao princípio da isonomia e da segurança jurídica."*

Alegando ainda que: *"Essa constatação se agrava ao perceber que todos os indícios citados na decisão que concluiu pela SA Paulista ou não se confirmaram pelos mesmos motivos expostos na decisão de absolvição da Construbase e que a decisão que condenou a SA Paulista (desarrazoadamente, dada a devida vênia), o fez sob o argumento de que teria se beneficiado de supostos atos praticados pelo representante da Construbase (que agora já foram devidamente afastados pela decisão de reconsideração já mencionada)."*

É o breve resumo do pedido.

Da análise da petição e do parecer juntado com a reanálise rigorosa 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 (096874950) tenha apresentado fundamentadamente e de forma coerente os fatos, argumentos e indícios que os convenceram 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 099571323, entendo que a mesma deve ser reconsiderada pelos motivos de fato e de direito a seguir expostos.

De fato, conforme apontado no Relatório (096874950), também entendo 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, incorrendo no desacerto da anterior decisão que agora é revista.

Contudo, no caso em apreço existem elementos de informação que não são concordantes e suscitam dúvida legítima.

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 quanto à participação da SA Paulista na Fase 1 do conluio, sendo certo que neste ponto não são todos os indícios concordantes e harmônicos. Ademais, como consta do relatório, a Fase 1 consistiu nos contatos anticompetitivos preliminares, realizados pelas "Grandes Construtoras" (ANDRADE GUTIERREZ, CAMARGO CORRÊA, OAS, ODEBRECHT e QUEIROZ GALVÃO) para ajustamento das licitações futuras que seriam alocadas para cada uma das empresas ou grupo de empresas envolvidas no conluio, não havendo indício de que a SA Paulista ou a Construbase, sua consorciada, tenham 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 SA Paulista em todas as concorrências poderia ser um indício de conluio, porém, como constam nas págs. 30 a 33 do Histórico de Conduta do CADE (026885642) e na petição de doc. 117671205, a empresa apenas participou de uma concorrência e nesta se sagrou vencedora em consórcio com a Construbase (que também participou apenas desta concorrência), não apresentando, portanto, proposta de cobertura em outros certames. Trata-se, portanto, do mais importante fato que não está em harmonia com os demais indícios sobre a participação da empresa.

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, especialmente que as empresas que formaram o consórcio vencedor da concorrência objeto destes autos participaram apenas deste certame que se sagraram vencedoras, que corroborando esta conclusão o CADE concluiu pela existência de indícios de prática irregular por outras empresas, mas não pela **S A PAULISTA** e 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 **S A PAULISTA DE CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO**, inscrita no CNPJ sob o nº 60.332.319/0001-46 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 07/04/2025, às 14:14.

A autenticidade deste documento pode ser conferida no site <http://processos.prefeitura.sp.gov.br>, informando o código verificador **120061090** e o código CRC **21AE0F61**.
