



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO AO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA
ECONÔMICA
COORDENAÇÃO-GERAL DE ESTUDOS E PARECERES - CGEP
SEPN 515 CONJUNTO D, LOTE 4 ED. CARLOS TAURISANO, 4º ANDAR CEP: 70770-504 - BRASÍLIA/DF

PARECER n. 00046/2023/CGEP/PFE-CADE/PGF/AGU

NUP: 08700.000413/2021-41

INTERESSADOS: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

ASSUNTOS: PROTEÇÃO À LIVRE CONCORRÊNCIA

EMENTA. PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. CONDUTA DE CARTEL EM LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS. MERCADO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TERCEIRIZADOS NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. CONDENAÇÃO PARCIAL. SUGESTÃO DE INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO.

I – As práticas consistem em acordar preços, dividir o mercado e os clientes, trocar informações concorrencialmente sensíveis e combinar preços, condições, vantagens ou abstenção em licitações no mercado de serviços terceirizados de prestação de serviços contínuos diversos.

II – Regularidade procedimental. Os representados foram regularmente notificados. Observância dos princípios de ampla defesa e contraditório. Atendimento aos dispositivos legais concernentes ao direito de defesa, de produção e manifestação acerca das provas.

III – Preliminares rejeitadas. A independência das instâncias não enseja *bis in idem* entre processos administrativos, processos penais e demandas judiciais cíveis (individuais ou coletivas), uma vez que possuem escopos diversos e cumuláveis. Jurisprudência dominante.

IV – Individualização das condutas dos representados. O lastro probatório demonstra a prática de cartel em licitações e contratações públicas no Estado do Espírito Santo para contratação de empresas prestadoras de serviços terceirizados. Sugestão de instauração de processo administrativo em face de pessoas físicas. Condenação parcial.

VERSÃO DE ACESSO PÚBLICO

1. RELATÓRIO

1. Em **13 de agosto de 2020**, por meio do Despacho da Superintendência-Geral nº 13 (SEI 0787868), que aprovou a Nota Técnica nº 13/2020/CGAA9/SGA2/SG/CADE (SEI 0778318), instaurou-se o presente processo administrativo com o fim de apurar suposto cartel em licitações públicas no mercado prestação de serviços terceirizados no Estado do Espírito Santo, passível de enquadramento no art. 36, inciso I, c/c § 3º, inciso I, alínea “d”, e inciso II da Lei nº 12.529/2011.

2. A instância administrativa iniciou-se em virtude do ajuizamento, em 18 de janeiro de 2019, pelo Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado do Ministério Público do Estado do Espírito Santo (Gaeco/MPES), da Ação Civil de Responsabilidade pela Prática de Atos Lesivos à Administração Pública (SEI 0605993), que visava à responsabilização por prática de fraudes em licitações públicas no Estado do Espírito Santo.
3. A Superintendência-Geral havia enviado ofícios (SEI 0603009 e 0743298) ao Gaeco/MPES, solicitando o encaminhamento de cópia dos autos do Procedimento Investigatório Criminal – PIC 10/2017 (MPES 2017.0021.0906-58) – “Operação Assepsia”, que serviu de base ao ajuizamento da referida ação civil, a fim de possibilitar a instrução do procedimento investigatório. Por meio do Ofício nº 217 (0763109), de 03 de junho de 2020, foi encaminhado cópia integral e digitalizada do procedimento em comentário^[1].
4. Constam também dos documentos carreados aos autos as auditorias realizadas pelo Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo (TCEES) nos municípios de Cariacica, Serra, Barra de São Francisco e Marechal Floriano, que apontaram para aparentes irregularidades em contratações nessas localidades, com relação às empresas participantes do Pregão Eletrônico nº 37/2016, da Secretaria Estadual de Educação, além de informações e documentos decorrentes da quebra de sigilo do fluxo de comunicação entre representantes das pessoas jurídicas investigadas e interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, bem como de oitivas realizadas em sede de investigação criminal pelo Ministério Público do Espírito Santo. O MPES havia firmado Acordo de Cooperação Técnica nº 5151/2016 com TCES, cujo objetivo era verificar em municípios capixabas, simultaneamente, eventuais padrões de contratação do mesmo serviço de limpeza e conservação predial.
5. O Ofício nº 217 (0763109) do MPSP ainda informa e encaminha a decisão judicial de levantamento integral do sigilo proferida nos autos da ação penal nº 0002236-87.2019.8.08.0024, ajuizada como resultado das investigações no procedimento investigatório citado, de modo que estaria autorizado o compartilhamento para apuração do cartel, como, aliás, ficou assentado na referida decisão.
6. A partir dos documentos e informações reunidos nos autos, a SG concluiu pela existência de indícios de que empresas teriam se associado com o fim específico de frustrar o caráter competitivo do Pregão Eletrônico nº 037/2016, da Secretaria de Educação do Espírito Santo (SEDU), pelo menos, no período de 2013 a 2018. No entanto, verificam-se evidências que demonstram a atuação do cartel desde 2009, como se pode observar da análise do Pregão Eletrônico nº 7/2009, realizado pelo Município de Cariacica.
7. Os indícios evidenciam uma prévia definição de quem iria vencer determinado certame licitatório ou conjunto deles, como resultado de uma possível divisão de mercado, bem como estratégias de supressões de propostas ou propostas fictícias e troca de informações sensíveis entre as empresas concorrentes.
8. Entre julho de 2016 e fevereiro de 2017, a Secretaria de Educação do Espírito Santo (SEDU) realizou licitação para contratação de empresa especializada na prestação de serviços terceirizados de limpeza e conservação predial de unidades escolares do Estado. O certame foi dividido em quatro lotes com valor de cerca de 30 milhões de reais cada, totalizando, à época, mais de R\$ 122,7 milhões.
9. O MPES iniciou o procedimento investigatório criminal a partir do comportamento das licitantes durante o Pregão Eletrônico SEDU nº 37/2016, destacando-se os seguintes indícios: as empresas vencedoras, Braslimp, Conservo e Serdel, mantiveram-se nos municípios que já prestavam serviços para a Secretaria de Educação; as mesmas empresas participaram dos lotes em que vieram a ganhar por meio de descontos inexpressivos das propostas vencedoras; as primeiras colocadas foram desclassificadas, inabilitadas ou desistiram do certame; a Serge Serviços, segunda colocada em todos os quatro lotes do pregão, foi inabilitada, em todos os lotes, por não ter apresentado documentos básicos e essenciais requeridos em Edital; e também se observou uma série de empresas que registraram o preço máximo em cada lote e não ofertaram lances durante a fase competitiva.
10. Figuram no polo passivo deste processo administrativo sancionador as seguintes pessoas jurídicas e naturais: AMV Oficina Mecânica Ltda. ME, Braslimp Serviços Ltda., Conservo Serviços Gerais Ltda., Vix Serviços – ES Ltda., Serdel Serviços e Conservação Ltda., Serge Serviços Conservação e Limpeza Ltda., Servilimp Serviços de Conservação e Limpeza de Vitória Ltda., Adilson Bastos, Alan Maycon dos Santos Oliveira, Antônio Aristides Gomes Tavares, Douglas do Nascimento, Guilherme João Monken Júnior, Jean Carlos Gasperazzo Leite, Juliana Vilanova Monken, Marcela de Barros Augusto, Marcelo Batista da Silva, Marcelo Vilanova Monken, Marcio Vilanova Monken, Marcos Silva, Nacib Haddad Neto, Priscila Belo Tavares, Rafael Alves Haddad e Vanda Arantes Sad.
11. Os representados foram devidamente notificados da instauração do presente processo administrativo e do prazo para apresentação das defesas. No entanto, conforme os documentos SEI 0820071, 0820075, 0820076, os representados Amv Oficina, Alan Oliveira e Marcela Augusto não apresentaram defesas, tendo sido declarados revéis nos termos do art. 71 da Lei nº 12.529/2011 e art. 152 do Regimento Interno (SEI 0859039), correndo contra eles os demais prazos, sem prejuízo de poderem intervir em qualquer fase do processo, sem direito à repetição de qualquer ato já praticado.
12. A SG procedeu ao saneamento dos autos e, por meio da Nota Técnica nº 08/2021 (0859039), aprovada pelo Despacho SG nº 115/2021, além de haver indeferido as preliminares arguidas pelos representados, decidiu: i) pelo

deferimento da produção de prova documental até o encerramento da instrução para todos os representados; ii) pela publicação de todas intimações e publicações relacionadas aos representados Serge Serviços, Servilimp Serviços, Antonic Tavares, Marco Silva e Priscila Tavares, em nome de seus procuradores; iii) pelo indeferimento do pedido dos representados Serdel Serviços, Conservo Serviços, Vix Serviços, Adilson Bastos, Douglas do Nascimento, Guilherme Monken, Jean Carlos Leite, Juliana Monken, Marcelo Monken, Marcelo Silva, Márcio Monken, Nacib Haddad, Rafael Haddad e Vanda Sad para que a SG solicitasse ao Juízo da 3ª Vara de Fazenda Pública de Vitória/ES cópia integral, em formato digital, dos autos da Ação Civil Pública 0003342-84.2019.8.08.0024; iv) pelo deferimento do pedido dos representados Braslimp, Serdel Serviços, Vix Serviços, Adilson Bastos, Douglas do Nascimento, Marcelo Silva, Jean Carlos Leite, Nacib Haddad, Rafael Haddad e Vanda Sad para que a SG solicitasse ao Juízo da 8ª Vara Criminal de Vitória/ES os documentos indicados na nota técnica; v) pelo deferimento do pedido dos representados Braslimp, Conservo Serviços, Guilherme Monken, Juliana Monken, Marcelo Monken, Márcio Monken, Nacib Haddad, Rafael Haddad e Vanda Sad para que a SG solicitasse ao Tribunal de Contas do Espírito Santo os documentos indicados na nota técnica; vi) pelo indeferimento do pedido dos representados Braslimp, Nacib Haddad, Rafael Haddad e Vanda Sad para que a SG juntasse integralmente aos autos o PIC que originou a Operação Assepsia (PIC nº 010/2017 - MPES nº 2017.0021.0906-58); vii) pela notificação de Serdel Serviços e Adilson Bastos para, no prazo de 05 (cinco) dias, justificassem em que medida as oitivas seriam úteis a esclarecer fatos relacionados a sua defesa; viii) pela notificação dos representados Braslimp, Conservo Serviços, Guilherme Monken, Juliana Monken, Marcelo Monken, Márcio Monken, Nacib Haddad, Rafael Haddad e Vanda Sad para, no prazo de 05 (cinco) dias, justificassem em que medida as oitivas seriam úteis a esclarecer fatos relacionados a sua defesa; e ix) facultar aos representados a possibilidade de trazer aos autos declarações escritas assinadas pelas pessoas arroladas como testemunhas contendo as informações fáticas que estas conhecessem acerca do mérito do presente processo administrativo. Nessa hipótese, o representado deveria indicar, no prazo de 15 (quinze) dias se aceita essa opção e, no prazo de 30 (trinta) dias contados do término do prazo anterior, apresentar as declarações escritas, que passariam a ter valor de prova documental.

13. A Nota Técnica nº 08/2021 (0859039), pela qual se analisaram os pedidos de produção de provas, foi complementada pela Nota Técnica nº 105/2021 (0935808), aprovada pelo Despacho SG nº 1037/2021 (SEI 0935814), em que se decidiu: i) pelo deferimento das provas testemunhais solicitadas pelos Representados Conservo Serviços, Marcelo Vilanova Monken, Marcio Vilanova Monken, Guilherme João Monken Júnior e Juliana Vilanova Monken; ii) pelo deferimento das provas testemunhais referentes a Maísa Nascimento, Paulo Ernesto Cassis, Natália Carnielli Giori e Wilson Athaydes Filho, solicitadas pelos Representados Serdel Serviços e Adilson Bastos; iii) pelo indeferimento das provas testemunhais referentes a Rodrigo Lubiana Zanotti e Stanislaw Bozzi Talon solicitadas pelos Representados Serdel Serviços e Adilson Bastos; iv) pelo deferimento das declarações escritas assinadas pelas pessoas arroladas como testemunhas apresentadas pelos Representados Serdel Serviços, Adilson Bastos, Braslimp, Nacib Haddad Neto, Rafael Alves Haddad e Vanda Arantes Sad; v) pela notificação das testemunhas da SG acerca das datas e dos horários designados para a realização das oitivas; vi) pela intimação dos Representados acerca das datas e dos horários designados para a realização das oitivas; vii) pela notificação dos Representados para que apresentassem as informações constantes no parágrafo 19 do item 3 da Nota Técnica, concedendo prazo de 15 dias para atendimento; viii) pela notificação das empresas Representadas para que apresentassem as informações constantes do item 4 da Nota Técnica, concedendo prazo de 15 dias para atendimento; ix) pela notificação de Natalia Carnielli Giori e Wilson Athaydes Filho, por meio de ofício, para que comparecessem às oitivas na data estabelecida; x) pela notificação dos Representados para que confirmassem a intimação e o comparecimento às oitivas das testemunhas arroladas, até o dia 01 de setembro de 2021; e xi) pela notificação dos Representados para que indicassem até dois representantes legais que acompanhariam os procedimentos virtuais das oitivas, nos termos da nota técnica, até o dia 20 de agosto de 2021.

14. Em vista dos pedidos de produção de prova documental deferidos, bem como as provas de interesse do órgão persecutório, foram encetadas providências como emissão de ofícios que, em relação a alguns, houve resposta e encaminhamento de documentos solicitados, conforme demonstrado na Tabela 5 da Nota Técnica nº 34/2023 (SEI 1247973).

15. Por meio da Nota Técnica nº 105/2021 (0935808), decidiu-se sobre os pedidos de produção de provas testemunhais, conforme demonstrado na Tabela 6 da Nota Técnica nº 34/2023 (SEI 1247973). Na mesma oportunidade, foram acolhidas como prova documental as declarações escritas constantes dos documentos SEI 0871559 e 0897822. Por fim, após alguns adiamentos, remanejamentos e conversão de depoimentos pessoais em declarações escritas, houve as oitivas de testemunhas como exibido na Tabela 7 da Nota Técnica nº 34/2023 (SEI 1247973).

16. O Despacho SG nº 787/2023 (SEI 1247975) determinou o encerramento da fase instrutória e a intimação dos representados para apresentar novas alegações, as quais foram juntadas aos autos. Posteriormente, por meio da Nota Técnica nº 39/2023 (SEI 1258930), acolhidas suas razões pelo Despacho de Encerramento SG nº 14/2023 (SEI 1259380), procedeu-se à análise do processo administrativo, das alegações de defesa e do conjunto probatório. Sugeriu-se, então, o indeferimento das preliminares suscitadas pelos representados por falta de amparo legal. Quanto ao mérito, opinou-se pela condenação dos representados Braslimp Serviços Ltda., Conservo Serviços Gerais Ltda., Serdel Serviços e Conservação Ltda., Serge Serviços Conservação e Limpeza Ltda., Marcio Vilanova Monken, Marcos Silva, Nacib Haddad Neto e

Vanda Arantes Sad, por entender que suas condutas configuraram infração à ordem econômica de acordo com o art. 20, incisos I a IV, e art. 21, incisos I, III e VIII, da Lei nº 8.884/1994, bem como o art. 36, incisos I a IV, c/c seu § 3º, inciso I, alíneas "a", "c" e "d", da Lei nº 12.529/2011.

17. Sugeriu-se ainda o arquivamento dos autos em relação aos representados AMV Oficina Mecânica Ltda-ME, Vix Serviços – ES Ltda., Servlimp Serviços de Conservação e Limpeza de Vitória Ltda., Adilson Bastos, Alan Maycon dos Santos Oliveira, Antônio Aristides Gomes Tavares, Douglas do Nascimento, Guilherme João Monken Júnior, Jean Carlos Gosperazzo Leite, Juliana Vilanova Monken, Marcela de Barros Augusto, Marcelo Batista da Silva, Marcelo Vilanova Monken, Priscila Belo Tavares e Rafael Alves Haddad, por entender que não há nos autos provas suficientes de participação nas condutas investigadas.

18. Após a distribuição do feito ao **Conselheiro Sérgio Costa Ravagnani**, o presente processo administrativo foi remetido a esta Procuradoria Federal Especializada para emissão de parecer jurídico.

19. É o relatório. Passa-se à análise.

2. ANÁLISE JURÍDICA

2.1 Regularidade procedimental

20. O Capítulo IV, do Título VI, da Lei nº 12.529/2011 dispõe sobre o rito do procedimento administrativo para imposição de sanções por infrações à ordem econômica, visando, sobretudo, garantir a ampla defesa e o contraditório aos acusados. A Superintendência Geral do CADE atendeu a todos os dispositivos legais concernentes à instauração e tramitação do processo, bem como ao direito de defesa, de produção probatória e de manifestação acerca das provas carreadas aos autos, em tudo observando as formalidades essenciais à garantia dos direitos dos representados.

2.2 Questões arguidas nas defesas e novas alegações

21. Os representados arguíram em sede de defesa, reiteradas nas novas alegações, questões preliminares que passam a ser analisadas por esta Procuradoria Federal Especializada, também examinadas e afastadas pela SG, por meio da Nota Técnica nº 8/2021 (0859039), acolhida pelo Despacho SG nº 115/2021 (0859048).

2.2.1 Ausência de individualização da conduta e de indícios robustos de prática do ilícito concorrencial. Ofensa ao princípio de ampla defesa e contraditório.

22. Os representados Servilimp, Serdel, Conservo, Serge, Braslimp, Vix Serviços, Antonio Tavares, Priscila Tavares, Adilson Bastos, Márcio Monken, Marcelo Monken, Juliana Monken, Guilherme Monken, Marco Silva, Nacib Haddad, Rafael Haddad, Vanda Sad, Douglas do Nascimento, Marcelo Silva e Jean Carlos Leite deduziram, em síntese, i) acusação genérica e ausência de individualização das condutas por eles supostamente praticadas; ii) ausência de provas de materialidade de infração à ordem econômica ou de sua fragilidade como elemento de prova; e iii) ofensa ao princípio da ampla defesa e contraditório em razão de ausência da integralidade de processos conduzidos por outras instituições (TCE/ES e MPE/ES) e que foram usados como base para a instauração do presente processo.

23. Destaca-se o que fora alegado por Servilimp, Antonio Tavares e Priscila Tavares, de que a inclusão no polo passivo estaria baseada em “*apresentação de propostas iniciais idênticas em todos os lotes, com não oferta de lances durante a fase competitiva*”. Segundo a defesa, trata-se de fraco indício pois foi usado o valor estimado pelo órgão público no edital, além de que a apresentação de propostas iniciais idênticas em processo licitatório não é “*motivação de caracterizar cartel*”, porquanto é comum que licitantes apresentem lances idênticos, seguindo os valores máximos do edital.

24. Quanto ao representado Adilson Bastos, alegou-se que, apesar da posição de sócio, jamais desempenhou função decisória na empresa, tendo sido “agraciado” com o cargo de sócio apenas como agradecimento aos serviços prestados à empresa, nunca tendo exercido qualquer poder decisório. Serdel e Adilson Bastos defendem ainda que as supostas motivações familiares, societárias ou relações sociais para estabelecimento de contatos comerciais entre empresas concorrentes seriam frágeis e, muitas vezes, os únicos elementos existentes após anos de investigações.

25. Ressalta-se, ainda, que os representados Conservo, Márcio Monken, Marcelo Monken, Juliana Monken e Guilherme Monken alegam ausência da integralidade de processos conduzidos pelo Tribunal de Contas do Estado de Espírito Santos e Ministério Público, os quais foram usados como base para a instauração do presente processo.

26. Argumentam que apenas foi juntado aos autos o Relatório Consolidado do TCE/ES, às folhas 4-046 dos Autos Principais - Volume V (Documento 0766656). Consideram inviável analisar integralmente o referido material produzido pela Secretaria Geral de Controle Externo da Corte de Contas, tendo em vista que todos os ofícios da SEGEX

direcionados ao GAECO contendo informações e menções a diversas mídias com dados da auditoria realizada não foram juntados aos autos. Além disso, durante o inquérito civil público do Ministério Público do Espírito Santo (PIC nº 010/2017 - MPES nº 2017.0021.0906-58), houve extensa lista de oitivas de testemunhas e investigados (fls. 48-51 dos Autos Principais - Volume V - doc. 0766656), que não foram juntados aos autos, implicando prejuízo à defesa dos representados.

27. Serge e Marco Silva enfatizam que, na tentativa de demonstrar a configuração do hipotético cartel, o Ministério Público apontou a suposta existência de um histórico de chamadas telefônicas entre os representantes das empresas. Entretanto, no curso do procedimento investigatório em que houve requerimento de quebra de dados cadastrais e interceptação telefônica, não houve qualquer registro telefônico relevante à operação, no período das acusações, envolvendo os representados.

28. Vix Serviços, Douglas do Nascimento, Marcelo Silva e Jean Carlos Leite destacam que o suposto conluic entre as empresas está fundamentada em provas indiretas oriundas da análise do Pregão Eletrônico nº 37/2016 SEDU pelo PIC 010/2017, que originou a Ação Civil 0003342-84.2019.8.08.0024 e a Ação Penal 0002236-87.2019.8.08.0024, bem como o presente processo. Asseveram que a inclusão no polo passivo ocorreu pelo fato da empresa representada ter registrado o preço máximo no referido pregão eletrônico, sem, contudo, oferecer lance no dia da abertura do Pregão, com a suposta finalidade de favorecer as empresas vencedoras por “troca de favores”. A troca de favores teria beneficiado a empresa por ter firmado contratos com os Municípios de Barra de São Francisco e Marechal Floriano sem a necessária concorrência pública. Alegam ainda ausência de provas i) que estabeleçam qualquer tipo de relação e/ou ligação da empresa representada com as empresas que venceram e/ou participaram do pregão; e ii) que demonstrem a alegada “troca de favores”. Outrossim, o fato de a empresa representada e a Brutus Service Ltda (não integrante do polo passivo do presente processo) terem Marcelo Batista da Silva como sócio em comum não seria indício de cartel, sobretudo porque não houve disputa entre essas empresas no mencionado pregão eletrônico.

29. A despeito de todas as alegações apresentadas pelos representados, sucede que compete à autoridade responsável pela instrução processual adotar as medidas necessárias para apurar e reprimir infrações à ordem econômica, incumbindo-lhe, portanto, a análise dos fatos e elementos constantes dos autos e a verificação da existência de indícios da prática ilícita, bem como a valoração e a escolha da providência administrativa adequada ao cumprimento de sua competência.

30. Os dispositivos legais e regimentais estabelecem que o despacho de instauração deve conter a enunciação da conduta ilícita imputada aos representados, com a indicação dos fatos a serem apurados. Esse requisito foi atendido pela Nota Técnica inicial que fundamentou o despacho de instauração deste processo administrativo. A peça exordial contém a enunciação precisa da conduta ilícita imputada aos representados e a indicação dos fatos, de modo a permitir o pleno exercício do direito de defesa. Nesse sentido, a referida nota foi bastante abrangente e completa na análise, delimitando a conduta investigada.

31. A análise realizada na fase inicial caracteriza-se pela avaliação de indícios e não pela extração de conclusões acerca das infrações descritas, o que somente ocorre após a fase instrutória do processo cuja finalidade é pormenorizar as alegações iniciais e a atuação individualizada de cada representado.

32. Nesse sentido, não se exige da autoridade antitruste a comprovação peremptória da existência da conduta ou da participação dos representados quando da instauração do processo, sobretudo porque a legislação prevê somente a necessidade de haver indícios da prática ilícita, os quais justificam a abertura do processo administrativo, mas cuja análise e valoração ocorrem durante a instrução probatória.

33. Quando da análise do presente processo administrativo, não se visualizou violação ao princípio da inocência, tampouco cerceamento de defesa, pois em nenhum momento a autoridade administrativa se afastou do ônus de provar os fatos imputados. Além do mais, o processo administrativo foi instaurado pela existência de informações que consolidam indícios de práticas anticoncorrenciais por parte dos representados, agindo dentro do poder-dever de apurar a possível ocorrência de infração contra a ordem econômica.

34. Constata-se, portanto, que foram apontados todos os elementos necessários a possibilitar o pleno exercício de defesa dos representados. A peça que fundamenta o despacho de instauração discorre sobre os fatos que ensejaram a conclusão pela existência de indícios suficientes de infração à ordem econômica, bem como sobre os dispositivos legais que preveem tais infrações. A individualização da conduta de cada um dos representados é procedida em momento posterior, ou seja, resultado da própria instrução processual, momento da análise do conjunto probatório, acompanhado diretamente pelos respectivos agentes supostamente infratores, com ampla possibilidade de se oporem às provas apresentadas.

35. Em resumo, a legislação antitruste não exige provas de infração à ordem econômica para desencadear a instauração de processo administrativo, mas tão somente indícios de infração à ordem econômica. Os indícios e provas são submetidos à análise durante a instrução probatória, sob a égide do contraditório e da ampla defesa, não merecendo prosperar, portanto, a alegação de imputação genérica e ausência de individualização de condutas.

36. Quanto à alegação de ofensa ao princípio da ampla defesa e contraditório em razão da ausência de juntada da integralidade de processos conduzidos por outras instituições, como o TCE/ES e o MP/ES, observa-se que não é necessária a juntada integral desses processos para que se possibilite a defesa dos representados, porquanto os elementos de prova a ser considerados pela autoridade concorrencial em seu juízo acerca da prática sob investigação são disponibilizados a todos os representados, cuja decisão final é fundamentada apenas naquilo que se encontra acostado aos autos.

37. Ademais, a SG esclareceu as razões que não permitiram a juntada integral de processos conduzidos por outras autoridades: por se referir a aspectos específicos da esfera em que o processo foi conduzido; por se tratar de informações sigilosas cujo conhecimento público pode trazer prejuízos às partes; ou, simplesmente, por não trazer informações relevantes para a instrução deste processo.

38. Os demais indícios como interceptações telefônicas, oitivas, contratos e editais de licitação estão presentes nos documentos juntados nos autos, não se podendo falar em qualquer cerceamento ao direito à ampla defesa e ao contraditório. Os representados estão tendo plena capacidade para se defender daquilo que lhes foi imputado e das evidências que orientam a instauração do processo administrativo.

39. Quanto aos outros aspectos sobre os quais os representados alegam as preliminares de defesa processual, apenas cumpre ressaltar que, na verdade, tratam de matérias meritórias e que no momento oportuno serão analisadas. Por fim, no que se refere ao fato de que o representado Adilson Bastos jamais haver desempenhado função decisória na empresa representada, destaca-se que inexistente na legislação antitruste qualquer previsão de que somente pessoas físicas que tenham poder de gerir ou decidir são passíveis de responsabilização por infração contra a ordem econômica. Ao contrário, o art. 31 da Lei nº 12.529/2011 dispõe no sentido de que a lei se aplica a qualquer pessoa física ou jurídica cujo ato tenha tido por objeto ou o efeito de restringir a concorrência.

40. Desse modo, sugere o indeferimento das preliminares arguidas, por ausência de suporte fático e legal.

2.2.2 Ilegitimidade passiva

41. Os representados arguíram, em síntese, ausência de indícios mínimos de autoria que justifiquem a inclusão deles no polo passivo do presente processo administrativo, configurando-se: i) “culpa por associação” ao possibilitar que as diversas empresas associadas sejam indiretamente investigadas e eventualmente punidas por ação que apenas diz respeito a algumas empresas de um ramo específico; e ii) ausência de isonomia entre os representados, pois haveria pessoa que não integra o polo passivo do processo administrativo e, no entanto, foi denunciada pelo Ministério Público.

42. Servilimp, Antonio Tavares e Priscila Tavares argumentam que não há evidências de ação dolosa ou culposa, que a autoridade deveria demonstrar o nexo de causalidade da ação do particular para a prática do ato contra a Administração Pública e, ainda, a intenção de lesar ou ferir um dos bens tutelados pela lei de defesa da concorrência. Asseveram que as provas indiretas não se aplicam a eles, pois evidenciam a não participação no suposto cartel e, diante da inexistência de quaisquer indícios, “*aceitar a acusação seria admitir a possibilidade de culpa por associação*”. A imposição de qualquer penalidade aos representados implicaria o reconhecimento de uma responsabilidade objetiva. Desse modo, não tendo a Servilimp aderido a nenhuma prática ilícita, não tendo agido com dolo em coautoria ou participado com agentes públicos, tampouco causado prejuízo ao Erário Público, é parte ilegítima para figurar no polo passivo desta ação.

43. Os representados Serdel e Adilson Bastos afirmam que, considerando ter sido a denúncia do Ministério Público base para o presente processo, a não inclusão na Nota de Instauração deste processo de pessoas mencionadas na denúncia criminal afigura-se ausência de isonomia para inclusão ou exclusão de pessoas do polo passivo.

44. Os representados Conservo, Márcio Monken, Marcelo Monken, Juliana Monken e Guilherme Monken também alegam que há disparidade das partes que compõem a Ação Civil Pública nº 0003342-84.2019.8.08.0024 e a Denúncia Criminal nº 0035748-32.2017.8.08.0024 (Operação Assepsia). Assim, no entender dos representados, a Nota de Instauração desse processo administrativo apresenta uma série de disparidades, quer seja quanto às pessoas jurídicas e pessoas naturais presentes na ação civil pública, quer seja quanto às pessoas naturais presentes na ação penal.

45. Apesar das afirmações quanto à eventual ilegitimidade passiva dos representados, no mesmo sentido de como esta unidade jurídica vem reiteradamente manifestando-se, enfatiza-se que o juízo em torno das condições da ação, especialmente quanto a *legitimatío ad causam*, sempre esteve muito próximo do juízo de mérito da lide. Entretanto, conforme melhor entendimento, a verificação das condições da ação deve se dar em face da pretensão abstrata do autor.

46. Trata-se da **teoria da asserção**, em que, caso seja possível verificar em cognição sumária a ausência de uma ou mais condições da ação, deve haver a extinção do processo sem resolução do mérito, por carência de ação. Por outro lado, havendo necessidade de cognição aprofundada para decidir sobre a presença das condições da ação, a matéria passa a ser meritória e enseja a extinção do processo com resolução do próprio mérito.

47. Marinoni e Mitidiero^[2] prelecionam que “*As condições da ação devem ser aferidas in status assertionis, isto é, à vista das afirmações do demandante, sem tomar em conta as provas produzidas no processo. Havendo manifesta ilegitimidade para causa, quando o autor carecer de interesse processual ou quando o pedido for juridicamente impossível, pode ocorrer o indeferimento da petição inicial (art. 295, II e III, e parágrafo único, CPC), com extinção do processo sem resolução de mérito (art. 267, VI, CPC). Todavia, se o órgão jurisdicional, levando em consideração as provas produzidas no processo, convence-se da ilegitimidade da parte, da ausência de interesse do autor ou da impossibilidade jurídica do pedido, há resolução de mérito (art. 269, I, CPC).*”

48. Verifica-se que os argumentos utilizados pelos representados para requerer a declaração de ilegitimidade se confundem com o próprio mérito e apresentam matéria afeta à análise das provas do processo, buscando-se, assim, em sede de defesa processual, o reconhecimento da improcedência do pedido. No entanto, conforme transcrição abaixo, o Superior Tribunal de Justiça entende que o direito processual civil adotou a teoria da asserção, mesmo na vigência do Código de Processo Civil anterior – que já adotava a teoria eclética^[3] –, de modo que a verificação das condições da ação não deve exigir a análise do mérito:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE NULIDADE DE PROMESSAS DE COMPRA E VENDA E DE PERMUTA DE IMÓVEL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. OMISSÃO INEXISTENTE. REFORMA DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. INTERESSE PROCESSUAL. LEGITIMIDADE ATIVA. CONDIÇÕES DA AÇÃO. APLICABILIDADE DA TEORIA DA ASSERÇÃO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. SÚMULA Nº 7 DO STJ. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. 1. Não há violação ao art. 535, II, do CPC se foram analisadas as questões controvertidas objeto do recurso pelo Tribunal de origem, afigurando-se dispensável a manifestação expressa sobre todos os argumentos apresentados, especialmente no caso em que a análise aprofundada das condições da ação é obstada pela teoria da asserção. 2. As condições da ação, dentre elas o interesse processual e a legitimidade ativa, definem-se da narrativa formulada na inicial, não da análise do mérito da demanda (teoria da asserção), razão pela qual não se recomenda ao julgador, na fase postulatória, se aprofundar no exame de tais preliminares. 3. A decisão das instâncias ordinárias sobre a necessidade de dilação probatória não pode ser revista em sede de recurso especial, sob pena de adentrar no conjunto fático-probatório dos autos (Súmula nº 7 do STJ). 4. Recurso especial não provido. (REsp 1561498/RJ, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 01/03/2016, DJe 07/03/2016).

49. Em decisão mais recente, o Superior Tribunal de Justiça reafirmou o entendimento acima transcrito, quando do julgamento do REsp 1609701/MG^[4], Ministro Relator Moura Ribeiro, Terceira Turma, em 18.05.2021, pub. DJe 20/05/2021. Assim, é provável que o Colendo Sodalício mantenha o entendimento que possuía antes do atual Código de Processo Civil, pois tanto a jurisprudência quanto a melhor doutrina preconizam que a teoria acolhida pelo direito brasileiro é a da asserção.

50. No caso concreto, a nota técnica que fundamentou a instauração do processo indicou devidamente os indícios de possível participação dos representados, não havendo de se cogitar de ausência da *legitimatío ad causam*. Não obstante, podem os representados demonstrar a improcedência da acusação no curso do processo, quando do *juízo de mérito do caso*, e, em caso de se reconhecer a inexistência de indícios e provas suficientes para a condenação, o processo será arquivado.

51. No que se refere à alegada ausência de pessoa no polo passivo deste processo administrativo que teria sido denunciada pelo Ministério Público, ou acionada civilmente, é preciso esclarecer que a questão é meritória e assim examinada quando da análise das provas reunidas nos autos, oportunidade em que se verifica a existência de evidências que podem justificar a persecução na esfera concorrencial, segundo, ainda, a compreensão acerca da independência das instâncias.

52. Por fim, a Lei de Defesa da Concorrência prevê que constitui infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados que tenham por objeto ou possam produzir efeitos, ainda que não sejam alcançados, não importando que não haja intencionalidade de prática que possa causar dano à concorrência.

53. Desse modo, sugere o indeferimento da preliminar arguida pelos representados, por ausência de suporte legal.

2.2.3 Manifesta prevalência da ação penal. Independência das instâncias.

54. Os representados Braslimp, Nacib Haddad, Rafael Haddad e Vanda Sad argumentam que o mérito da Ação Civil Pública ainda não foi analisado e julgado e que, por isso, o presente processo não deveria ter sido instaurado, já que a base de instauração se apoiou em presunções do Ministério Público (MPES) que deram início a ações judiciais ainda não julgadas.

55. Argumentam que a decisão administrativa pode ficar prejudicada por uma decisão judicial, porquanto este processo administrativo teria se utilizado da presunção de cartelização adotada pelo Ministério Público, razão pela qual entendem como precipitada a sua instauração.

56. Asseveram, além de tudo, que a Nota de Instauração também se amparou na Decisão Plenária 09/2017 do TCES, a qual foi respaldada em auditoria feita pela sua Secretaria de Controle Externo. Entretanto, enfatizam que nenhum dos representados foi instado a participar do processo, o que afronta os princípios da legalidade, do contraditório e da ampla defesa.

57. Como sabido, a legislação estabeleceu o sistema da independência relativa entre as jurisdições, no sentido de que fatos discutidos perante o juízo penal apenas têm relevância em outras jurisdições com a declaração sobre sua ocorrência ou inoocorrência. Não por outro motivo que o art. 935 do Código Civil prevê que, embora a responsabilidade civil seja independente da penal, não se pode mais questionar “sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”.

58. Na mesma linha, o Código de Processo Penal preceitua, em seu art. 66, que “Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.” Para a responsabilização por infração disciplinar, também se prevê que as sanções civis, penais e administrativas podem cumular-se, sendo independentes entre si, e a responsabilidade administrativa do servidor é afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria (artigos 125 e 126 da Lei nº 8.112/1990).

59. Na esfera administrativa, a independência das instâncias permite a sanção pelos mesmos fatos que venham a ser objeto de processo criminal, analisando-se a conduta sob a perspectiva da configuração necessária para a repressão prevista para os ilícitos administrativos. Assim, no processo administrativo concorrencial, busca-se perquirir se a prática se afigura como uma infração à ordem econômica, cujos pressupostos são distintos da legislação penal, de modo que a decisão na instância criminal apenas repercutirá em caso de se reconhecer a inexistência do fato que também é caracterizador de infração às leis antitrustes, bem como a negativa de autoria. Veja-se, a propósito, ementa de julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no HC 147576/DF, 1ª Turma, j. 24/08/2018, Min. Luiz Fux:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL E PENAL. CRIME DE PECULATO. ARTIGO 312 DO CÓDIGO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ANÁLISE DO PREENCHIMENTO DOS ELEMENTOS ESSENCIAIS E ACIDENTAIS. NEGATIVA DE AUTORIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS CÍVEL, PENAL E ADMINISTRATIVA. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO HABEAS CORPUS COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. REITERAÇÃO DOS ARGUMENTOS ADUZIDOS NA PETIÇÃO INICIAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Eventual análise sobre a alegação de inépcia da denúncia para aferir se os fatos e os descritos na peça acusatória possuem correção ou que as condutas estariam individualizadas corretamente demandaria o aprofundamento do conteúdo fático-probatório in concreto, impassíveis de análise na via do writ. Destarte, não se revela cognoscível a insurgência que não se amolda à estreita via eleita. 2. A negativa de autoria do delito não é aferível na via do writ, cuja análise se encontra reservada aos processos de conhecimento, nos quais a dilação probatória tem espaço garantido. Precedentes: HC 114.889-AgR, Primeira Turma, minha relatoria, DJe 24/09/13; HC 114.616, Segunda Turma, Rel. Ministro Teori Zavascki, DJe 17/09/13. 3. O trancamento da ação penal por meio de habeas corpus é medida excepcional, somente admissível quando transparecer dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade. Precedentes: HC 101.754, Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 24/06/10; HC 92.959, Primeira Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 11/02/10. 4. As instâncias civil, penal e administrativa são independentes, sem que haja interferência recíproca entre seus respectivos julgados, ressalvadas as hipóteses de absolvição por inexistência de fato ou de negativa de autoria. Precedentes: MS 34.420-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 19/05/2017; RMS 26951-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 18/11/2015; e ARE 841.612-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 28/11/2014. 5. In casu, o paciente foi denunciado em razão da suposta prática do crime tipificado no artigo 312, § 1º, do Código Penal. 6. Inexiste argumentação apta à concessão da ordem, mercê da ausência de flagrante ilegalidade, constrangimento ilegal ou abuso de poder na decisão

atacada. 7. O habeas corpus não pode ser manejado como sucedâneo de recurso revisão criminal. 8. A reiteração dos argumentos trazidos pelo agravante na petição inicial da impetração é insuscetível de modificar a decisão agravada. Precedentes: HC 136.071-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 09/05/2017; HC 122.904-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 17/05/2016; RHC 124.487-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 01/07/2015. 9. Agravo regimental desprovido (grifo nosso).

60. De mais a mais, a devida valoração do conjunto probatório em face das infrações à ordem econômica investigadas neste processo administrativo é objeto da análise do mérito, de modo que a eventual ausência de prova para a condenação na esfera criminal não vincula a autoridade antitruste, diante do *standard* probatório diferenciado exigido para a condenação no âmbito administrativo.

61. No sentido de se reconhecer diferentes critérios para verificação dos fatos a ensejar responsabilização em diferentes jurisdições, o Colendo Superior Tribunal de Justiça entende:

RECURSO ESPECIAL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. DECISÃO CRIMINAL ABSOLUTÓRIA. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. ART. 384, IV, DO CPP. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO NO JUÍZO CÍVEL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 1.525 DO CC/16 E 65 DO CPP.

Embora tanto a responsabilidade criminal quanto a civil tenham tido origem no mesmo fato, cada uma das jurisdições utiliza critérios diversos para verificação do ocorrido. A responsabilidade civil independe da criminal, sendo também de extensão diversa o grau de culpa exigido em ambas as esferas. Todo ilícito penal é também um ilícito civil, mas nem todo ilícito civil corresponde a um ilícito penal.

A existência de decisão penal absolutória que, em seu dispositivo, deixa de condenar o preposto do recorrente por ausência de prova de ter o réu concorrido para a infração penal (art. 386, IV, do CPP) não impede o prosseguimento da ação civil de indenização.

A decisão criminal que não declara a inexistência material do fato permite o prosseguimento da execução do julgado proferido na ação cível ajuizada por familiar da vítima do ato ilícito.

Recurso Especial não provido.

STJ – 3ª Turma – Recurso Especial nº 1.117.131/SC – Relatora: Ministra Nancy Andrighi – Julgado em 01/06/2010 – Acórdão publicado no DJe em 22/06/2010 (nosso grifo).

62. Por derradeiro, ao apreciar o Recurso Especial nº 1.181.643/RS, a Segunda Turma do STJ, em julgamento de 1º/03/2011, enunciou que a independência das instâncias acarreta a inexistência de *bis in idem* entre processos administrativos, processos penais e demandas judiciais cíveis (individuais ou coletivas), uma vez que possuem escopos diversos e cumuláveis. É o que se depreende do seguinte excerto do voto do Exmo. Sr. Ministro Herman Benjamin:

“No âmbito da atividade repressiva, neste primeiro período de consolidação da disciplina e da tutela antitruste no Brasil, concentraram-se esforços no public enforcement, ou seja, na tutela da concorrência oferecida por entes públicos, preocupado com a eficiência dos agentes econômicos, com a concorrência como instituição e com a proteção do bem-estar social, sempre conforme a Lei 8.884/1994.

Foram, portanto, pouco menos de duas décadas destinadas à criação de órgãos especializados no exame da matéria e formação de técnicos com expertise em disciplina bastante específica e com ainda pouca disseminação acadêmica.

Esse esforço, bastante louvável, jamais eliminou a possibilidade do public enforcement autônomo e independente — realizado por órgãos do Poder Judiciário, por meio de Ações Cíveis Públicas amparadas na Lei 7.347/1985 e Ações Penais fundadas na Lei 8.137/1990, especialmente em casos de cartéis —, tampouco do private enforcement, pelo qual concorrentes podem buscar tutelas cominatórias e indenizações por danos sofridos em decorrência de condutas anticompetitivas, nos termos da regra geral do art. 927 do CC: ‘aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo’.

Não haveria qualquer bis in idem entre ações individuais, civis públicas, penais e processos administrativos, porquanto possuidores de escopos distintos e cumuláveis. Eventuais aspectos de coordenação entre demandas concomitantes seriam dirimidos, p.ex., pela disciplina dos efeitos civis de sentenças penais, quando aplicáveis. (...)”

63. Os representados argumentam, ainda, que a decisão do Tribunal de Contas do Espírito Santos – a respeito da qual afirmam que este processo administrativo teve nela amparo – foi proferida sem que tenham sido instados a participar do processo, o que afronta os princípios da legalidade, do contraditório e da ampla defesa. Quanto a isto, não há como deduzir nos presentes autos eventual falha processual verificada em outra instância, a menos que se acarrete nulidade de todas as provas. Ademais, o acervo probatório aqui reunido não é proporcionado apenas por documentos originados de procedimentos da Corte de Contas.

64. Diante disso, sugere o indeferimento da preliminar arguida pelos representados.

2.3 Mérito

65. Superadas as questões preliminares apresentadas em defesa, procede-se à apreciação meritória do presente processo administrativo, cujo objetivo é o de apurar suposto cartel em licitações públicas no Estado do Espírito Santo, para contratação de empresas prestadoras de serviços terceirizados.

66. Entre julho de 2016 e fevereiro de 2017, a Secretaria de Educação do Espírito Santo (SEDU) realizou licitação para contratação de empresa especializada na prestação de serviços terceirizados de limpeza e conservação predial de unidades escolares do Estado. O certame foi dividido em quatro lotes com valor de cerca de 30 milhões de reais cada, totalizando, à época, mais de 122,7 milhões de reais.

67. Os indícios reunidos nos autos demonstram atuação concertada por parte dos representados no Pregão Eletrônico nº 37/2016 e nas contratações do Município de Cariacica/ES. No referido pregão eletrônico, destaca-se o fato de a Braslimp, Conservo e Serdel manterem-se nos municípios que já prestavam serviços para a Secretaria Estadual de Educação e de participarem dos lotes que vieram a ganhar por meio de descontos inexpressivos das propostas vencedoras.

68. Assim, reuniram-se evidências que indicam possível prática colusiva, como: i) as primeiras colocadas foram desclassificadas, inabilitadas ou desistiram do certame; ii) a Serge Serviços, segunda colocada em todos os quatro lotes do pregão, foi inabilitada, em todos os lotes, por não ter apresentado documentos básicos e essenciais requeridos em edital, a consistir em indícios de apresentação de proposta de cobertura; e iii) empresas registraram o preço máximo em cada lote e não ofertaram lances durante a fase competitiva.

69. Os elementos probatórios compreendem demonstração de existência de canais de comunicação entre os representados, sobressaindo-se 284 contatos telefônicos entre representantes da Braslimp e Serdel, e 27 entre Nacib Haddad (Braslimp Serviços) e Marcos Silva (Serge Serviços). Houve interceptação telefônica de ligação entre a representante da Serdel e pessoa não identificada nos autos que demonstra preocupação com o fato de um licitante ganhar um lote que estava marcado para ser “do Perovano”, sugerindo uma quebra de acordo.

70. Desse modo, o lastro probatório encerra provas relacionadas ao Pregão Eletrônico nº 37/2016, da Secretaria da Educação do Espírito Santo, e ao Pregão Eletrônico nº 7/2009, do Município de Cariacica, evidenciando-se acordo de preços e divisão de mercado implementado por meio de propostas fictícias ou de cobertura. A documentação do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo e da instrução realizada pela SG revela que as representadas Conservo, Serdel e Braslimp participaram conjuntamente de vários certames em Cariacica ao longo dos anos. No entanto, a Serdel foi a vencedora de todos, mantendo-se na prestação do serviço de preparo e distribuição de merendas escolares para a Prefeitura de Cariacica, de 2009 a 2018.

71. O fato de a Serdel haver se mantido no município por esse longo período é indício de reserva de mercado e “troca de favores” entre empresas participantes do Pregão Eletrônico nº 37/2016. Há evidências de que a Conservo teria contribuído para que a Serdel se sagra-se vencedora no Pregão Eletrônico nº 7/2009 (Cariacica), além de a Braslimp e a Conservo haverem enviado orçamentos em contratos emergenciais, para os quais a Serdel foi contratada, sem a posterior participação daquelas empresas em licitação com o mesmo objeto. Dentre estes casos, destacam-se as contratações ocorridas entre março e setembro de 2016, período próximo ao Pregão Eletrônico nº 37/2016 (SEDU), de julho de 2016. Quanto à participação da Serdel Serviços no Pregão Eletrônico nº 37/2016, apurou-se que a representada, assim como as demais empresas vencedoras, competiu apenas no lote em que se sagrou vencedora (lote 04).

72. A SG procedeu à análise das condições estruturais do mercado envolvido na colusão, embora não fosse necessária, tendo em vista que se trata de cartel em licitação, o que torna os indícios econômicos como elementos acessórios e instrumentais, que servem apenas para contextualizar a prática investigada^[5].

73. Para fins de delimitação do mercado relevante, foi considerado o mercado de serviços terceirizados de prestação de serviços contínuos diversos, como merendas, limpeza e conservação, segurança privada e outros. Geograficamente, o mercado afetado pela suposta conduta é o do Estado do Espírito Santo, uma vez que tanto o Pregão Eletrônico nº 37/2016 quanto as demais licitações analisadas pelo TCE/ES estão circunscritos ao Estado, cujas práticas compreendem o período de 2009 a 2018.

2.3.1 A utilização de provas indiretas e circunstanciais e o “standard probatório”

74. O lastro probatório da conduta sob investigação compõe-se tanto de provas diretas – documentos que comprovam a existência dos ajustes entre os licitantes e a adoção de estratégias de implementação do cartel – quanto das chamadas provas indiretas. Nota-se, entretanto, que a conduta em análise se caracteriza como acordo dissimulado e secreto, sendo que as provas indiciárias e circunstanciais, concatenadas entre si, já seriam capazes de compor conjunto probatório suficiente para a condenação, pois que permitem a convicção da autoridade concorrencial acerca da participação nas práticas anticompetitivas.

75. Diversos fóruns internacionais especializados em defesa da concorrência têm dedicado estudos e debates acerca das “provas indiretas”, segundo a compreensão de que os cartéis, tanto em licitações públicas quanto em contratações privadas, estão cada vez mais sofisticados, concluindo-se que é essencial a investigação sobre os mecanismos de colusão para o combate dessas condutas anticompetitivas. O desafio maior que atualmente se impõe às autoridades concorrenciais é a utilização de meios tecnológicos que permitam práticas colusivas sem que haja interação humana direta.

76. Nesse sentido, a OCDE assentou que “*the better practice is to use circumstantial evidence holistically, giving it cumulative effect, rather than on an item-by-item basis*” (OCDE, *Prosecuting Cartels without Direct Evidence*, 2006), recomendando-se uma visão holística das provas indiretas, ou circunstanciais, de modo a conceder um efeito cumulativo e não item-a-item.

77. Oportuno expor o entendimento reiteradamente acolhido pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica sobre o assunto, tão bem demonstrado no voto do Conselheiro-Relator Márcio de Oliveira Júnior, quando do julgamento do processo administrativo nº 08012000820/2009-11, caso SDE x Whirlpool e outros:

177. É pertinente trazer o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que “uma sucessão de indícios e circunstâncias, coerentes e concatenadas, podem ensejar a certeza fundada que é exigida para a condenação”. Esse entendimento também já foi invocado pelo CADE no julgamento do Cartel do Pão, da Relatoria da Conselheira Ana Frazão, no sentido de que “mostra-se de fundamental relevância o recurso a provas indiciárias e circunstanciais que, ainda de forma indireta, sejam capazes de constituir um conjunto suficientemente robusto para gerar um convencimento por parte da autoridade julgadora no sentido da configuração do ilícito”. E acrescentou: “diante das especificidades dos delitos econômicos, em particular nos de caráter associativo, deve ser visto com naturalidade o recurso a provas indiretas e circunstanciais em investigações de cartéis, especialmente na seara administrativa (...) tenho que o conjunto probatório colhido pela Secretaria de Direito Econômico, apesar de formado em sua maior parte por evidências indiretas, é suficiente para caracterizar a prática de infração colusiva por parte das panificadoras e pessoas físicas que integram o polo passivo.”

78. Em voto-vogal no julgamento do processo administrativo nº 08012.001273/201024 (cartel em processos licitatórios de aquisição de aquecedores solares para habitações de baixa renda construídas pela CDHU/SP), o Conselheiro Paulo Burnier da Silveira demonstrou que autoridades antitruste estrangeiras também têm perfilhado o mesmo entendimento.

79. O Departamento de Justiça americano (*Department of Justice - DOJ*) já sugeriu a condenação de cartel em licitações com base em provas indiretas, havendo precedentes que recorrem a provas indiretas em casos de investigação de condutas colusivas^[6], a exemplo do caso *United States v. Champion International Corporation*:

De fato, é axiomático que uma conspiração típica ‘é raramente demonstrada por intermédio de acordos explícitos’, sendo quase sempre necessário recorrer a ‘inferências que podem ser derivadas do comportamento dos supostos conspiradores’. Assim, a investigação antitruste pode provar a existência da combinação ou conspiração por meio tanto de provas diretas ou indiretas, suficientes ‘para garantir (...) que os conspiradores tinham uma unidade de propósito ou compreensão e desenho comuns, ou um encontro de intenções para um arranjo que fosse de encontro à lei antitruste.

80. Ainda, a autoridade europeia de defesa da concorrência também admite a utilização de provas indiretas para a persecução de cartéis^[7]. Veja-se, por exemplo, excerto da decisão da Corte de Justiça Europeia em *Aalborg Portland A/S and others v Commission*, que analisa recurso interposto frente à decisão do órgão antitruste europeu que determinou a condenação de cartel no mercado europeu de cimento:^[8]

55. *Veç que são bem conhecidas tanto a proibição de participar de acordos anticompetitivos quanto as penalidades nas quais os infratores incorrem, é normal que as atividades derivadas de tais práticas e acordos sejam feitas de maneira clandestina, com reuniões realizadas em segredo – frequentemente em países não envolvidos na prática – e evitando-se a confecção de documentos acerca do acordo.*

56. *Mesmo se a Comissão Europeia descobrir provas diretas, demonstrando o contato ilegal entre empresas concorrentes – tais como minutas das reuniões – tais documentos serão, regra geral, fragmentários e esparsos, sendo normalmente necessário, portanto, reconstruir alguns detalhes do acordo por intermédio de dedução.*

57. *Na maioria dos casos, a existência de infrações à ordem econômica e acordos colusivos precisam ser inferidos de outros indícios e coincidências que, tomados em conjunto, podem, na ausência de outra explicação plausível, constituir prova da infração à lei antitruste.^[9]*

81. Além disso, em referência à valoração de diferentes elementos probatórios, Taruffo^[10] destaca a convergência de provas aptas a demonstrar a ocorrência dos fatos, de modo direto ou indireto, distinguindo-se da situação que permite uma inferência divergente acerca da existência do fato. Assim, sua doutrina evidencia a possibilidade de combinar distintos elementos de prova convergentes entre si:

3.2. Las pruebas convergentes. Una situación que es, en algún sentido, ulterior a la recién estudiada es aquella en que se dispone de distintas pruebas respecto de la misma hipótesis sobre el hecho. Obviamente, puede tratarse de pruebas directas, indirectas o de cascaded inferences, pero no es esto lo importante en este momento. Es la pluralidad de pruebas sobre la misma hipótesis lo que crea problemas para el establecimiento de su grado de confirmación: se trata de establecer cómo se realiza la valoración conjunta de los elementos de prueba disponibles. Al respecto, resulta útil distinguir dos supuestos principales: el primero es aquel en que los elementos de prueba son convergentes; el segundo es aquel en el que los elementos de prueba son contradictorios o divergentes.

82. Para fins de condenação criminal, o art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, dispõe que o réu será absolvido quando não existir prova suficiente para a condenação, ou seja, quando não for produzida prova além da dúvida razoável. Entretanto, não é qualquer dúvida que enseja a absolvição, mas aquela razoável dúvida (*reasonable doubt*), de maneira que a dúvida que não for crível diante das demais provas dos autos não é capaz de infirmar o grau de probabilidade necessário para a convicção. Melhor dizendo, havendo provas suficientes do fato típico – e não prova plena ou absoluta –, deve o réu ser condenado.

83. O Supremo Tribunal Federal tem adotado o *standard* de prova para além de uma dúvida razoável, no sentido de que as dúvidas apresentadas pela defesa criminal que não forem razoáveis, ou que não forem críveis diante das demais provas dos autos, não ensejam a absolvição do réu. Em julgamentos proferidos em ações penais de competência originária (AP 521/MT, Dje de 6/2/2015, e AP 580/SP, Dje de 26/6/2017), a Ministra Relatora Rosa Weber afirmou expressamente que “*a presunção de inocência, princípio cardeal no processo criminal, é tanto uma regra de prova como um escudo contra a punição prematura. Como regra de prova, a formulação mais precisa é o standard anglo-saxônico no sentido de que a responsabilidade criminal deve ser provada acima de qualquer dúvida razoável (proof beyond a reasonable doubt)*”.

84. Embora não se aplique no direito concorrencial o critério de “prova para além da dúvida razoável” – aqui exposto apenas para fins argumentativos, de maior proveito no direito penal, que exige alto grau de probabilidade para a condenação em virtude do estado de liberdade do acusado –, mesmo assim acaba por subsidiar o método da valoração integral do conjunto probatório com a delimitação das provas segundo o nível de certeza advindo de fatos demonstrados de forma razoável, direta ou indiretamente, inclusive de aspectos que possam demonstrar a racionalidade econômica da conduta, largamente utilizados pelo direito antitruste, com a possibilidade de se refutar a tese acusatória diante de justificativas ou versões alternativas dos fatos capazes de infirmar a certeza probatória quanto à prática anticompetitiva. Conforme Gaban e Domingues^[11]:

Nesse sentido, o CADE tem trabalhado com vários tipos de provas admitidas em processo, como as provas documentais (contratos, atas de assembleias, acordos de acionistas), as provas testemunhais (colhidas nas audiências de instrução por meio de aquisição de seus membros), e as provas obtidas em inspeções e, sobretudo, as provas colhidas em ações de busca e apreensão. A

maior parte das provas colhidas decorre de indícios, os quais, analisados sob a ótica econômica, levam à existência de uma conduta restritiva da concorrência.

85. Diante disso, dessume-se que indícios e elementos circunstanciais, tomados em conjunto, permitem a motivação lógica e racional para condenação por prática de infração concorrencial, quando se verificar a existência da conduta e a participação nela por meio de parâmetros próprios de um grau probatório mínimo para a condenação. A certeza probatória advém das provas colhidas nos autos que não permitem interpretação diversa acerca dos fatos, por serem desarrazoáveis quaisquer das teses de defesa ou as dúvidas trazidas aos autos pelos representados não subsistirem à valoração integral do lastro probatório.

86. Ademais, no caso específico de carteis em licitações públicas, a constatação de que a colusão envolveu a utilização de estratégias para implementar os ajustes, com o fim de mitigar a competição e permitir a alocação de contratos entre as empresas, revela a prática ilícita. Conforme a experiência internacional, especialmente consolidada pela OCDE^[12], as empresas participantes de carteis em licitações utilizam-se das estratégias de propostas fictícias ou de cobertura (*cover bidding*), supressão de propostas (*bid suppression*), propostas rotativas ou rodízio (*bid rotation*), divisão do mercado e subcontratação.

87. Por último, para além da necessidade de critérios próprios de avaliação das práticas anticompetitivas, ressalta-se que os *standards* de prova utilizados com o fim de atingir a confirmação de uma hipótese condenatória cumprem o direito dos representados de que a decisão seja fundamentada, atendendo-se à garantia constitucional da motivação das decisões (CF art. 93, inciso IX) e fornecendo-lhes os meios necessários para a defesa. Nesse contexto, Jordi Ferrer-Beltrán^[13] argumenta:

“Ao mesmo tempo em que oferecem critérios e guias para os julgadores, os standards de provas constituem uma garantia para as partes, em diversos sentidos. Como argumentei no capítulo anterior, a predeterminação do nível de suficiência probatória mediante regras que cumpram os requisitos metodológicos ali analisados é uma das condições do devido processo e, por extensão, do Estado de direito.”

2.4 Mérito. Individualização da participação na conduta e análise das provas

2.4.1 AMV Oficina, Alan Oliveira e Marcela Augusto

88. As provas reunidas nos autos não conseguiram demonstrar que os representados AMV Oficina, Alan Oliveira e Marcela Augusto tivessem qualquer vínculo com os demais representados na implementação do cartel. Ao contrário, observou-se que havia sim o propósito de fraudar o Pregão Eletrônico nº 037/2016, mas sem relação com o conluio sob investigação.

89. **[ACESSO RESTRITO]** .

90. A AMV Oficina ficou em primeiro lugar em todos os lotes do Pregão Eletrônico nº 37/2016, tendo sido, no entanto, desclassificada por não ter apresentado a proposta comercial, planilhas de custos e documentos de habilitação. Verificou-se que a empresa possuía objeto social completamente estranho à natureza da licitação (fl. 10 do Doc. SEI 0605993), tratando-se de uma pequena oficina mecânica sem condições técnicas necessárias à execução do serviço licitado, o que fez com que o MPES suspeitasse que a empresa teria ingressado no certame com o único propósito de reduzir artificialmente o valor dos lances, de maneira a afastar da concorrência licitantes estranhos ao grupo, por meio da apresentação de proposta fictícia.

91. **[ACESSO RESTRITO]** .

92. **[ACESSO RESTRITO]** .

93. **[ACESSO RESTRITO]** .

94. Em consideração aos elementos reunidos nos autos, deduz-se que os atos colocados em prática pelos representados não possuem relação com a implementação das estratégias do cartel investigado. Qualquer que tenha sido o propósito ilícito, não há condições de estabelecer a competência da autoridade antitruste para reprimir a conduta dos representados.

95. Ante ao exposto, inexistindo indícios de que os representados tenham participado da conduta investigada, sugere o arquivamento do presente processo administrativo em relação a AMV Oficina, Alan Oliveira e Marcela Augusto, por insuficiência de provas.

2.4.2 Braslimp Serviços, Nacib Haddad, Rafael Haddad e Vanda Sad

96. A instrução probatória confirma que a Braslimp figurou como agente de articulação central do cartel ao lado da Serdel. **[ACESSO RESTRITO]** .
97. **[ACESSO RESTRITO]** .
98. **[ACESSO RESTRITO]** .
99. **[ACESSO RESTRITO]** .
100. **[ACESSO RESTRITO]** .
101. **[ACESSO RESTRITO]** .
102. **[ACESSO RESTRITO]** .
103. **[ACESSO RESTRITO]** .
104. **[ACESSO RESTRITO]** .
105. **[ACESSO RESTRITO]** .
106. **[ACESSO RESTRITO]** :

[ACESSO RESTRITO]

107. Com efeito, há indícios suficientes para demonstrar que tanto a Braslimp quanto a Conservo apresentaram orçamento somente para compor os processos e contribuir para contratação e permanência da Serdel no Município de Cariacica, que corroboram as demais evidências de atuação concertada entre as empresas.

108. **[ACESSO RESTRITO]** .

109. **[ACESSO RESTRITO]** .

110. **[ACESSO RESTRITO]** .

111. Já no que se refere ao representado Rafael Haddad, filho de Nacib Haddad e sócio administrador majoritário da Braslimp Serviços e que atuou como responsável pela Diretoria Operacional da empresa (SEI 0943514), não se observam provas suficientes de participação no cartel.

112. Por último, quanto a Vanda Arantes Sad, sócia administradora e responsável pela Diretoria Administrativa e Financeira da Braslimp Serviços (SEI 0943514), a SG considerou que restou demonstrada sua participação na conduta investigada.

113. **[ACESSO RESTRITO]** .

114. **[ACESSO RESTRITO]** .

115. A defesa dos representados alegou, em síntese, que: i) Nacib Haddad não é sócio da Braslimp Serviços; ii) concorreu apenas no lote 02 do Pregão Eletrônico nº 37/2016 por já prestar serviço na região correspondente a esse lote e não queria arcar com eventuais rescisões trabalhistas; iii) não tinha condições econômicas de ofertar proposta muito inferior ao máximo do edital, pois a SEDU se recusava a pagar adicional de insalubridade previsto em acordo de convenção coletiva com sindicato dos trabalhadores, tornando o contrato pouco lucrativo; iv) contatos entre Nacib Haddad e outros representados se deram quando Nacib era Presidente do sindicato patronal e estava negociando o pagamento do adicional de insalubridade com sindicato obreiro; v) contatos entre Nacib Haddad e Marcos Silva (Serge Serviços) foram para tratar de negociações entre o sindicato patronal e obreiro; vi) contatos entre Nacib Haddad e Evandro de Oliveira Moreira (funcionário da Serdel Serviços) foram para tratar de negociações envolvendo o pagamento do adicional de insalubridade; e vii) contatos entre Vanda Sad e Paulo César Meriguete (funcionário da Serdel) eram, na verdade, conversas entre Fernanda Sad (filha de Vanda Sad e funcionária da Braslimp Serviços) para tratar de questões pessoais com Paulo Meriguete (funcionário da Serdel).

116. No entanto, os elementos probatórios acostados aos autos e elencados acima indicam que os representados Braslimp Serviços, Nacib Haddad e Vanda Sad participaram da conduta. Mesmo que os representados apresentem argumentos favoráveis a possível racionalidade econômica para os fatos apurados, não há como desconsiderar o conteúdo anticoncorrencial de alguns diálogos entre representantes das empresas integrantes do cartel, confirmado por depoimentos prestados ao MP/ES e à própria SG. Apenas em relação a Rafael Haddad não se observam indícios suficientes de participação na colusão.

117. Ante ao exposto, verifica-se a existência de provas de participação dos representados Braslimp Serviços, Nacib Haddad e Vanda Sad nas infrações contra a ordem econômica tipificadas no art. 20, incisos I a IV, e art. 21, incisos I, III e VIII, da Lei nº 8.884/1994, bem como no art. 36, incisos I a IV, c/c seu § 3º, inciso I, alíneas "a", "c" e "d", da Lei nº 12.529/2011. No entanto, os indícios e evidências reunidos nos autos são insuficientes para imputar a Rafael Haddad qualquer prática ilícita, sugerindo o arquivamento deste processo administrativo em relação a esse representado.

118. A participação da Conservo Serviços na conduta investigada ficou evidenciada no Pregão Eletrônico nº 7/2009, realizado para a contratação de serviço de merendeiras em unidades de ensino do Município de Cariacica, bem como no Pregão Eletrônico nº 37/2016, realizado pela Secretaria Estadual de Educação do Espírito Santo.

119. [ACESSO RESTRITO] .

120. [ACESSO RESTRITO] .

121. [ACESSO RESTRITO] .

122. [ACESSO RESTRITO] .

123. [ACESSO RESTRITO] .

124. Guilherme Monken foi identificado como sócio administrador da Conservo Serviços (fls. 56 a 62 do Doc. SEI nº 0843603), tendo deixado a administração da empresa em 11/07/2011. Juliana Monken era sócia administradora da Conservo Serviços, tendo atuado como Diretora de Controladoria e sendo responsável por administrar as atividades financeiras e contábeis do Grupo Conservo. Marcelo Monken era sócio administrador da Conservo Serviços, tendo sido Presidente e Diretor Comercial da empresa e responsável por governar a gestão e definir as estratégias comerciais do Grupo Conservo (SEI 0943593). Entretanto, as evidências reunidas nos autos não demonstram que esses representados tenham participado das práticas de implementação do cartel.

125. [ACESSO RESTRITO] .

126. Assim, as provas indiretas e circunstanciais juntadas nos autos, como o fato de as empresas vencedoras do certame não terem concorrido entre si, dando lances apenas nos lotes em que foram vencedoras e mantendo-se em regiões em que já prestavam serviços, demonstram que os representados Conservo Serviços e Marcio Monken participaram do cartel em análise.

127. [ACESSO RESTRITO].

128. Da defesa apresentada, destaca-se o argumento de que houve recurso da inabilitação por parte da Serge Serviços no lote 01 do Pregão Eletrônico nº 37/2016, em que a Conservo Serviços foi vencedora, a demonstrar a competitividade entre as empresas participantes do certame. No entanto, a impugnação administrativa não é suficiente para afastar as evidências de que a empresa Conservo, ao lado das demais representadas, participou do certame para dar cobertura às empresas vencedoras. De mais a mais, a Serge Serviços acabou sendo inabilitada em todos os lotes por não apresentação de documentos essenciais, de maneira a se permitir a conclusão de que a interposição do recurso administrativo tenha sido mais uma estratégia a fim de encobrir o propósito de fraudar a competitividade do certame.

129. Ante ao exposto, verifica-se a existência de provas de participação dos representados Conservo Serviços e Marcio Monken nas infrações contra a ordem econômica tipificadas no art. 20, incisos I a IV, e art. 21, incisos I, III e VIII, da Lei nº 8.884/1994, bem como no art. 36, incisos I a IV, c/c seu § 3º, inciso I, alíneas "a", "c" e "d", da Lei nº 12.529/2011. No entanto, os indícios e evidências reunidos nos autos são insuficientes para imputar a Guilherme Monken, Juliana Monken e Marcelo Monken qualquer prática ilícita, sugerindo o arquivamento deste processo administrativo em relação a esses representados.

2.4.4 Vix Serviços, Douglas do Nascimento, Jean Carlos Leite e Marcelo Batista

130. A inclusão da representada Vix Serviços no polo passivo deste processo administrativo deu-se em virtude de haver apresentado o preço máximo no Pregão Eletrônico nº 37/2016, sem, contudo, oferecer lance no dia da abertura da fase de disputa por lances, o que, a princípio, poderia indicar a finalidade de favorecer as empresas vencedoras do certame, ou sejam, Conservo, Serdel e Braslimp Serviços.

131. O Tribunal de Contas do Espírito Santo suscitou que a estratégia adotada pela Vix Serviços no pregão em comento seria uma contrapartida da ausência de competição em contratos firmados pela representada nos Municípios de Barra de São Francisco e Marechal Floriano. Assim, ao optar por não competir no Pregão Eletrônico nº 37/2016, estaria retribuindo suposto favor às empresas vencedoras do certame, que estariam supostamente deixando o “caminho livre” para que a Vix Serviços firmasse contratos nos Municípios de Barra de São Francisco e Marechal Floriano.

132. Em defesa, argumentou-se que a empresa apenas registrou o preço máximo de cada lote para garantir sua participação no certame, porém, após analisar o edital, verificou que não possuía capacidade técnica exigida, razão pela qual não ofertou lances na data de realização do pregão. Ainda, aduziu: i) ausência de prova que estabeleça relação entre Vix Serviços com as empresas que venceram os lotes do Pregão Eletrônico nº 37/2016; e ii) eventual ilicitude nos contratos firmados pela Vix Serviços nos Municípios de Barra de São Francisco e Marechal Floriano deve ser apurada e debatida em processo próprio, por estarem fora do escopo do presente processo administrativo.

133. O MP/ES apurou, em relação aos contratos firmados pela Vix Serviços nos municípios de Barra de São Francisco e Marechal Floriano, que a empresa foi contemplada pela Prefeitura da Barra de São Francisco com uma sequência de contratos emergenciais para a prestação do serviço de limpeza, conservação e portaria na rede municipal de ensino e postos de saúde do município, com contratos vigentes entre 2015 e 2016. Em 2017 e 2018, a empresa teria se

fixado no município de Marechal Floriano, por meio de outra empresa de um dos sócios da Vix Serviços, ou seja, a Brutus Engenharia, não representada no presente processo.

134. A Nota Técnica de instauração deste processo relacionou como indícios de participação na conduta c [ACESSO RESTRITO]. Porém, observa-se que esses indícios não guardam relação com o cartel entre as empresas representadas no presente processo, justamente por não contarem com a participação das demais empresas que integram o polo passivo.

135. Ante ao exposto, inexistindo indícios de que os representados tenham participado da conduta, sugere o arquivamento do presente processo administrativo em relação a Vix Serviços, Douglas do Nascimento, Jean Carlos Leite e Marcelo Batista.

2.4.5 Serdel Serviços e Adilson Bastos

136. O conjunto probatório reunidos nos autos compreendem diversas ligações entre representantes da Serdel Serviços com representantes de demais empresas participantes do Pregão Eletrônico nº 37/2016: [ACESSO RESTRITO]

137. [ACESSO RESTRITO] .

138. [ACESSO RESTRITO] .

139. [ACESSO RESTRITO] .

140. [ACESSO RESTRITO] .

141. [ACESSO RESTRITO] .

142. [ACESSO RESTRITO] .

143. [ACESSO RESTRITO] .

144. [ACESSO RESTRITO] .

145. [ACESSO RESTRITO] .

146. Quanto à participação de Adilson Bastos na conduta, sócio e Diretor Administrativo da Serdel, o representado demonstrou durante as oitivas conduzidas pelo MP/ES desconhecimento sobre a área comercial e contratual da Serdel. Também se apurou que Adilson Bastos não figura no polo passivo da ação penal e que é sócio minoritário da empresa, com apenas 3% de participação.

147. O MP/ES considerou que Adilson aparenta ser laranja operacional, pois, apesar de constar no quadro societário da Serdel, demonstrou durante a oitiva total desconhecimento sobre os contratos públicos da empresa, municípios de atuação, transações comerciais, entre outras (SEI 0605993).

148. Na defesa dos representados, destacam-se os seguintes argumentos: i) Adilson Bastos é sócio minoritário e desconhece a atuação da Serdel Serviços na parte logística e contratual; ii) não é incomum a participação de empresas com objeto social estranho ao objeto da licitação; iii) não é incomum que preços de arrematantes da licitação fiquem próximos ao máximo estipulado pelo edital; iv) a Serdel Serviços já prestava serviço para SEDU na mesma localidade correspondente ao lote 04 do Pregão Eletrônico nº 37/2016 e, assim, era interessante manter os funcionários já contratados que prestavam serviço nessa localidade para evitar demandas individuais relacionadas ao pagamento retroativo do adicional de insalubridade acordado em Convenção Coletiva; v) a Serdel Serviços foi orientada pela Comissão Permanente de Licitação da SEDU que, caso viesse a vencer mais de um lote com documentação que atendessem apenas um deles, ela estaria desclassificada de todos os lotes, inclusive o 4º, que lhe interessava; vi) contatos entre José Ricardo Perovano (proprietário da Serdel) e Nacib Haddad (Braslimp Serviços), deram-se para tratar sobre assuntos do sindicato patronal, uma vez que, entre 2015 e 2018, Nacib ocupava o posto de presidente do sindicato e José Ricardo o de diretor.

149. Porém, os elementos probatórios acostados aos autos e elencados acima indicam que a representada Serdel Serviços participou da conduta. Mesmo que se apresentem argumentos favoráveis a possível racionalidade econômica para os fatos apurados, não há como desconsiderar o conteúdo anticoncorrencial de alguns diálogos entre representantes das empresas integrantes do cartel, confirmado por depoimentos. Apenas em relação a Adilson Bastos não se observam indícios suficientes de participação na colusão.

150. Ante ao exposto, verifica-se a existência de provas de participação da representada Serdel Serviços nas infrações contra a ordem econômica tipificadas no art. 20, incisos I a IV, e art. 21, incisos I, III e VIII, da Lei nº 8.884/1994, bem como no art. 36, incisos I a IV, c/c seu § 3º, inciso I, alíneas "a", "c" e "d", da Lei nº 12.529/2011. No entanto, os indícios e evidências reunidos nos autos são insuficientes para imputar a Adilson Bastos qualquer prática ilícita, sugerindo o arquivamento deste processo administrativo em relação a esse representado.

2.4.6 Serge Serviços e Marcos Silva

151. A verificação da conduta da Serge Serviço revela diversas evidências de envolvimento na colusão sob investigação. **[ACESSO RESTRITO]** .

152. Curiosamente, verifica-se que todos os lances ofertados durante o Pregão Eletrônico nº 37/2016 pela representada terminavam em R\$ 0,99, indicativo de que a empresa teve a intenção de sinalizar para as demais empresas concorrentes sua posição no certame, vez que, pelas características dos serviços prestados, não há racionalidade econômica para que todos os lances apresentados terminassem em R\$ 0,99, em lotes em que o valor de referência era de cerca de 30 milhões de reais.

153. Além disso, verifica-se que os valores das propostas apresentadas pela Serge Serviços são significativamente reduzidos quando um novo concorrente oferta um lance. A redução nos valores dos lances é tão pequena que no lote 04, em que a representada Serdel Serviços se sagrou vencedora, a redução entre o valor vencedor e o preço de referência do edital, mesmo após 19 lances apresentados pelas empresas concorrentes, foi de apenas R\$ 100,44.

154. **[ACESSO RESTRITO]** .

155. **[ACESSO RESTRITO]** .

156. A SG considerou que, embora os fatos apresentados pelas defesas sejam capazes de endereçar alguns dos motivos pelos quais os representados Nacib e Marcos Silva tenham se comunicado no período levantado pelo MPES, não invalidam a constatação de que tinham um canal de comunicação aberto e que combinaram a estratégia de participação no Pregão Eletrônico nº 37/2016.

157. Outra evidência da atuação concertada das licitantes no Pregão Eletrônico nº 37/2018 consiste no fato de as empresas vencedoras do certame não terem concorrido entre si, dando lances apenas nos lotes em que foram vencedoras. A Conservo Serviços, arrematante dos lotes 01 e 03, deu lances apenas nesses lotes. Do mesmo modo, a Braslimp Serviços, arrematante do lote 02, e a Serdel Serviços, arrematante do lote 04, também só deram lances nos lotes que venceram. Assim, há evidências de cobertura por parte da Serge Serviços no Pregão Eletrônico nº 37/2016 e de ação coordenada das mesmas empresas vencedoras para continuarem nas localidades que já vinham prestando serviços.

158. **[ACESSO RESTRITO]** .

159. Quanto à participação de Marcos Silva na conduta, observa-se haver representado a Serge Serviços em todos os lotes do Pregão Eletrônico nº 37/2016 (mídias do PIC 10/2017 - Autos principais - “Documentos da licitação”).

160. A defesa argumentou que entrou com recurso administrativo para reverter a sua inabilitação no Pregão Eletrônico nº 37/2016 e que inexistia ilegalidade nos contratos do Município da Serra e prova de comunicação que comprove o cartel. Entretanto, os elementos probatórios acostados aos autos e elencados acima indicam que os representados participaram da conduta, mediante a implementação da estratégia de propostas de cobertura que beneficiaram as integrantes do cartel, aspecto que ainda pode ser observado no contexto da atuação das empresas que já detinham contratos de fornecimento nas localidades para as quais se sagraram vencedoras e da ausência de competitividade na fase de lances do pregão eletrônico, sobretudo, em relação aos demais lotes sem interesse dos concorrentes.

161. Outrossim, o fato de haver ingressado com recurso à desclassificação nos lotes 01, 03 e 04, enquanto o lote 02, vencido pela Braslimp, não ter sido objeto de recurso, porquanto neste a representada fora desclassificada pelo fato de sua qualificação econômico-financeira não atingir os 16,66% de capital, apresenta apenas em parte uma razoável justificativa, pois seu patrimônio líquido atendia somente um lote do certame, além de não haver atendido também critérios de capacidade técnico-profissional. Assim, percebe-se claramente a intenção de revestir a sua atuação no conluio da aparência de competitiva.

162. Ante ao exposto, verifica-se a existência de provas de participação dos representados Serge Serviços e Marcos Silva nas infrações contra a ordem econômica tipificadas no art. 20, incisos I a IV, e art. 21, incisos I, III e VIII, da Lei nº 8.884/1994, bem como no art. 36, incisos I a IV, c/c seu § 3º, inciso I, alíneas "a", "c" e "d", da Lei nº 12.529/2011.

2.4.7 Servilimp Serviços, Antônio Tavares e Priscila Tavares

163. A instrução probatória demonstra que a Servilimp Serviços se classificou em terceiro lugar nos lotes 01 e 04, mas, iniciada a habilitação, acabou desistindo do lote 01 e desclassificada do lote 04, por não atender as exigências do edital. Diante disso, a nota técnica de instauração aponta indício de que a representada teria participado do certame apenas para dar “cobertura” às empresas vencedoras dos referidos lotes do Pregão Eletrônico nº 37/2016.

164. Em sua defesa, a Servilimp informou que, quando decidiu participar do Pregão Eletrônico nº 37/2016, ainda não havia analisado o edital com cuidado, tendo entendido que o pregão seguia o padrão das licitações das quais estava acostumado a participar. No depoimento prestado à SG (SEI 1070947), Antônio Aristides (sócio administrador da Servilimp) alegou que houve uma “má interpretação” da sua parte com relação ao edital. Afirmou que acreditava ter

condições técnicas para prestar o serviço quando, na verdade, a empresa não cumpria os requisitos técnicos para vencer a licitação. Ainda, em relação à desistência do lote 01, informou que acreditava que teria aptidão técnica apenas para o lote 04, tendo sido, porém, inabilitada pela Comissão de licitação da SEDU.

165. O lastro probatório que instrui o presente processo administrativo não demonstra qualquer vinculação da Servilimp com as demais empresas participantes do certame. **[ACESSO RESTRITO]** .

166. **[ACESSO RESTRITO]** .

167. Com efeito, conclui-se que inexistem elementos que permitam compreender que a desistência e desclassificação da Servilimp Serviços tivesse relação lógica com a colusão em análise, em benefício da implementação da estratégia da proposta de cobertura.

168. Ante ao exposto, inexistindo indícios de que os representados tenham participado da conduta, sugere o arquivamento do presente processo administrativo em relação a Servilimp Serviços, Antônio Tavares e Priscila Tavares.

2.5 Recomendação de instauração de processo administrativo

2.5.1 Paulo César Meriguete

169. Em sua Nota Técnica nº 39/2023 (SEI 1258988), a SG informa que Paulo César Meriguete não é representado no presente processo administrativo, embora tivesse atuado como Gerente Comercial da Serdel Serviços durante o período das investigações (pág. 6 SEI 0944062).

170. **[ACESSO RESTRITO]** .

171. **[ACESSO RESTRITO]** .

172. **[ACESSO RESTRITO]** .

173. **[ACESSO RESTRITO]** :

[ACESSO RESTRITO]

174. **[ACESSO RESTRITO]** .

175. Quanto a Fernanda Arantes, realmente não se constata que os indícios reunidos nos autos, como acima expostos, sejam capazes de fundamentar a persecução administrativa por eventual participação na conduta. Ao contrário, em relação a Paulo César Meriguete, entende que seja necessário investigar a sua atuação nas práticas de implementação da conduta objeto do presente processo administrativo, diante dos indícios que demonstram ciência acerca da existência do cartel e colaboração com os ajustes firmados entre os concorrentes.

176. Diante disso, sugere a instauração de processo administrativo com o fim de apurar a eventual participação de Paulo César Meriguete na colusão em análise.

2.5.2 José Ricardo Perovano

177. Em sua Nota Técnica nº 39/2023 (SEI 1258988), a SG informa que José Ricardo Perovano não é representado no presente processo administrativo, embora fosse, ao lado do seu pai, Antônio Geraldo Perovano, sócio da AJP Participações e Empreendimentos Ltda, que detém 96,70% da Serdel Serviços, representada no presente processo. Além disso, apurou-se que José Ricardo Perovano atuou durante as investigações como Diretor Jurídico e Financeiro da Serdel Serviços (pág. 6 do SEI 0944062).

178. **[ACESSO RESTRITO]** .

179. **[ACESSO RESTRITO]** .

180. **[ACESSO RESTRITO]** .

181. **[ACESSO RESTRITO]** .

182. Diante dos indícios acima expostos, entende que seja necessária a instauração de processo administrativo com o fim de apurar a eventual participação de José Ricardo Perovano na colusão em análise.

2.5.3 Evandro de Oliveira Moreira

183. Em sua Nota Técnica nº 39/2023 (SEI 1258988), a SG informa que Evandro de Oliveira Moreira não é representado no presente processo administrativo, embora tenha atuado na Serdel por mais de 29 anos, tendo sido responsável por diversas atividades na empresa, inclusive pela área comercial, **[ACESSO RESTRITO]** .

184. [ACESSO RESTRITO] .
185. [ACESSO RESTRITO] .
186. [ACESSO RESTRITO] .
187. [ACESSO RESTRITO] :

[ACESSO RESTRITO]

188. Diante dos indícios acima expostos, entende que seja necessária a instauração de processo administrativo com o fim de apurar a eventual participação de Evandro de Oliveira Moreira na colusão em análise.

3. CONCLUSÃO

189. Diante de todo o exposto, sugere o **indeferimento** das questões preliminares suscitadas pelos representados, por ausência de amparo fático e legal. Quanto ao mérito, opina:

- pela **condenação** dos representados Braslimp Serviços Ltda., Conservo Serviços Gerais Ltda., Serdel Serviços e Conservação Ltda., Serge Serviços Conservação e Limpeza Ltda., Marcio Vilanova Monken, Marcos Silva, Nacib Haddad Neto e Vanda Arantes Sad, por entender que suas condutas configuraram infração à ordem econômica de acordo com o art. 20, incisos I a IV, e o art. 21, inciso I, III e VIII, da Lei nº 8.884/1994, bem como o art. 36, incisos I a IV, c/c seu § 3º, inciso I, alíneas "a", "c" e "d", da Lei nº 12.529/2011:

- pelo **arquivamento** do processo administrativo em relação a AMV Oficina Mecânica Ltda-ME, Vix Serviços – ES Ltda., Servlimp Serviços de Conservação e Limpeza de Vitória Ltda., Adilson Bastos, Alan Maycon dos Santos Oliveira, Antônio Aristides Gomes Tavares, Douglas do Nascimento, Guilherme João Monken Júnior, Jean Carlos Gosperazzo Leite, Juliana Vilanova Monken, Marcela de Barros Augusto, Marcelo Batista da Silva, Marcelo Vilanova Monken, Priscila Belo Tavares e Rafael Alves Haddad, por entender que não há nos autos provas suficientes de participação nas condutas investigadas; e

- pela **instauração** de processo administrativo em relação a i) Paulo César Meriguete, ii) José Ricardo Perovano e iii) Evandro de Oliveira Moreira, a fim de apurar a participação na conduta investigada neste processo administrativo, que reuniu indícios de prática de infração contra a ordem econômica por parte dessas pessoas físicas, como demonstrado no tópico 2.5 deste opinativo.

À consideração superior.

Brasília, 29 de setembro de 2023.

ANTONIO MARCOS GUERREIRO SALMEIRÃO
PROCURADOR FEDERAL JUNTO AO CADE

Notas

- ¹ *Anexos SEI 0767155, 0767157, 0767161, 0767163, 0767158, 0767165, 0767166, 0767167, 0767168, 0767169, 0767170, 0767172, 0767173, 0767174, 0767176, 0767179, 0767181, 0767182, 0767184, 0767186, 0767189, 0767190, 0767192, 0767193, 0767194, 0767195, 0767196, 0767197, 0767199, 0767202, 0767204, 0767207, 0767210, 0767216, 0767217, 0767220, 0767223, 0767227, 0767229, 0767231, 0767232, 0767236, 0767240, 0767238, 0767242, 0767244, 0767247, 0767249, 0767251, 0767252, 0767254, 0767255, 0767257, 0767259, 0767262, 0767263, 0767264, 0767265, 0767266, 0767267, 0767268, 0767269, 0767270, 0767271, 0767273, 0767275, 0767276, 0767277 e 0767279.*
- ² *MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil, comentado artigo por artigo. SP: Revista dos Tribunais, 4ª edição, 2012.*

3. [^] - Pela teoria eclética – adotada pelo CPC/73 e pelo NCPC (art. 485, inciso VI) –, que também apresenta o direito de ação e o direito material como autônomos, no caso de ausência das condições, a ação é sempre extinta sem resolução do pedido, sem a formação de coisa julgada material, mesmo que haja a análise das provas e do mérito da demanda.
4. [^] - “... 2. As condições da ação, dentre elas, o interesse processual, definem-se da narrativa formulada na inicial, e não da análise do mérito da demanda (teoria da asserção), motivo pelo qual não se recomenda ao julgador, na fase postulatória, se aprofundar no exame de tais preliminares” ...
5. [^] - FRAZÃO, Ana. *Direito da Concorrência. Pressupostos e perspectivas*. SP: Saraiva, 2017, pág. 297.
6. [^] - Caso *United States v. Champion International Corporation*, 557 F.2d 1270 (9th Cir. 1977), relativa a cartel em licitações para venda de madeira (tradução livre). Vide: OCDE. *Prosecuting Cartels without Direct Evidence*, 2006, p.174.
7. [^] - Kovacic, W.E, Marshall, R.C., Marx, L.M., White, H.L. *Plus Factors and Agreement in Antitrust Law*. *Michigan Law Review*, v.110, Dec. 2011, p.400-401 (tradução livre).
8. [^] - Vide, por exemplo, decisão da Corte de Justiça Europeia no “Caso Dyestuffs” (*ICI vs Comissão, Case 48/69, 1972*, §§66-68, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61969CJ0048:EN:PDF>, acessado em 03 de maio de 2013).
9. [^] - *Cases IV/33.126 and 33.322 - Cement*, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31994D0815:EM:HTML>.
10. [^] - TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: ed. Trotta, ed. 2005, pág. 282.
11. [^] - GABAN, Eduardo Molan e DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. SP: Saraiva, 4ª ed., 2016, pág. 219
12. [^] - OCDE. *Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas*, 2009. 2010, p. 458
13. [^] - FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Provas sem Convicção. Standards de prova e devido processo*. SP: ed. JusPodivm, 2022, pág. 193

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 08700000413202141 e da chave de acesso 4bb97875



Documento assinado eletronicamente por ANTONIO MARCOS GUERREIRO SALMEIRÃO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1295034758 e chave de acesso 4bb97875 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ANTONIO MARCOS GUERREIRO SALMEIRÃO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 04-10-2023 07:11. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO AO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA
ECONÔMICA
COORDENAÇÃO-GERAL DE ESTUDOS E PARECERES - CGEP
SEPN 515 CONJUNTO D, LOTE 4 ED. CARLOS TAURISANO, 4º ANDAR CEP: 70770-504 - BRASÍLIA/DF

DESPACHO n. 00025/2023/CGEP/PFE-CADE/PGF/AGU

NUP: 08700.000413/2021-41

INTERESSADOS: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

ASSUNTOS: PROTEÇÃO À LIVRE CONCORRÊNCIA

1. Acolho os fundamentos do Parecer nº 046/2023/CGEP/PFE-CADE/PGF/AGU, da lavra do Procurador Federal Antônio Marcos Guerreiro Salmeirão, e submeto à análise e aprovação superior.

Brasília, 06 de outubro de 2023.

(assinado eletronicamente)

IGOR GUIMARÃES PEREIRA

Procurador Federal

Coordenador-geral de Estudos e Pareceres

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 08700000413202141 e da chave de acesso 4bb97875



Documento assinado eletronicamente por IGOR GUIMARÃES PEREIRA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1302503863 e chave de acesso 4bb97875 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): IGOR GUIMARÃES PEREIRA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 06-10-2023 11:51. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora de SERPRO SSLv1.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO AO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA
ECONÔMICA
GABINETE DO PROCURADOR-CHEFE ADJUNTO DA PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO
AO CADE - PFEA-CADE
SEPN 515 CONJUNTO D, LOTE 4ED. CARLOS TAURISANO, 4º ANDARCEP: 70770-504 - BRASÍLIA/DF

DESPACHO n. 00082/2023/PFEA-CADE/PFE-CADE/PGF/AGU

NUP: 08700.000413/2021-41

INTERESSADOS: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

ASSUNTOS: PROTEÇÃO À LIVRE CONCORRÊNCIA

1. Aprovo o **PARECER n. 00046/2023/CGEP/PFE-CADE/PGF/AGU**, da lavra do Procurador Federal Antônio Marcos Guerreiro Salmeirão, que trata de análise de suposto cartel em licitações públicas no mercado prestação de serviços terceirizados no Estado do Espírito Santo,
2. Devolva-se ao GAB5, então ocupado pelo Conselheiro Sérgio Costa Ravagnani.

Brasília, 09 de outubro de 2023.

(assinado eletronicamente)

PAULO FIRMEZA SOARES
PROCURADOR FEDERAL
PROCURADOR-CHEFE SUBSTITUTO

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 08700000413202141 e da chave de acesso 4bb97875



Documento assinado eletronicamente por PAULO FIRMEZA SOARES, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1302786354 e chave de acesso 4bb97875 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): PAULO FIRMEZA SOARES, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 09-10-2023 16:33. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.
