



FACULDADES INTEGRADAS DE PONTA PORÃ
FIP MAGSUL

ANA GUADALUPE BARTNIKOVSKI ZOLIN

**MECANISMOS ADMINISTRATIVOS DE COMBATE AOS CARTÉIS EM
LICITAÇÕES PÚBLICAS: ESTUDO DA LEI 12.529 DE 2011**

PONTA PORÃ-MS

2018

ANA GUADALUPE BARTNIKOVSKI ZOLIN

**MECANISMOS ADMINISTRATIVOS DE COMBATE AOS CARTÉIS EM
LICITAÇÕES PÚBLICAS: ESTUDO DA LEI 12.529 DE 2011**

Trabalho de Conclusão de Curso – TCC
apresentado à Banca Examinadora das
Faculdades Integradas de Ponta Porã, como
exigência parcial para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Carlos Alexandre Herreira

Ponta Porã-MS

2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Z86m Zolin, Ana Guadalupe Bartnikovski.

Mecanismos administrativos de combate aos cartéis em licitações públicas: estudo da Lei 12.529 de 2011 / Ana Guadalupe Bartnikovski Zolin – Ponta Porã, MS, 2019. 52p.; 30 cm.

Orientador (a): Prof^o. Me. Carlos Alexandre Herreira.

Monografia (graduação) – Faculdades Integradas de Ponta Porã - MS. Curso de Direito.

1. Licitação pública. 2. Cartel. 3. Concorrência. 4. Lei nº. 12.529/2011. 5. CADE. I. Herreira, Carlos Alexandre. II. Título.

CDD:341.378

ANA GUADALUPE BARTNIKOVSKI ZOLIN

**MECANISMOS ADMINISTRATIVOS DE COMBATE AOS CARTÉIS EM
LICITAÇÕES PÚBLICAS: ESTUDO DA LEI 12.529 DE 2011**

Trabalho de Conclusão de Curso – TCC
apresentado à Banca Examinadora das
Faculdades Integradas de Ponta Porã, como
exigência parcial para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Me. Carlos Alexandre Herreira
Faculdades Integradas de Ponta Porã

Prof.^a Ma. Gianete Paola Butarelli
Faculdades Integradas de Ponta Porã

Prof.^a Ma. Janaína Ohlweiler Milani
Faculdades Integradas de Ponta Porã

Ponta Porã, 11 de fevereiro de 2019.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
OCDE	Organização Para Cooperação e Desenvolvimento Econômico
PIB	Produto Interno Bruto
SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SDE	Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça
SEAE	Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda
TCC	Termo de Compromisso de Cessação

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
CAPÍTULO 1- Cartéis em Licitações Públicas.....	10
1. Generalidades sobre Contratações Públicas.....	10
2. O cartel como uma grave lesão a concorrência e aos serviços públicos.....	13
2.1 O cartel.....	13
2.2 Lesão ao princípio da concorrência	15
2.3 Os prejuízos causados pelos cartéis em contratações públicas	17
CAPÍTULO 2 - Fragilidades do Procedimento Licitatório que Facilitam a Cartelização.....	21
1. Aspectos iniciais.....	21
2. Forma das Licitações.....	22
3. Impedimentos à entrada de participantes nas licitações públicas.....	24
4. Procedimento licitatório tradicional sem inversão das fases.....	26
5. Publicidade de informações.....	28
6. Participação de consórcios em licitação.....	29
7. Subcontratações em licitações públicas.....	31
CAPÍTULO 3 - Mecanismos administrativos de combate aos cartéis em licitações públicas previstos na lei 12.529 de 2011.....	33
1. Amplitude da Lei de Defesa da Concorrência.....	33
2. Penas aplicáveis aos infratores da ordem econômica.....	38
3. Mecanismos administrativos de combate aos cartéis em licitações públicas previstos na lei 12.529 de 2011.....	39
3.1 Acordo de Leniência.....	39
3.2 Termo de Compromisso de Cessação.....	44
CONSIDERAÇÕES FINAIS	48
REFERÊNCIAS.....	51

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar os mecanismos que o ordenamento jurídico brasileiro utiliza para combater os cartéis em licitações públicas, especificamente os mecanismos presentes na lei nº 12.529 de 2011. A metodologia desenvolvida consiste em uma pesquisa realizada através de revisão bibliográfica, com análise da legislação, doutrina, artigos científicos e dados administrativos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), referentes aos balanços anuais sobre a atuação do próprio órgão. O primeiro objetivo específico da pesquisa busca apresentar o cenário atual das contratações públicas, o conceito de cartel, como ocorre a cartelização em licitações públicas, a sua lesividade à concorrência e aos serviços públicos. O segundo objetivo específico trata sobre as fragilidades do procedimento licitatório que facilitam a cartelização, como a legislação licitatória deixa brechas que possibilitam a prática do ilícito do cartel. E o terceiro objetivo específico trata sobre a análise da legislação concorrencial, também conhecida como antitruste, verificando quais os mecanismos existentes para o combate aos cartéis em licitações públicas. Assim, com a presente pesquisa, buscou-se demonstrar os prejuízos causados pela prática do cartel em licitações públicas, bem como, a fragilidade do regime licitatório, que, apesar dos avanços, ainda deixa brechas que facilitam a cartelização, diante disso, propõe-se que ocorram alterações legislativas no regime licitatório de forma a dificultar a formação de cartéis e a reparação dos mecanismos de combate.

Palavras-chave: Licitação pública; Cartel; Concorrência; Lei nº 12.529/2011; CADE.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the mechanisms that the Brazilian legal system uses to combat cartels in public bidding, specifically the mechanisms present in Law No. 12,529 of 2011. The methodology developed consists of a research carried out through a bibliographical review, with analysis of the legislation, doctrine, scientific articles and administrative data of the Administrative Council of Economic Defense (CADE), referring to the annual balance sheets on the agency's own performance. The first specific objective of the research seeks to present the current scenario of public contracting, the concept of cartel, such as cartelization in public bids, its harmfulness to competition and public services. The second specific objective deals with the weaknesses of the bidding process that facilitate cartelization, as the bidding legislation leaves loopholes that allow the practice of cartel illicit. And the third specific objective deals with the analysis of the competition legislation, also known as antitrust, verifying the existing mechanisms for the fight against cartels in public tenders. Thus, with the present research, it was tried to demonstrate the losses caused by the practice of the cartel in public bidding, as well as the fragility of the bidding regime, which, despite the advances, still leaves loopholes that facilitate the cartelization, it is expected that legislative changes will occur in the bidding regime in order to make it difficult to form cartels and repair the combat mechanisms.

Keywords: Public bidding; Cartel; Competition; Law nº 12.529 / 2011; CADE.

INTRODUÇÃO

Todos os anos a Administração Pública, ao realizar suas obrigações fundamentais de garantir aos cidadãos serviços de saúde, educação, segurança pública, entre tantos outros, destina valores significativos de seus recursos para realizar suas contratações, adquirindo bens e prestações de serviços imprescindíveis para a efetuação de suas atividades. E para que esses recursos sejam mais bem aproveitados, essas contratações precisam ser feitas pelos menores preços, adquirindo produtos e serviços de qualidade, sem favorecimentos de empresas.

Para garantir a efetividade das contratações fora criado o procedimento de licitação pública, que como explica Carvalho Filho (2016, p. 328) é um procedimento que antecede o próprio contrato, permitindo que várias pessoas ofereçam suas propostas, e, em consequência, permite também que seja escolhida a mais vantajosa para a administração.

A obrigação de contratar precedendo de licitação, deriva da Constituição Federal, artigo 37, XXI, bem como o artigo 175 do mesmo diploma. Já no âmbito infralegal, encontra-se a lei 8.666/1993 que regulamenta essa obrigação.

Essa obrigatoriedade de contratar através de licitação é uma forma de evitar fraudes, mas a lei não consegue fazer com que em todas as contratações não ocorram tais ilícitos. Segundo aponta a Secretaria de Direito Econômico (2009), a prática de cartel como forma de fraudar licitações tem sido frequente nos últimos anos, tornando necessário analisar os instrumentos de combate aos cartéis.

Segundo Thales de Melo e Lemos (2018), a defesa da concorrência, que é um dos pilares da licitação, vem evoluindo significativamente nas últimas duas décadas no Brasil com a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), interferindo ativamente na repressão às condutas anticoncorrenciais, dentre as quais o cartel.

Esclarece Leopoldino da Fonseca (2017, p. 290), que o cartel nas licitações públicas tem como objetivo um acordo entre os participantes que estabelecem as condições em que ocorrerá o certame. Esta conduta, pela sua própria característica, tem por resultado reunir os concorrentes, com a finalidade de uniformizar sua conduta no mercado, inviabilizando, assim, a própria concorrência que deveria existir. Por meio o cartel firma-se um pacto de não concorrência e no caso de cartel em licitações públicas, ele objetiva mascarar a existência de uma concorrência.

A escolha de tal tema para pesquisa decorre da atual conjuntura do país, em que surgem, diariamente, notícias de diversas empresas envolvidas em esquemas de cartel com intuito de fraudar licitações, acarretando prejuízos financeiros à administração pública, assim como, a má qualidade dos serviços públicos prestados através dessas contratações.

A metodologia do presente trabalho consiste em uma pesquisa realizada através de revisão bibliográfica, com análise da legislação, doutrina, artigos científicos e dados administrativos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) referentes aos balanços anuais sobre a atuação do próprio órgão.

A relevância dessa pesquisa consiste na gravidade do ilícito em estudo, bem como o alcance dos prejuízos causados por essa prática, que afetam todos os administrados que são usuários dos serviços públicos, sendo relevante identificar as formas que os contratantes manipulam o processo licitatório, aproveitando-se das diversas brechas existentes nos procedimentos e principalmente, conhecer como o Estado brasileiro vem aprimorando as normas a respeito, buscando criar mecanismos efetivos de combate aos cartéis.

O objetivo geral da pesquisa é analisar os mecanismos que o ordenamento jurídico brasileiro utiliza para combater os cartéis em licitações públicas, especificamente os mecanismos presentes na lei nº 12.529 de 2011. Assim, o objetivo final é analisar os meios utilizados pelo Estado para tentar combater esses ilícitos, através do aprimoramento legislativo ocorrido nos últimos anos.

Buscando atingir esse objetivo geral, a pesquisa teve como primeiro objetivo específico apresentar o cenário atual das contratações públicas, o conceito de cartel, como ocorre a cartelização em licitações públicas, a sua lesividade à concorrência e aos serviços públicos, materializando-se no capítulo um do presente trabalho.

O capítulo dois trata do segundo objetivo específico, que será a análise das fragilidades do procedimento licitatório que facilitam a cartelização, como a legislação licitatória deixa brechas que possibilitam a prática do ilícito do cartel.

Após bem entendido as formas que ocorrem os cartéis em licitação pública, as brechas deixadas pela legislação e a identificação dos mecanismos fraudulentos utilizados pelos particulares que contratam com a administração pública, passa-se para o capítulo três, contendo o terceiro objetivo específico, que será a análise da legislação concorrencial, também conhecida como antitruste, verificando quais os mecanismos existentes para o combate aos cartéis em licitações públicas.

E após atingir o objetivo geral, procura-se responder a problemática proposta nessa pesquisa: os mecanismos utilizados atualmente, para o enfrentamento aos cartéis em licitações públicas, podem efetivamente contribuir para redução das práticas desses delitos contra a administração pública? Essa é a pergunta condutora da pesquisa.

CAPÍTULO 1 - CARTÉIS EM LICITAÇÕES PÚBLICAS

1. Generalidades sobre Contratações Públicas

Anualmente a Administração Pública ao realizar suas obrigações fundamentais de garantir aos cidadãos serviços de saúde, educação, segurança pública, entre tantos outros, destina valores significativos de seus recursos para realizar suas contratações, adquirindo bens e prestações de serviços imprescindíveis para a efetuação de suas atividades.

Todas essas compras governamentais, envolvendo todos os entes da federação movimentam cerca de 10% a 15% do Produto Interno Bruto (PIB) Nacional, o que remete a aproximados valores de 500 bilhões de reais por ano¹.

Só o governo federal, no ano de 2017, realizou compras que movimentaram mais de 47 bilhões de reais, cerca de 45% através do procedimento de licitação pública, 55% casos de dispensa ou inexigibilidade de licitação, totalizando mais de 21 mil processos licitatórios e 77 mil processos de dispensa ou inexigibilidade².

Diferentemente dos particulares, o administrador público não pode furtrar-se do processo licitatório e contratar livremente, exceto os casos específicos de dispensa e inexigibilidade previstas taxativamente. Para o administrador, a licitação é obrigatória, tanto para garantir uma isonomia entre os contratantes, quanto pela indisponibilidade do patrimônio público, tal obrigatoriedade está prevista na Constituição Federal, nos artigos 37, XXI, e 175.

A Administração Pública deve cumprir essa exigência constitucional para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, apenas podendo ser descumprida nos casos expressamente previstos em lei, como por exemplo os casos de dispensa e inexigibilidade, conforme previsto nos artigos 24 e 25 da Lei nº 8.666/1993, conhecida como lei geral de licitações.

A finalidade dessa exigência constitucional é garantir que a Administração Pública escolha a contratação mais vantajosa, que não necessariamente, será a de menor preço, mas sim, aquela que atenda todos os requisitos estabelecidos no edital de convocação e respeite todos os princípios estabelecidos aos administradores.

¹ Disponível em <<https://www.comprasgovernamentais.gov.br/images/conteudo/ArquivosCGNOR/SEBRAE/Compras-Pblicas.pdf>> Acesso em: 23 de agosto de 2018.

² Disponível em <<http://paineldecompras.planejamento.gov.br>> Acesso em: 23 de agosto de 2018.

O artigo 37, caput, da CRFB, impõe à Administração Pública a observância aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. A lei geral de licitações nº 8.666/1993, também traz alguns princípios, conforme estabelece o seu artigo 3º, a licitação objetiva-se a resguardar o princípio constitucional da isonomia, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração, bem como os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo. Baseando-se no § 1º do artigo 3º da mesma lei, encontra-se também, o importantíssimo princípio da competitividade ou também chamado de princípio da concorrência.

Esse princípio da concorrência, traduz-se no sentido de que a Administração não deve criar regras e barreiras que dificultem ou impossibilitem o caráter competitivo das licitações. Devendo o procedimento licitatório facilitar a concorrência entre os licitantes, para que o concurso resulte na escolha da proposta mais vantajosa. Tal princípio, deve ser utilizado como base na interpretação dos editais, buscando aumentar a gama de competidores.

Como aponta Victor Aguiar (2018), mesmo seguindo todas as regras de licitação, as verbas públicas, em muitos procedimentos, acabam por não serem devidamente empregadas, como nos casos de obras inacabadas, bens e serviços de pouca qualidade, superfaturação de obras e serviços, tudo isso representa a realidade de muitas contratações em todas as esferas de governo, fazendo com que os escassos recursos públicos sejam mal aproveitados e não satisfaçam as necessidades da coletividade.

Diversas causas contribuem para que isso ocorra, dentre elas, as restrições à livre concorrência nos procedimentos licitatórios, que se destaca por trazer acréscimos significativos nos preços dos produtos ou serviços adquiridos. Segundo Victor Aguiar (2018, p. 10) essas restrições a concorrência podem ocorrer de três maneiras, primeiro pela corrupção, segundo pela criação de restrições pelo próprio Estado e terceiro, pelas condutas anticoncorrenciais praticadas por particulares, essa última instrumentaliza-se mais usualmente através da prática de cartel. Ressalta-se que apenas a restrição à concorrência através do cartel faz parte do objeto de estudo da presente pesquisa.

Esclarece Leopoldino Fonseca (2017, p. 290), que o cartel nas licitações públicas tem como objetivo um acordo entre os participantes que estabelecem as condições em que ocorrerá o certame. Esta conduta, pela sua própria característica, tem por resultado reunir os concorrentes, com a finalidade de uniformizar sua conduta no procedimento licitatório, inviabilizando, assim, a própria concorrência que deveria existir. Por meio do cartel firma-se um pacto de não concorrência.

Importante salientar que, o cartel acaba ocorrendo mesmo quando os agentes públicos envolvidos no procedimento licitatório observam todas as normas para a realização da licitação pública, ou seja, mesmo seguindo à risca o procedimento licitatório as fraudes acontecem, pois a lei que rege o processo licitatório, em muitos aspectos, é vulnerável a cartelização, tendo em vista, diversas brechas e fragilidades que possibilitam que isso ocorra.

Segundo Thales de Melo e Lemos (2018), a defesa da concorrência, que é um dos pilares da licitação, vem evoluindo significativamente nas últimas duas décadas no Brasil com a atuação do CADE, interferindo ativamente na repressão às condutas anticoncorrenciais, dentre as quais o principal exemplo é o cartel.

Com a entrada em vigor da lei nº 12.529, de 2011 ocorreu um fortalecimento da política de repressão a cartéis, pois ela reuniu as competências de implementação da legislação antitruste em uma só autoridade, o CADE, que passou a realizar todas as incumbências de investigação, processamento e julgamento de condutas anticompetitivas, que antes eram divididas com a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE) e a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE).

Conforme destaca Francisco Schertel Mendes (2014), o número de cartéis condenados pelo CADE desde a entrada em vigor da lei nº 12.529, de 2011 aumentou significativamente. Pois um dos problemas enfrentados no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) estava na mora para julgar os processos administrativos e decretar a condenações dos infratores anticoncorrenciais. No ano de 2010, somente quatro processos administrativos julgados pelo CADE tiveram a condenação dos investigados, entre estes apenas um referia-se a cartel. Após a entrada em vigor da lei nº 12.529, de 2011, esse cenário mudou positivamente. Somente em 2013, o CADE julgou trinta e oito processos administrativos impondo sanções administrativas por infrações à ordem econômica, dentre os quais vinte e dois

resultaram na condenação dos investigados. Desse grupo de condenações, treze se referiam-se a cartéis.

Francisco Schertel Mendes (2014), ressalta ainda que, a lei nº 12.529, de 2011, permitiu ao CADE aumentar a velocidade nas investigações de cartéis. Tal avanço ocorreu após a lei proporcionar um aumento das eficiências administrativas, ao delimitar as competências do CADE, pois a sobreposição de competências entre diferentes órgãos governamentais, existente durante a vigência da Lei nº 8.884, de 1994, tornava os procedimentos administrativos improdutivos. A unificação de todas as atividades administrativas de combate a cartéis em um só órgão facilitou a organização institucional e a efetividade do trabalho, permitindo ao CADE antepor o julgamento de processos para imposição de sanções administrativas por infrações relacionados a investigações de cartéis e a qualquer outra infração à ordem econômica.

Observa-se que, a referida lei foi de total importância para o Sistema de Defesa da Concorrência, trazendo inovações que acarretaram uma maior eficiência no combate aos cartéis.

Importante diferenciar que, o objeto da presente pesquisa restringe-se ao cartel, como um esquema horizontalizado, com a participação exclusiva de agentes privados que visam diminuir a concorrência entre os licitantes, diferentemente da corrupção, que ocorre de forma vertical, sempre envolvendo pelo menos um agente público que busca alcançar benefícios próprios na contratação fraudulenta.

2. O cartel como uma grave lesão a concorrência e aos serviços públicos

2.1 O cartel

O pacto de não concorrência, conhecido como cartel, é um acordo em que as empresas dividem o mercado ou estabelecem o preço de determinados produtos, sem que possa incidir as variáveis individuais de cada empresa. Esse pacto objetiva aumentar os lucros, elevando os preços ao consumidor de forma artificial, resultando lucros que apenas seriam alcançados em casos de monopólio.

Segundo Leopoldino Fonseca (2017, p. 292) o sentido etimológico da palavra Cartel possibilita o entendimento do seu significado, pois a palavra originou-se do latim “*co-ludere*”, que significa “jogar com” ou “jogar junto”. Ao “jogar junto”, os

participantes da licitação objetivam eliminar a concorrência e a competição e atuam como se fossem uma só empresa.

A lei nº 12.529/2011, conhecida como lei de defesa da concorrência, em seu artigo 36, §3º, inciso I, esclarece que o cartel não ocorre apenas com o ajuste de preços, mas também, com a limitação da quantidade de produção ou comercialização de bens e serviços, com a ordenação do mercado em segmentos, fazendo a divisão em clientes, regiões ou temporada. Ao agirem dessa forma, reduzindo a concorrência, esses agentes econômicos manipulam o mercado e alcançam vantagens ilícitas.

A atuação do cartel e as suas estratégias são diversificadas, mas, em geral conduzem o procedimento da licitação para que o vencedor seja um dos membros do conluio, para que depois, possa ocorrer a divisão do lucro auferido com essa colusão.

Não obstante existirem variadas formas de colusão manifestada pelos cartéis, algumas se destacam por serem mais usuais e segundo as diretrizes para o combate aos cartéis em contratações públicas da organização para cooperação e desenvolvimento econômico (OCDE)³ são elas:

a) Propostas Fictícias: São utilizadas para desvirtuar um ambiente de concorrência. Os participantes combinam antecipadamente ofertarem propostas de valores mais elevados do que as do licitante selecionado para ser o vencedor do concurso, ou propostas com algum vício onde já se sabe que serão excluídas do certame.

b) Supressão de Propostas: os concorrentes da licitação desistem de suas propostas, retirando-as sem nenhum motivo verdadeiro, apenas pelo próprio conluio, para que o escolhido a vencer previamente possa ganhar a licitação.

c) Propostas Rotativas ou Rodízio: os membros do cartel estabelecem quem será o vencedor da licitação de forma rotativa, como se fosse, uma vez de cada ser o vencedor.

d) Divisão de Mercado: Normalmente ocorre por regiões, ou setores de atuação, onde os concorrentes estabelecem que, em determinada região tais empresas não poderão apresentar suas

³ Disponível em: <http://www.comprasnet.gov.br/banner/seguro/diretrizes-ocde.pdf> < Acesso em: 04 de outubro de 2018 >

propostas, conseqüentemente, cada empresa acaba dominando alguma região.

Essas formas de cartel, não precisam necessariamente serem usadas individualmente, é muito comum que sejam empregadas em conjunto, utilizando mais de uma forma em cada atuação do cartel, como por exemplo, aplicar o esquema de propostas fictícias interligado ao esquema de propostas rotativas.

Como apontado, o cartel pode apresentar-se de diversas formas, causando prejuízos econômicos da mesma maneira, mas algo que é inerente a todas as formas de cartel é a sua atuação velada, em segredo, pois quem pratica tem por objetivo aparentar estar concorrendo. Dessa forma, depara-se com o sigilo como peça fundamental para que o cartel alcance seus objetivos, acarretando, conseqüentemente, dificuldade às autoridades para obterem conhecimento desse ilícito e assim poderem desconstituí-los.

2.2 Lesão ao princípio da concorrência

A livre concorrência é um princípio constitucional decorrente do princípio da liberdade de iniciativa, que tem por objetivo a competição entre os agentes econômicos e a autonomia de escolha dos consumidores para que possam obter serviços e produtos de qualidade e com preços moderados.

Conforme afirma Victor Aguiar (2018, p. 29):

A consagração da livre concorrência como princípio constitucional expressa a crença advinda da teoria econômica neoclássica, aparentemente adotada pelo constituinte originário, de que, em geral, quanto maior a competição, menores tendem a ser os preços e maiores são os incentivos à redução de custos, à melhoria da qualidade e à inovação tecnológica.

Tal princípio pressupõe que, esses agentes econômicos ao exercerem o seu direito à livre iniciativa tenham o dever de não assumirem posturas anticoncorrenciais. Pois todos os agentes que atuam no mercado possuem um direito subjetivo à livre concorrência, logo, todos devem colaborar para que ela ocorra de forma satisfativa.

No âmbito das licitações públicas esse princípio é fundamental, pois ao possibilitar uma competição maior entre os licitantes, estará propiciando uma expansão das propostas dos serviços e produtos passíveis de serem adquiridos pela Administração Pública, de forma que, esses agentes econômicos, sintam-se incentivados a melhorarem suas propostas e a aperfeiçoarem os seus produtos.

Conforme interpretação do artigo 3º da lei nº 8.666/1993, os objetivos da licitação são os de escolher a proposta mais vantajosa para a Administração Pública e promover o desenvolvimento nacional sustentável, seguindo o princípio da isonomia e os demais princípios constitucionais e infraconstitucionais da legislação licitatória.

Assim, a regulamentação do procedimento licitatório busca atingir a eficiência econômica alocativa como um dos seus princípios basilares, uma vez que o objetivo inicial é alcançar a contratação mais vantajosa. Portanto, a eficiência econômica alocativa deve ser o primeiro objetivo a ser perseguido pela legislação licitatória.

Nesse aspecto, é possível verificar a relação direta do processo licitatório genuinamente competitivo, com o princípio da eficiência, uma vez que, a concorrência no procedimento licitatório é essencial para assegurar que todos os licitantes possam participar de forma isonômica e conseqüentemente atingir o interesse público.

De outro modo, quando ocorre uma restrição a concorrência, pela formação de cartéis, o resultado é a escolha de serviços ou produtos com preços imoderados ou com qualidades técnicas inferiores ao que poderia ser alcançado em uma esfera concorrencial. Isso tudo acarreta um desperdício de dinheiro público, que acaba arcando com o pagamento de bens ou serviços de pouca qualidade sem satisfazer as necessidades dos administrados.

Em um cenário de concorrência imperfeita, há a possibilidade de um agente econômico aumentar os preços arbitrariamente e unilateralmente, acarretando uma alocação indevida de recursos públicos.

Segundo Victor Aguiar (2018 p. 35), utilizando termos da teoria econômica, quando ocorre uma destinação inadequada de recursos por consequência da privação a concorrência, ocorre a chamada "ineficiência alocativa e caracteriza-se pela perda do bem-estar total da comunidade", no caso das licitações públicas, a perda do bem-estar ocorre para os administrados. Existem também outras consequências da privação da concorrência, que são os desincentivos aos agentes econômicos a melhorarem seus produtos, reduzirem gastos desnecessários na produção, a fim de superar os outros concorrentes, essa consequência da ausência de competição é chamada de "ineficiência produtiva" nos termos da teoria econômica.

Em uma circunstância de ausência de competição no mercado permite-se a manutenção de empresas menos eficientes, pois eliminaria a ordem de "seleção natural" das empresas mais eficientes, consequência da competitividade entre elas.

Outro aspecto importante é que, com um cenário de concorrência efetiva no procedimento licitatório, estaria possibilitando um aumento no número de licitantes concorrentes, e conseqüentemente, teríamos não apenas a redução dos preços, mas também, um obstáculo para a formação de um cartel, pois quanto mais agentes estiverem envolvidos na contratação, mais difícil será organizar e pôr em prática esse conluio.

Além disso, Victor Aguiar (2018, p. 39) afirma que:

Adicionalmente, segundo os pesquisadores Antonio Estache e Atsushi Imi, do banco Mundial, fortalecer a concorrência na contratação pública contribui, especialmente em países em desenvolvimento, para a boa governança e para o aprimoramento do ambiente de negócio, haja vista que uma quantidade significativa de recursos em tais países usualmente são desperdiçados em práticas ilícitas, como subornos. Daí a importância de fortalecer um sistema licitatório aberto, transparente, não discriminatório e menos suscetível a corrupção e colusão.

Como a concorrência aumenta a efetividade e o bem-estar social, seja por proporcionar um direcionamento eficiente dos recursos públicos, seja por estimular às inovações tecnológicas, os benefícios não são direcionados a indivíduos específicos, e sim, apoderados por toda a coletividade, que poderá usufruir de melhores serviços públicos.

Victor Aguiar (2018, p. 40) aduz que, a concorrência tem aspecto instrumental, pois através dela é que ocorre a possibilidade de o Poder Público realizar uma contratação mais benéfica, tendo em vista o melhor custo-benefício nos produtos e serviços contratados.

Desta forma, podemos concluir que a concorrência nas licitações públicas é fundamental para atingir o interesse público, dando efetividade aos princípios gerais e alcançando contratações com os melhores preços, assim como, de modo contrário, ocorrendo a violação a tal princípio, resultará prejuízos a todos os administrados.

2.3 Os prejuízos causados pelos cartéis em contratações públicas

O cartel, ao restringir a concorrência, traz prejuízos gigantescos a todo o mercado, acarretando o aumento dos preços e a redução da qualidade dos produtos e serviços, porém, os cartéis em licitações públicas são mais prejudiciais ainda, pois eles impedem que a Administração Pública contrate serviços e adquira produtos com menores preços e nesses casos, são os cofres públicos que arcam com o sobrepreço,

o que acarreta a redução dos serviços prestados ou a diminuição da qualidade dos mesmos.

O conluio não acarreta apenas prejuízos na qualidade dos serviços prestados pela administração, mas também uma ineficiência na aplicação dos recursos públicos, violando outros princípios norteadores que buscam assegurar a probidade da Administração Pública. Em razão disso, os cartéis refletem a mais grave infração à ordem econômica.

Os resultados de estudos sobre os prejuízos causados pelos cartéis, mostram que eles trazem um sobrepreço variável de 8 a 53 % sobre os bens ou serviços adquiridos, segundo aponta Victor Aguiar (2018, p. 9). Logo, os cartéis em licitações públicas, ocasionam a dissipação do dinheiro público, tendo em vista que, a Administração estaria pagando mais caro por um produto ou serviço e em contrapartida recebendo os mesmos com pouca qualidade, o que causa prejuízos a todos os administrados.

Todos esses dispêndios indevidos são pagos pela população, que é a origem da maior parte das receitas públicas. Segundo Marco Aurélio Ceccato (2018, p.18) podemos afirmar que são os contribuintes brasileiros que arcam com o lucro indevido de algumas empresas que participam do cartel em licitação pública, ainda mais, diante do aumento da atividade contratual do Estado nos últimos anos, acarretando total desperdício das receitas públicas.

Importante diferenciar que, os cartéis em licitações públicas acarretam um prejuízo direto ao erário e indireto a todos os contribuintes, enquanto que os cartéis que não atuam em contratações públicas, mas sim no mercado privado, acarretam prejuízos diretos, lesando apenas o comprador imediato, não ocasionando a repartição dos prejuízos à toda sociedade.

Marco Aurélio Ceccato (2018, p. 18) destaca ainda:

O cenário é ainda mais preocupante quando cartéis operam nas contratações de grandes obras de infraestrutura pública, segmento que naturalmente demanda o dispêndio de cifras vultosas pelo Estado brasileiro. Em um modelo jurídico e econômico ideal, em vez de existirem sobrepreços artificiais incorporados pelos membros de um cartel, esses recursos públicos desviados deveriam ser aproveitados em avanços na (ainda precária) infraestrutura brasileira ou, então em outras prestações administrativas. Possivelmente, esse é um dos principais motivos pelos quais se verifica uma crescente preocupação do nosso legislador em fortalecer a repressão aos cartéis em contratações públicas.

Além desses prejuízos econômicos, o cartel também acarreta desestímulos às inovações tecnológicas, considerando que, se uma empresa domina o mercado em

determinado setor, não há razão para que outras busquem inovar os seus produtos, muito menos essa que já o domina, pois é sabido que os consumidores não terão escolha e terminarão adquirindo seus produtos.

Não bastassem tais prejuízos, Ceccato (2018, p. 19) também aponta que, os cartéis em licitações públicas, acarretam um “efeito desmoralizante da atividade administrativa”, uma vez que, reduzem a confiança dos administrados no processo licitatório, bem como, nos próprios agentes públicos, pois o ilícito do cartel acaba sendo confundido com o ilícito da corrupção, e pessoas desconhecedoras da lei, relacionam um com o outro e associam os agentes como corruptos, sendo que na maioria das vezes, eles não contribuíram para que o ilícito do cartel ocorresse.

Afora os prejuízos supramencionados, o Conselheiro Relator Fernando de Magalhães Furlan em seu voto proferido no processo nº 08012.009888/2003-70⁴ destaca ainda que:

Quando competidores entram em contato para minimizar o nível de disputa entre si, já há aí um prejuízo à sociedade. Nesta situação, a atividade econômica passa a ser orientada não pelas demandas do cliente e sim pelas demandas dos parceiros no acordo espúrio. Um fundamento básico no sistema capitalista é confiança no setor privado para a produção de bens e serviços. E essa confiança sustenta-se, basicamente, na ideia de que qualquer tentativa de abuso por parte de um empresário implicaria perda de clientes e negócios para seu competidor. Quando os empresários se unem para combinar preços e condições de mercado, tem-se a perda de mecanismo básico que assegura a eficácia do nosso sistema econômico. Nestas linhas, concluo que a realização de contatos com intuito de arrefecer ou afastar a competição do mercado já aduz, em si, um prejuízo à concorrência punível nos termos da lei. Uma vez provada a existência de tais contatos ilícitos, não há como se alegar a ausência de efeitos danosos.

Veja-se que a simples tentativa de afastar a competição do mercado, já acarreta prejuízos que serão absorvidos pela sociedade e configuram ilícitos passíveis de punição nos termos da lei.

Conclui-se que, portanto, o cartel em licitação pública acarreta diversos prejuízos, entre eles, os prejuízos econômicos à Administração, que provocam danos à toda sociedade, pois esta não poderá utilizar-se de serviços públicos de qualidade, assim como, prejuízos de desincentivos às inovações tecnológicas, que em um cenário de competição genuína teriam incentivos para ocorrerem, então essa mesma sociedade restará prejudicada pela falta de produtos inovadores, naturalmente mais eficientes e pela falta de serviços públicos prestados ou pela sua péssima qualidade.

⁴ Disponível em: <<https://sei.cade.gov.br>> Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70 pg.7129 Acesso em: 02 de outubro de 2018.

Desse modo, o estudo sobre as fragilidades do procedimento licitatório que facilitam a cartelização e sobre o combate aos cartéis mostra-se imprescindível, e serão abordados nos próximos capítulos.

CAPÍTULO 2 - FRAGILIDADES DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO QUE FACILITAM A CARTELIZAÇÃO

1.1 Aspectos iniciais

Nas contratações públicas, mesmo seguindo todas as regras do procedimento licitatório, ainda é possível a ocorrência de conluíus objetivando fraudá-los, pois a lei regente do processo licitatório, em diversos aspectos, como será apresentado, é vulnerável à cartelização, o que colabora para que essa prática ilícita ocorra. Existem diversos elementos que possibilitam que uma contratação pública seja suscetível à cartelização e o estudo desses elementos torna-se de extrema relevância para a compreensão de como atuam esses cartéis em contratações públicas e qual a forma de combate-los.

O Estado deve perseguir o interesse público, evitando desperdícios de recursos públicos e desempenhando a sua função de garantir a ordem concorrencial e a moralidade administrativa, e isso ocorre quando assegura-se a concorrência no procedimento licitatório e a sua integridade, bem como quando cria-se normas licitatórias que por si só, não acarretam dificuldades concorrenciais, ou que facilitem a prática de condutas anticoncorrenciais.

Atualmente, a defesa da concorrência encontra-se presente no direito antitruste (conhecido também como direito de defesa da concorrência), que atua especificamente de forma repressiva, ou seja, posterior a prática do ilícito, não se preocupando em atuar de forma preventiva, assim como, o direito administrativo das licitações que também aparenta não se preocupar com a repressão preventiva dos ilícitos anticompetitivos.

Conforme idealiza Victor Aguiar (2018, p.119) o direito administrativo brasileiro deveria empenhar-se também, através de suas normas, a corrigir as falhas existentes que possibilitam a cartelização, dividindo então, com o direito antitruste essa batalha contra os cartéis, atuando também de forma preventiva e não apenas de forma repressiva, como atualmente.

Ademais, a função de impedir a ocorrência de práticas anticompetitivas não deve restringir-se ao direito antitruste, pois o direito administrativo das licitações demonstra significativa capacidade de atuar no combate aos cartéis, devendo isso ser regulamentado através de normas que não produzam incentivos e facilidades

indevidas para a ocorrência de restrições à concorrência no procedimento das licitações.

Além disso, a atual legislação licitatória possui diversas brechas que causam incentivos a cartelização, criando situações que contribuem para que o cartel resolva o seu problema de instabilidade. De igual maneira, ao legislar de forma a criar circunstâncias que inviabilizem, ou tornem os possíveis conluíus menos estáveis, estar-se-ia atuando de forma a prevenir a formação de cartéis.

Nesse sentido, será apresentado neste capítulo as fragilidades do procedimento licitatório que propiciam o fenômeno da cartelização das empresas. O exame descritivo dos problemas dividir-se-á em seis subtópicos, quais sejam: a) Forma das Licitações, b) Impedimentos à entrada de participantes nas licitações públicas, c) Procedimento licitatório tradicional sem inversão das fases, d) Publicidade de informações, e) Participação de consórcios em licitação e, f) Subcontratações em licitações públicas, tais fragilidades devem ser compreendidas como condições que elevam as possibilidades de cartelização.

2. Forma das Licitações

No momento de realizar uma licitação, utiliza-se diversas modalidades licitatórias, como por exemplo, concorrência, tomada de preços, pregão eletrônico, leilão, entre outras. Mas algo que é inerente a todas as modalidades é a forma de desenvolver-se através de leilões, como leilões abertos e leilões selados de primeiro preço (leilão fechado), que não podem ser confundidos com a própria modalidade leilão.

Conforme as ciências econômicas, como bem explica Victor Aguiar (2018, p. 122), as licitações são como leilões inversos, pois a Administração Pública estabelece o objeto que deseja adquirir, as condições que se sujeita e receberá as propostas dos licitantes, fornecedores do objeto demandado, devendo escolher aquela mais vantajosa. Trata-se de leilão inverso, pois difere do leilão tradicional no aspecto de que a Administração Pública não está oferecendo um produto a ser negociado, mas sim, recebendo ofertas do mercado para fornecer bens ou serviços por ela requisitado.

Também é leilão inverso, pois deverá ser o vencedor o lance com o menor preço e não o de maior preço como os leilões tradicionais, pois como dito, a administração não está vendendo, e sim, adquirindo bens e serviços, por esse motivo,

o objetivo desse tipo de licitação é encontrar a proposta mais vantajosa, qual seja, a de menor preço.

Os tipos de leilões mais utilizados nas licitações públicas são os tipos de leilão selado de primeiro preço, que significa que as propostas são feitas em envelopes fechados, onde cada participante oferta o preço que estará disposto a receber ao fornecer bens ou serviços, sendo vitorioso o de melhor preço, revelando-se apenas ao final, qual foi o licitante vencedor. Já o outro tipo mais comum, é o leilão aberto, também conhecido como leilão inglês, onde os preços são ofertados abertamente, de forma ascendente, onde todos tomam o conhecimento de quem é que está fazendo os lances, sendo o vencedor aquele que ofertar o maior lance, porém, no caso das licitações públicas, como dito anteriormente, por tratar-se de um leilão reverso, o vencedor será aquele que aceitar o pagamento do menor preço pelo produto ou serviço prestado.

De acordo com o olhar crítico de Victor Aguiar (2018, p. 124), comparando as diversas formas e modelos de leilões nas licitações públicas nacionais com as existentes no direito comparado, observa-se que no direito brasileiro existem limitadas formas de leilões, o que acarreta uma inflexibilidade para adaptar as espécies de leilões ao objetivo almejado, pois dependendo desse objetivo cada modelo licitatório pode trazer resultados mais ou menos efetivos que o outro.

Nesse sentido, observa-se que a depender do formato de leilões utilizado nas licitações públicas poder-se-á facilitar ou prevenir a formação de cartéis. É sabido que um dos problemas enfrentados pelos membros de um cartel para forma-lo e sustentá-lo está na dificuldade de fiscalização quanto ao cumprimento do pacto estabelecido, pois em um cartel a possibilidade de traição entres os seus membros é continua tendo em vista a possibilidade de auferir um maior lucro quando do surgimento de oportunidade de traição por parte de algum membro do cartel. Desse modo, qualquer forma de controlar a atitude dos membros do cartel, que possibilite uma represália imediata a qualquer possível traição, estará colaborando para a estabilidade do cartel.

Como ressalta Victor Aguiar (2018, p. 125):

A teoria dos leilões aponta que os leilões dinâmicos, de lances sequencias, aumentam a probabilidade de colusão, justamente porque permitem a fiscalização do comportamento dos participantes do acordo ilícito e, na hipótese de traição, a imediata retaliação. Assim, em um leilão dinâmico, não existe nenhuma possibilidade que o cartel seja traído por um membro menos eficiente, haja vista que o participante mais eficiente sempre poderá imediatamente retaliar e acompanhar a proposta menos eficiente, vencendo a disputa.

Portanto, quando se utiliza leilões abertos e sequenciais, acabam por aumentar as chances de estabilização dos cartéis, pois os membros, através da publicidade dos lances, podem acompanhar e fiscalizar se o pacto entre eles está sendo cumprido, caso contrário, poderá ser aplicada alguma retaliação entre eles. Diferentemente do leilão fechado, que caso ocorra a traição entre os membros do cartel só será descoberto quando todas as propostas forem abertas, não havendo mais a possibilidade de retaliação, dessa forma, se algum membro resolver auferir um maior lucro do que receberia com o sucesso do cartel, poderá ele optar por descumprir o pacto, que apenas será relevado ao final, quando já estiver finalizado a etapa de propostas.

Todas essas consequências do leilão aberto, são apontadas nas diretrizes para combater o conluio em contratações públicas da OCDE⁵ como algo a ser evitado, veja:

Deve-se limitar tanto quanto possível a comunicação entre os concorrentes durante o processo de contratação (licitação ou concurso). As propostas abertas permitem a comunicação e a transmissão de informações e sinais entre os concorrentes. A exigência de apresentação pessoal das propostas permite que as empresas comuniquem entre si e concluam acordos de última hora. Estas situações podem ser evitadas, por exemplo, mediante a apresentação de propostas eletrônicas (2009, p.9).

Desse modo, o leilão aberto pode ser considerado um facilitador para a formação e estabilização dos cartéis, e isso já foi ressaltado pelo CADE em um voto proferido no processo administrativo nº08012.000030/2011-50, onde foi considerada a modalidade pregão, que utiliza o leilão aberto na segunda fase do seu procedimento, como um fator que facilita a cartelização.

3. Impedimentos à entrada de participantes nas licitações públicas

Possibilitar a entrada de um maior número de licitantes deve ser um dos objetivos de todos os procedimentos licitatórios, pois quanto mais participantes existirem, maiores serão as chances da Administração Pública conseguir um bom preço nos bens ou serviços adquiridos, de modo consequente, um maior número de participantes também acarreta certa instabilidade à formação dos cartéis, pois os custos para a formação desse cartel será muito maior, bem como, as chances de

⁵ Disponível em: <http://www.comprasnet.gov.br/banner/seguro/diretrizes-ocde.pdf> Acesso em: 10 de outubro de 2018.

traição entre eles também aumenta proporcionalmente ao número de participantes do conluio.

Desse modo, todo o procedimento licitatório que possibilitar a entrada de um maior número de participantes concorrentes, estará acarretando dificuldades para a formação de cartéis, de outro modo, quando um procedimento ou um edital licitatório cria restrições à entrada de participantes, estará colaborando para a formação de cartéis, acarretando facilidades, pois com um número reduzido de participantes, o sucesso do conluio se torna ainda mais viável.

A lei geral de licitações nº 8.666/1993, estabelece algumas exigências que acabam acarretando dificuldades para que alguns concorrentes participem das licitações, o que gera como dito anteriormente, um ambiente propício para a formação de cartéis, justamente por limitarem o número de concorrentes. Alguns casos são por exemplo, a exigência de experiência, comprovando aptidão técnica de toda a equipe que será responsável pelo objeto da licitação, devendo ser comprovado com certidões atestando que a referida empresa já desempenhou atividade semelhante, conforme o artigo 30, II e § 3º da lei, isso naturalmente exclui muitas empresas que não possuem esse requisito, limitando o número de participantes.

Outro fator que reduz o número de participantes são os procedimentos presenciais, que dificultam a participação de empresas localizadas em outras regiões, fazendo com que apenas as empresas locais participem, o que na maioria das vezes pode significar um número reduzido de participantes, pois nem todas as regiões possuem um grande número de empresas com especialidades específicas do objeto da licitação, acarretando que apenas um número reduzido de empresas locais estarão competindo pela licitação.

Outro aspecto apontado pelas diretrizes para combater o conluio em contratações públicas da OCDE, é que se deve evitar restrições supérfluas que acarretem a redução do número de concorrentes, devendo apenas estabelecer requisitos mínimos proporcionais à dimensão do contrato não impondo obstáculos que impeçam à participação no processo licitatório.

Tais diretrizes citam ainda que:

Não esquecer que a exigência de garantias monetárias elevadas como condição para concorrer pode impedir que os pequenos concorrentes, que de outra forma estariam qualificados, apresentem propostas. Se possível, deve garantir-se que os valores sejam impostos a um nível que permita atingir o objetivo pelo qual se exige a garantia (2009, p.7).

Diante disso, verifica-se que algumas exigências inoportunas referentes às garantias excessivas por parte da Administração Pública, bem como, aplicação demasiadamente formal das regras burocráticas em relação aos documentos e a apresentação de propostas, muitas vezes acarretam a desclassificação injusta de alguns concorrentes, podendo dessa forma, também serem consideradas como empecilhos à entrada de participantes e conseqüentemente facilitadores da formação de cartéis.

Nesse sentido, Victor Aguiar (2018, p.135) ressalta que:

Episódios da Lava Jato revelam que, de fato, requisitos de habilitação e participação nos certames já foram manejados, ao menos conforme o apurado em acordos de leniência, a fim de se constituírem em verdadeiras barreiras à entrada. Por exemplo, na versão pública do histórico de conduta do acordo de leniência celebrado pelo Cade acerca de suposto cartel na licitação para obras de urbanização do Complexo do Alemão, do Complexo de Mangueiras e da Comunidade da Rocinha, narra-se que as empresas alegadamente envolvidas se coordenaram para influenciar a elaboração de um edital que restringisse a habilitação de concorrentes não participantes do conluio e, portanto, favorecesse a habilitação apenas dos consórcios em conluio.

Dessa forma, o ideal é que somente seja exigido requisitos mínimos de competência técnica e condição econômica suficientes para garantir a execução das obrigações assumidas, conforme está previsto no artigo 37, XXI, da Constituição Federal, pois caso contrário, ao exigir-se requisitos demasiadamente complexos, a Administração estará criando inoportunas barreiras à entrada de participantes e favorecendo a prática de conluios.

4. Procedimento licitatório tradicional sem inversão das fases

O procedimento clássico das licitações, previsto na lei nº 8.666/1993, é composto pelas seguintes fases, primeiro analisa-se os documentos de habilitação, onde é aferido a idoneidade da empresa, as suas aptidões técnicas e econômicas para assumir compromisso com a Administração Pública, depois é que se realiza a classificação e julgamento das propostas feitas pelos licitantes.

Esse procedimento, mostrou-se ao longo do tempo um tanto quanto ineficiente, pois ao realizar-se a fase inicial de habilitação, os concorrentes interpunham recursos contra a habilitação dos outros, a fim de eliminá-los, e despendiam-se muito tempo e dinheiro por parte dos concorrentes para fazer as defesas, bem como da própria Administração Pública que deveria fazer a análise dos recursos. Isso acarretava a

exclusão de empresas pequenas que não poderiam arcar com os custos de sua defesa, ainda mais diante da incerteza de obter êxito na licitação.

E como bem explica Marco Aurélio Ceccato (2018, p.111):

Afora a evidente disfunção burocrática causada por esse procedimento, essa sequência clássica de fases favorece o surgimento e a atuação de cartéis nas contratações públicas porque, desde a apresentação dos documentos de habilitação até a efetiva adjudicação do objeto, há um amplo espaço de tempo (por vezes até meses) no qual os licitantes podem chegar a um acordo colusivo sobre o resultado da licitação, valendo-se, para tanto, de recursos de desistências oportunistas, por exemplo.

Além disso, com a fase de habilitação anterior a fase das propostas, possibilita o conhecimento da identidade dos licitantes, o que facilita uma aproximação entre eles e com a longa duração de todo o procedimento, um possível acordo colusivo.

Isso tudo é apontado pela OCDE em suas diretrizes para o combate ao conluio em contratações públicas como situações a serem evitadas, como mostra o trecho a seguir:

Na medida do possível, qualificar os concorrentes durante o processo de contratação pública, de forma a evitar grupos pré-qualificados e aumentar a incerteza entre as empresas quanto ao número e identidade dos concorrentes. Deve também ser evitado um longo período de tempo entre a qualificação dos concorrentes e a adjudicação, que pode facilitar o conluio (2009, p.7).

Porém, com a criação da modalidade licitatória pregão, introduziu-se a inversão de fases, onde primeiramente analisa-se as propostas e após selecionar as melhores é que será feita a análise dos documentos de habilitação. Com essa inversão de fases, a modalidade pregão consegue reduzir as chances de formação de um cartel, justamente por trazer maior celeridade ao procedimento e por revelar a identidade dos concorrentes apenas na segunda fase.

Essa tendência de inversão de fases está progredindo em nosso ordenamento, e diversas novas leis que tratam sobre licitações já estão aderindo a isso, como por exemplo, a lei que instituiu o Regime Diferenciado de Contratação, lei nº 11.079/2004 e a lei das estatais nº 13.303/2016. Entretanto, na lei geral de licitações, nas modalidades tradicionais como a concorrência, ainda é aplicado o sistema clássico de fases, sendo o sistema de inversão de fases ainda restrito a modalidade pregão.

Nesse sentido, Victor Aguiar (2018, p.141) afirma que:

Deixar a fase de habilitação para o final do procedimento favorece maior entrada e participação de competidores, o que tende a provocar incremento na concorrência, bem como racionalização dos recursos administrativos na condução da licitação, devendo essa opção ser expandida como uma regra geral para todas as espécies licitatórias.

Desse modo, todos os elementos já apontados, como a possibilidade de impugnar as propostas dos candidatos, a exposição da identidade dos mesmos, os custos com a defesa nos casos de impugnação de habilitação, configuram fatores negativos do sistema clássico de fases, podendo ele ser considerado um facilitador à cartelização, e ao mesmo tempo, o sistema de inversão de fases pode ser considerado um mecanismo que contribui para uma maior competição, diminuindo as chances de formação de um cartel.

5. Publicidade de informações

Seguindo as regras e princípios da Administração Pública e da lei de licitações, a publicidade de todos os atos é tratada como uma forma de garantir a licitude das atividades administrativas e o interesse público. Assegurando uma igualdade entre os interessados, já que todos terão acesso às informações, e uma forma de controle de legalidade por parte da população, dos atos administrativos.

Ocorre que no procedimento licitatório, um excesso de publicidade pode cooperar para a formação de cartéis, pois por exemplo, no caso onde a habilitação ocorre antes da fase das propostas, deixando público quem são os interessados em concorrer por aquela licitação, possibilita uma eventual aproximação entre eles caso exista um interesse na formação de um conluio. Outro exemplo, é a imediata revelação do valor das propostas recebidas, possibilitando o monitoramento pelos membros do cartel das atitudes dos participantes.

Como bem ressalta Victor Aguiar (2018, p. 173), um procedimento licitatório mais obscuro, com menos divulgações de dados relacionados ao andamento do procedimento, acarretaria instabilidade aos cartéis, pois quanto menos informações eles possuírem, naturalmente será mais difícil obterem sucesso no conluio. Entretanto, a falta de transparência violaria o princípio constitucional da publicidade, bem como, provavelmente aumentaria a probabilidade de corrupção.

Diante disso, encontra-se um paradoxo, pois com a transparência das licitações públicas aumentam a possibilidade de formação de um cartel, haja vista que permite o reconhecimento dos concorrentes da licitação, bem como quando já formado o conluio, permite a identificação de traição entre os membros do cartel. De outro lado, ao restringir a publicidade estar-se-á facilitando eventuais casos de corrupção.

Visto que, no mundo atual onde as possibilidades de corrupção são reais e habituais, ao diminuir a publicidade teríamos um cenário ineficaz de combate aos cartéis, bem como estaria possibilitando o aumento da corrupção dos agentes públicos, que possuindo informação sigilosas sobre o procedimento licitatório, sujeitar-se-iam a trocas de influência com os cartelistas.

A OCDE já se mostrou preocupada com isso e sugere algumas mudanças:

Os requisitos de transparência são indispensáveis para um processo correto, que contribua no combate a corrupção. Estes requisitos devem ser respeitados de uma forma equilibrada, a fim de não facilitar o conluio com a disseminação de informações para além dos requisitos legais.

Considerar cuidadosamente que tipo de informação deve ser disponibilizado aos concorrentes no momento do ato ou sessão pública de abertura das propostas.

Ao publicar os resultados da contratação, deve ser ponderado o tipo de informação que deve ser publicado, evitando expor informações que são sensíveis para efeitos de concorrência, o que pode facilitar a formação de esquemas de conluio no futuro (2009, p. 9).

Portanto, a aplicação de uma forma ou de outra acaba por trazer prejuízos das duas maneiras, não existindo uma escolha absolutamente mais correta que a outra, sendo necessário fazer ponderações de como fazer cumprir o princípio da publicidade acarretando o mínimo de dano possível.

6. Participação de consórcios em licitação

No ordenamento jurídico brasileiro, dentre as regras licitatórias, existe a possibilidade de que empresas se agrupem, sem personalidade jurídica própria, para executarem certa prestação de serviço, por meio da união de suas forças, é o que podemos denominar de consórcios públicos.

Victor Aguiar (2018, p. 145) ensina que o objetivo do legislador com os consórcios públicos é buscar aumentar a competitividade no concurso, veja:

O consórcio pode ser instrumento hábil a incrementar o leque de possíveis concorrentes em cenários em que a complexidade do objeto licitado ou as circunstâncias do mercado acarretem que apenas um número reduzido de empresas tenha condições ou interesse de, isoladamente concorrer pelo contrato.

A possibilidade de associação entre empresas, mesmo que de forma transitória, para a propositura de propostas em um procedimento licitatório, permite que tais empresas, mesmo que sejam pequenas, ao unir as suas forças uma com a outra, possam participar e assumir responsabilidades como se fossem empresas de grande porte.

Nesse cenário, empresas pequenas que na maioria dos casos não teriam chances de competir por uma licitação mais vultuosa, acabam tendo a possibilidade de participar e colaborar, unindo a capacidade técnica de cada uma, bem como os recursos financeiros, alcançando patamares de agentes econômicos de maior porte, permitindo a divisão dos custos, dos riscos, dos recursos humanos e técnicos, acarretando um aumento na eficiência, possibilitando um cenário concorrencial que traz benefícios à toda sociedade.

No entanto, diante de algumas benesses que essa possibilidade acarreta, existem também discussões acerca de resultados nocivos da participação de consórcios em licitações públicas, pois o objetivo subjetivo da criação de alguns consórcios pode ser corrompido e ao invés de aumentar a concorrência, pode reduzi-la através de um acordo.

Com os consórcios, naturalmente o número de propostas independentes é reduzido, e caso não atinja o objetivo inicial que é o aumento da concorrência, eles podem vir a servir como um instrumento para a formação de um cartel, que atuaria mascarado em forma de consórcio.

Segundo Victor Aguiar (2018, p. 151) existem estudos apontando que os efeitos negativos, anticompetitivos, muitas vezes superam o efeito positivo que a participação de consórcios pode trazer. E conforme o referido autor, alguns episódios de utilização de consórcios para fraudar o caráter competitivo foram relatados em acordos de leniência da Operação Lava Jato, envolvendo também, na maioria desses casos a corrupção de agentes públicos, mas evidenciando o que foi dito acima, que permitir a participação de consórcios públicos em licitações pode mascarar a prática de um cartel.

Alguns aspectos que podem ser observados durante o procedimento, para tentar impedir que os consórcios sejam usados pelos cartéis são apontados por Victor Aguiar (2018, p. 155), como por exemplo a criação de algumas regras que permitissem que o consórcio fosse formado apenas por empresas de pequeno porte, que sozinhas não conseguiriam concorrer com as outras empresas por não possuírem capacidade econômica, bem como, não permitir o agrupamento de empresas que entre elas exista uma que já seja líder de mercado, ou que já tenha sido vencedora de outra licitação que exija o mesmo poder econômico e técnico.

Portanto, é importante destacar que a Administração Pública enfrenta um desafio em regular a possibilidade de consórcios em licitação pública, tendo em vista

a fomentação pela concorrência e ao mesmo tempo tentar proteger-se dos cartéis. Evitar de toda forma os consórcios estaria limitando a concorrência, o que já foi apontado como algo prejudicial, mas por outro lado, também deve-se considerar a restrição a concorrência que pode derivar da má utilização dos consórcios, como forma de camuflar a formação de um cartel.

7. Subcontratações em licitações públicas

A lei nº 8.666/1993 que rege o procedimento licitatório possibilita que o vencedor da licitação, durante a execução do contrato, subcontrate outras empresas para realizar serviços ou fornecimento de produtos, sem prejuízo da responsabilidade contratual inicial. Essa prestação de serviço executada de forma parcial por um terceiro, que não foi contratado diretamente pela administração pública, não acarreta riscos diretos no tocante a qualidade do serviço a ser prestado, pois a responsabilidade ainda recai sobre o contratado inicial, que responde por toda a execução do contrato.

Esse procedimento possibilita a participação de pequenas empresas em grandes contratações, pois a responsável geral será uma empresa de grande porte, que prestará caução à Administração Pública e esta, está autorizada a subcontratar outras empresas que podem ser de pequeno e médio porte que sejam especializadas em alguma técnica, diante disso, ocorre um fomento ao desenvolvimento de pequenas e médias empresas, bem como, uma maior eficiência na execução do contrato.

No entanto, assim como ocorre nos consórcios públicos, as subcontratações também são uma forma de mascarar um cartel, servindo como um instrumento de estabilidade e de divisão dos lucros para o conluio.

Victor Aguiar (2018, p.160) explica:

Esquemas de conluio necessitam para a sua sustentação de mecanismos de partilha dos lucros entre os envolvidos. Ocorre que, se realizados repasses financeiros laterais para a divisão de ganhos, as empresas envolvidas incorrerão em maior risco de serem descobertas, uma vez que as transferências de quantias possivelmente deixarão rastros que podem ser seguidos em uma investigação. Já por meio de uma subcontratação, as empresas em conluio eventualmente conseguem, após definir entre elas qual seria a mais eficiente no cumprimento do contrato, escamotear o repasse dos lucros de monopólio por meio de capa de legalidade jurídica, despertando menos atenção das autoridades fiscalizadoras.

Nesse contexto, as subcontratações possuem efeitos negativos para a verdadeira competição nas licitações, tendo em vista que se tornam um facilitador para a prática do cartel, pois possibilitam que a divisão do lucro fique camuflada em forma de subcontratação.

A antiga Secretaria de Direito Econômico⁶ já destacava a subcontratação como uma forma usual utilizada pelos concorrentes para disfarçar a colusão em licitações. E Victor Aguiar (2018, p. 161) destaca que, alguns episódios da Operação Lava Jato demonstram como a subcontratação é de fato utilizada como instrumento para a consolidação dos conluíus. O referido autor cita que as empresas em conluio utilizavam duas espécies de compensação entre elas, denominadas de por “dentro” ou por “fora”, quando referia-se a expressão por “dentro” tratava justamente de que aquela empresa receberia algum benefício dentro da licitação, como uma subcontratação, diferentemente, a expressão por “fora”, significava que a empresa receberia algum benefício financeiro que não fosse através da própria licitação.

Diante disso, a subcontratação por ser utilizada como uma forma de mascarar um acordo colusivo, trazendo prejuízos para a Administração Pública, pode ser considerada como um facilitador para os cartéis, devendo ser utilizada com cautela. Em alguns casos, a sugestão é que a administração pública não admita a subcontratação pela empresa vencedora de empresas que participaram da licitação e não foram vencedoras ou que desistiram do certame, de forma a evitar o mau uso da subcontratação.

⁶ Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/cartilha_licitacao.pdf/view Acesso em: 03 de Setembro de 2018.

CAPÍTULO 3 - MECANISMOS ADMINISTRATIVOS DE COMBATE AOS CARTÉIS EM LICITAÇÕES PÚBLICAS PREVISTOS NA LEI 12.529 DE 2011

1. Amplitude da Lei de Defesa da Concorrência

O direito concorrencial no Brasil refere-se a uma série de normas e princípios que objetivam atuar como garantia no mercado interno brasileiro protegendo-o de possíveis condutas anticoncorrenciais praticadas por agentes econômicos que atuam nesse mercado, tendo por fundamento os princípios constitucionais da livre concorrência e livre iniciativa.

No Brasil, o combate aos cartéis é muito recente e foi a partir da Lei nº 8.884, de 1994 que começou a fase atual do direito concorrencial brasileiro. Antes disso, existia uma intervenção mais direta do Estado na economia formando verdadeiros monopólios legalizados, como por exemplo a indústria de petróleo e a de telefonia, bem como, o controle de preços definidos por órgãos públicos continuamente e esse cenário de imposição governamental de preços e de monopólios estatais não era compatível com uma política concorrencial e foi apenas depois de reformas institucionais trazendo um pouco de liberdade econômica que foi possível iniciar a fase de modernização do direito antitruste no Brasil⁷.

Essa lei atribuiu independência ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) como uma autarquia e distribuiu competências entre a extinta Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE) e a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE).

Desde a criação dessa lei foram feitas diversas alterações objetivando aprimora-la, às quais trouxeram recursos mais invasivos de investigação, como por exemplo a realização de buscas e apreensões e interceptações telefônicas dos suspeitos investigados pela prática de cartel, bem como, a aplicação de penalidades administrativas mais rigorosas pelo CADE.

Com a intensificação das investigações buscando desmantelar o maior número de cartéis possíveis e com a evolução da economia, surgindo diversos agentes econômicos buscando a formação de conluíus, muitos casos a serem julgados pelo CADE foram acumulando-se, bem como a insatisfação e as críticas também, diante

⁷ Francisco Schertel Mendes, **Marco Legal da Política Brasileira de Combate a Cartéis: Possibilidades de Aprimoramento**. Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em: 1 de novembro de 2018.

dessa lei que já estava um pouco defasada e que acarretava diversos problemas, como a mora no julgamento de processos e conseqüentemente a impunidade dos participantes de cartéis ou de qualquer outra infração contra a ordem econômica, surge a necessidade de atualização e adequação da lei ao novo cenário econômico com maiores demandas, por essa razão fora criada a lei nº 11.529 de 2011⁸.

A lei nº 11.529/2011 veio para reformular o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, trazendo diversos avanços para essa área, ocorrendo um fortalecimento da política de repressão a cartéis. Ela reuniu as competências de implementação da legislação antitruste em uma só autoridade, o CADE, que passou a realizar todas as incumbências de investigação, processamento e julgamento de condutas anticompetitivas, que, como dito anteriormente, eram divididas com a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE) e a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE).

O CADE é uma autarquia federal que atua como garantidora da defesa da concorrência, sendo responsável pelas investigações e pelas decisões em última instância sobre o direito concorrencial. E importa destacar a questão da extensão da sua competência, que por tratar-se de uma autarquia federal e adotar o princípio da territorialidade, conforme o artigo 2º da lei nº 12.529/2011, ele pode e deve atuar em todo o território nacional, não importando a nacionalidade do agente econômico que pratica a infração contra à ordem econômica, se os efeitos dela repercutirem na economia brasileira, terá o CADE competência para interferir.

A atuação do CADE divide-se em três funções, quais sejam, preventiva, repressiva e educacional. Na função preventiva ele analisa as operações de concentração de grandes empresas, objetivando evitar o domínio de mercado por parte desses agentes econômicos. Na função repressiva o CADE realiza o processo investigatório e de julgamento a fim de aplicar sanções administrativas aos responsáveis pelas práticas contrárias à ordem econômica. Por sua vez, a função educacional tem como objetivo informar à população em geral acerca das ações de agentes econômicos que prejudicam a livre concorrência, bem como, incentivar as pesquisas e estudos acadêmicos sobre o direito concorrencial, isso tudo através de palestras, eventos ou cursos referentes à matéria, assim como parcerias com

⁸ Julia Mendes de Carvalho
RDC, Vol. 1, nº 2, Novembro 2013, pp. 134-148

instituições de ensino e também a publicação de cartilhas e revistas institucionais como a Revista de Defesa da Concorrência. Importante destacar que o objeto da presente pesquisa se restringe ao estudo da atuação repressiva do CADE, através de mecanismos repressivos de combate aos cartéis.

Consoante Schertel Mendes (2014), a quantidade de cartéis que sofreram condenação pelo CADE desde o advento da lei nº 12.529 de 2011 aumentou significativamente, tendo em vista que um dos problemas enfrentados no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) estava na demora para julgar os processos administrativos e decretar as condenações dos infratores anticoncorrenciais, pois os processos tramitavam por três esferas, o CADE, a Secretaria de Defesa Econômica e a Secretaria de Acompanhamento Econômico, acarretando em ineficiência burocrática. Em 2010 apenas quatro processos administrativos tiveram o desfecho do seu julgamento pelo CADE resultando a condenação dos investigados, entre estes apenas um referia-se a cartel. Após iniciar a aplicação lei nº 12.529 de 2011, esse cenário mudou positivamente. Somente em 2013, o CADE julgou trinta e oito processos administrativos impondo sanções administrativas por infrações à ordem econômica, entre esses, treze casos referiam-se à cartéis e resultaram na condenação dos investigados.

Schertel Mendes (2014), ressalta ainda que a lei nº 12.529 de 2011, permitiu ao CADE aumentar a velocidade nas investigações de cartéis. Tal avanço ocorreu após a lei proporcionar um aumento das eficiências administrativas, ao delimitar as competências do CADE, pois a sobreposição de competências entre diferentes órgãos governamentais existente durante a vigência da Lei nº 8.884 de 1994, tornava os procedimentos administrativos improdutivos. A unificação de todas as atividades administrativas de combate a cartéis em um só órgão facilitou a organização institucional e a efetividade do trabalho, permitindo ao CADE antepor o julgamento de processos para imposição de sanções administrativas por infrações relacionados a investigações de cartéis e a qualquer outra infração à ordem econômica.

Ademais, a nova lei de defesa da concorrência aprimorou um importante instrumento de combate aos cartéis, qual seja, o programa de leniência. Ele possibilita que os envolvidos em um cartel façam um acordo com o CADE, confessando e comprometendo-se a cessar a conduta anticoncorrencial, como também, apresentar provas e informações que viabilizem desmantelar o cartel e em contrapartida recebem

atenuação de sua pena. Esse instrumento é considerado um dos principais mecanismos de combate aos cartéis no Brasil e no mundo⁹.

Além dessas alterações organizacionais supramencionadas, as mudanças da nova lei trouxeram melhorias no aspecto probatório dos processos de investigação, possibilitando ao CADE realizar operações de busca e apreensões nas empresas suspeitas de praticarem cartel, o que acarretou na ampliação dos meios de obter provas, permitindo que o CADE identificasse os cartéis de ofício, sem depender exclusivamente de terceiros para obter informações ou provas através do programa de leniência por exemplo, não limitando o combate aos cartéis somente nos casos de informação repassadas por terceiros.

Outra importante mudança apontada por Schertel Mendes (2014) foi a reforma na política de acordos celebrados pelo CADE com empresas suspeitas de formação de cartel. Com a lei 12.529/2011 o CADE ficou autorizado a celebrar um acordo chamado de termo de compromisso de cessação (TCC) com os suspeitos de práticas anticoncorrenciais, tal acordo acarreta a suspensão do processo administrativo contra a parte que celebrar o acordo junto ao CADE.

Para realizar o TCC é necessário que existam razões consideráveis para que o CADE renuncie o poder de sancionar o indivíduo em troca de celebrar um acordo, devendo tudo isso ser feito de forma mais transparente possível. Para isso o CADE editou uma resolução estabelecendo todos os requisitos a serem aplicados na celebração desse acordo, objetivando trazer maior transparência para a sociedade e garantindo uma isonomia aos que desejam celebrar um TCC.

A partir de tal resolução, trazendo uma reforma na política aos TCCs, ficou vedado a celebração de acordo com agentes que não assumam a sua participação nos cartéis, devendo eles obrigatoriamente assumirem a sua participação, caso contrário não será possível efetivar o acordo. O referido Termo de Compromisso de Cessação deve ser considerado um mecanismo administrativo de combate aos cartéis e será objeto de estudo do presente capítulo juntamente com o Acordo de Leniência, ambos prescritos na lei nº 12.529/2011.

Antes de iniciar um estudo mais detalhado sobre os mecanismos administrativos de combate aos cartéis presentes na lei nº 12.529/2011 é preciso

⁹ Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia> Acesso em: 01 de Novembro de 2018

entender a estrutura organizacional do CADE. Ele é composto por três órgãos, o Tribunal Administrativo, a Superintendência-Geral e o Departamento de Estudos Econômicos.

O Tribunal Administrativo de Defesa Econômica tem a competência de tutelar pela observância da lei nº 12.529/2011, decidindo todas as lides referentes ao direito da concorrência, fazendo isso através dos Conselheiros do Tribunal, com a proferição de votos nos processos administrativos, conforme estabelece o artigo 9º e seguintes da referida lei.

Esse tribunal é composto por seis Conselheiros mais o Presidente, tendo por requisito, notório saber jurídico ou econômico, com idade superior a 30 (trinta) anos, sendo nomeados pelo Presidente da República posterior aprovação pelo Senado Federal e com mandato de quatro anos, de acordo com o artigo 6º da lei nº 12.529/2011.

O segundo órgão é a Superintendência-Geral, ela é composta por um Superintendente-Geral e dois Superintendentes-Adjuntos, com os mesmos requisitos dos Conselheiros do Tribunal, difere apenas no tempo do mandato, que será de 2 (dois) anos. E compete a Superintendência-Geral monitorar as práticas de mercado, acompanhando de forma permanente as atividades comerciais de agentes econômicos, sejam pessoas físicas ou jurídicas que detenham poder de mercado dominante, de forma a evitar infrações à ordem econômica. E se necessário a Superintendência tem competência, também, para instaurar processo administrativo a fim de estabelecer sanções administrativas.

Conforme esclarece Leopoldino da Fonseca (2017, p. 285), a razão da lei nº 12.529/2011 trazer uma competência bastante ampla à Superintendência-Geral é consequência do objetivo de diminuir a carga do Tribunal Administrativo, deixando este desimpedido para analisar e decidir causas mais relevantes.

Outro órgão que compõe o CADE é Departamento de Estudos Econômicos, que tem por competência desenvolver estudos e pareceres econômicos, objetivando tutelar as decisões do CADE. Esse departamento é coordenado por um Economista-Chefe que será nomeado, conjuntamente, pelo Superintendente-Geral e pelo Presidente do Tribunal, dentre brasileiros de ilibada reputação e notório conhecimento econômico conforme estabelece o artigo 18 da lei nº 12.529/2011.

As competências desse Departamento dividem-se em duas, a primeira é assessorar à Superintendência-Geral e ao Tribunal Administrativo na análise de

processos administrativos que tratam sobre condutas anticoncorrenciais e a segunda competência, trata-se de estudos contínuos objetivando manter a atualização técnica do CADE.

Também fazem parte desse arranjo, membros da Procuradoria Federal, na função de assessoria jurídica e parecerista, nos moldes do artigo 15 da lei nº 12.529/2011, assim como a participação de um membro do Ministério Público Federal para, também, emitir parecer nos processos administrativos para imposição de sanções administrativas nos casos de infrações à ordem econômica, conforme o artigo 20 da referida lei.

2. Penas aplicáveis aos infratores da ordem econômica

Os cartéis são definidos como uma infração administrativa pela Lei de Defesa da Concorrência, lei nº 12.529/2011, e como uma infração penal na Lei de Crimes contra a Ordem Econômica, nº 8.137/1990, assim como também é considerado um ilícito penal no artigo 90 da Lei Geral de Licitações, nº 8.666/1993. Faz parte do objeto de pesquisa apenas a lei nº 12.529/2011, cujas penalidades aplicadas às infrações administrativas serão apresentadas a seguir.

E as penas previstas nessa lei a serem impostas pelo CADE às empresas, são multas que variam de 0,1 a 20% do faturamento bruto, conforme artigo 37, I, da referida lei. Os administradores também podem ser responsabilizados pela prática anticoncorrencial e diante disso as multas podem ser aplicadas a eles, nesse caso, o valor varia entre 1 a 20% da multa aplicada à empresa.

Associações e outras entidades que não participam de atividades empresariais também podem ser penalizadas e, nesse caso, como não é possível utilizar-se da base de cálculo do faturamento bruto para calcular a porcentagem da multa, o valor já consta previsto em lei, no artigo 37, II, da lei nº 12.529/2011 e variam de R\$50 mil a R\$2 bilhões de reais. Importante destacar que caso ocorra reincidência esses valores serão aplicados em dobro.

Além das penas de multas, a Lei de Defesa da Concorrência apresenta outras espécies de sanções e estão previstas no artigo 38 da lei em questão. São penalidades como a publicação da decisão em jornal de grande circulação às expensas do infrator e a recomendação aos órgãos públicos para que não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que

sejam cancelados incentivos fiscais ou subsídios públicos. Outra penalidade que deve ser destacada, e pode ser considerada nos casos de cartéis em licitação como uma das penalidades mais relevantes, é o impedimento de o infrator participar de licitações em todas as esferas de governo, pelo período de até 5 anos, conforme estabelece artigo 38, II, da referida lei. É uma sanção com efeitos similares à declaração de inidoneidade estabelecida no artigo 87, IV, da Lei Geral de Licitações.

E para fazer o cálculo da pena será levado em consideração, a vantagem auferida pelo infrator, a gravidade da infração, a consumação ou não da infração, o grau da lesão à economia nacional e aos consumidores em geral, a situação econômica do infrator e a reincidência ou não, tudo isso está previsto no artigo 45 da Lei de Defesa da Concorrência.

3. Mecanismos administrativos de combate aos cartéis em licitações públicas previstos na lei 12.529 de 2011.

Para dismantelar um cartel existem três etapas, primeiro o descobrimento do ilícito, segundo a persecução e terceiro a condenação. A fase mais complicada é a primeira, pois é difícil identificar a realização desse ilícito, visto que, normalmente são muito bem mancomunados, objetivando mascarar essa prática, o que dificulta a investigação das autoridades públicas para que tomem ciência e iniciem a persecução. As outras fases são consequência da primeira.

Diante dessa dificuldade de identificar os padrões colusivos, a lei nº 12.529/2011 aprimorou mecanismos para auxiliar no combate aos cartéis, visando facilitar a forma de adquirir provas e assim dar seguimento as etapas de sancionamento. Os mecanismos presentes na referida lei são o Acordo de Leniência e o Termo de Compromisso de Cessação, os quais serão apresentados e analisados a seguir.

3.1 Acordo de Leniência

O Acordo de Leniência é uma ferramenta que permite que pessoas jurídicas ou pessoas físicas envolvidas em um esquema de cartel ou em outra infração anticompetitiva, alcancem imunidades na área administrativa e criminal através da celebração de um acordo com o CADE, em contrapartida deve comprometer-se a

cessar a conduta anticoncorrencial, delatar os outros partícipes e entregar a sua participação no ilícito, assim como colaborar com as investigações passando provas e documentos relevantes à investigação.

O artigo 86 da lei nº 12.529/2011 é onde está previsto a possibilidade de realização de um acordo entre o CADE e pessoas físicas ou jurídicas que cometeram infrações à ordem econômica. Esse pacto tem por objetivo incentivar as pessoas envolvidas e arrependidas a denunciarem o cartel, ou qualquer outra violação à ordem econômica, em contrapartida poderá ter a extinção da sua ação punitiva ou redução de um a dois terços da penalidade aplicável. Essa colaboração só poderá ser efetivada se a pessoa for a primeira a fazer a denúncia, se ela cessar completamente o envolvimento com o cartel, ou qualquer outra infração, se as provas trazidas pela empresa forem inéditas e que confesse a participação na fraude e colabore com as investigações.

A forma desse instituto tem semelhança à da delação premiada já existente na legislação penal, pois o objetivo é o de compensar o informante mediante diminuição ou extinção da penalidade, em razão dos resultados oriundos da informação, que dão ensejo ao desfecho ou à solução de outras investigações (CARVALHO FILHO, 2017, p. 515).

O artigo 86 da Lei nº 12.529/2011 lista os requisitos para a celebração de um Acordo de Leniência. Sendo necessário que, o interessado seja o primeiro a noticiar a infração, que ele cesse a sua participação no conluio, que no momento da realização do acordo o CADE não possua provas suficientes para garantir a condenação dos envolvidos, que o interessado no acordo confesse a sua participação, que colabore com as investigações e sempre que solicitado forneça as informações necessárias e que o resultado dessa colaboração possibilite a identificação e a condenação dos outros partícipes do conluio juntamente com as devidas provas.

No que se refere ao conhecimento prévio da conduta, o Guia do Acordo de Leniência do CADE informa que:

Apesar de não haver na legislação brasileira o conceito expresso de “conhecimento prévio” da conduta pela Superintendência-Geral do Cade, entende-se que o conhecimento prévio apenas ocorre na hipótese de haver, à época da apresentação da proposta de Acordo de Leniência, procedimento administrativo aberto com indícios razoáveis de prática anticompetitivas para apurar a infração objeto da proposta de Acordo de Leniência. Representações feitas por meio do “Clique Denúncia”, notícias na mídia ou informação sobre a existência de investigação em outro órgão da Administração Pública ainda não apuradas pelo Cade, dentre outras situações, em regra, não configuraram “conhecimento prévio” por parte da

Superintendência-Geral do Cade, exceto se trouxerem elementos probatórios suficientes para ensejar a abertura de procedimento administrativo (2016, p. 20).

A competência para celebrar o Acordo de Leniência, em âmbito administrativo, é da Superintendência-Geral do CADE, conforme estabelece o artigo 13, V da lei nº 12.528/2011, competindo ao Tribunal Administrativo apenas homologar e fazer cumprir o acordo. E sobre a participação do Ministério Público, informa o Guia do Acordo de Leniência do CADE que:

Assim, ainda que haja o contato direto com o Ministério Público e/ou na esfera judicial para a negociação de Acordos de Leniência relativos em todo ou em parte a outros ilícitos, é necessária a negociação específica com o Cade do Acordo de Leniência Antitruste, que contará com a participação do Ministério Público como interveniente anuente (2016, p 13).

Os benefícios que podem ser alcançados com a celebração do Acordo de Leniência, por parte do investigado, estão previstos no artigo 86, §4º da lei nº 12.529/2011, sendo eles, a extinção da ação administrativa nos casos em que a Superintendência-Geral não tenha conhecimento nenhum sobre o caso, ou seja, as informações trazidas pelo beneficiário do acordo devem ser inéditas para que ele tenha esse benefício, ou caso a Superintendência-Geral já tiver conhecimento da infração, o benefício será apenas da redução de um a dois terços das penas administrativas. Conforme o Guia do Acordo de Leniência do CADE, esses benefícios são chamados de leniência total e leniência parcial respectivamente.

Na esfera penal, a celebração do Acordo de Leniência acarreta a suspensão do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia contra o beneficiário da leniência a respeito dos crimes contra a ordem econômica e aos demais crimes relacionados, como os tipificados na Lei Geral de Licitações. E conforme o parágrafo único do artigo 87 da lei em questão, após efetivado o acordo, extingue-se a punibilidade dos referidos crimes.

Nos casos de o Acordo de Leniência ser celebrado por uma pessoa jurídica, ou seja, uma empresa, conforme estabelece o artigo 86, §6º, da lei nº 12.529/2011, as vantagens do acordo poderão ser acrescidas aos empregados e administradores envolvidos que colaborem com as investigações e queiram celebrar o acordo, diferentemente de quando pessoas físicas celebram o acordo individualmente, sem a participação da empresa, as suas vantagens não serão acrescidas à empresa e nem a nenhuma outra pessoa.

A esse respeito, o Guia do Acordo de Leniência do CADE ressalta que:

A não extensão automática dos benefícios é um fator que objetiva aumentar a instabilidade do cartel, de modo que todos os participantes envolvidos, sejam eles empresas ou pessoas físicas, permaneçam incentivados em denunciar a prática anticompetitiva ao Cade o mais cedo possível (2016, p.18)

Temos que, o grande desafio no combate aos cartéis é a descoberta, por essa razão, foram criados mecanismos que facilitam isso, como é o caso do acordo de leniência, que através de delatores descobre-se a formação do cartel. Ocorre que esse mecanismo possui certas limitações, pois normalmente são delatados os cartéis menos estáveis, aqueles que já estavam próximos de ruir, bem como, deixam as autoridades em uma posição reativa, esperando serem provocadas para reagir.

Segundo S.M. CUIABANO, et. al. (2014), os cartéis mais estáveis e lucrativos acarretam poucos incentivos aos membros para que entreguem às autoridades a prática desse conluio, dessa forma, os mecanismos de repressão aos cartéis devem ocupar-se de métodos proativos para a identificação, sendo sugerido pelos referidos autores, os filtros econômicos como uma possibilidade adicional a ser utilizada pelas autoridades públicas.

Esses filtros econômicos tratam-se de análises de fatores que interferem nos preços, nos custos e nas demandas, bem como, outras variáveis que possibilitem identificar comportamentos colusivos, ou seja, analisar comportamentos no mercado que fujam da normalidade e que representem atitudes de potenciais cartéis.

Diante disso, S.M. CUIABANO, et. al. (2014, p. 3), afirma que:

A proposta dos filtros é identificar os mercados nos quais haja suspeita de cartéis para uma posterior análise minuciosa das indústrias envolvidas. De fato, a maior disponibilidade de dados permite que a análise econômica seja útil para discriminar os mercados competitivos dos colusivos.

O desenvolvimento da literatura de filtros quantitativos tem contribuído para as autoridades de concorrência a iniciar investigações de cartel, na medida em que fornecem indícios adicionais que podem ser utilizadas para convencer o judiciário da existência de um acordo colusivo.

Isso é importante pois, para realizar busca e apreensão em empresas suspeitas de participação em cartel é necessária autorização judicial, conforme preceitua o artigo 13, VI, d, da lei nº 12.529/2011, e para que seja concedida essa autorização é necessário convencer o judiciário de que existe indícios de acordo colusivo, dessa maneira a utilização de análises de filtros econômicos mostra-se eficaz.

Também se mostra efetivo, nos casos em que não existam denúncias e a partir dessa análise dos filtros econômicos acabam por encontrar evidências de acordos colusivos e, diante disso, os agentes públicos tenham uma atuação proativa, sem depender da provocação de terceiros para iniciar a persecução de um ilícito de cartel.

Impende destacar um aspecto negativo do Acordo de Leniência, referente ao sigilo quanto às informações prestadas pelo leniente, tendo em vista a possibilidade de uma ação indenizatória na esfera privada.

Ao celebrar um Acordo de Leniência, o agente é obrigado a assumir a sua responsabilidade no acordo ilícito e os benefícios acrescidos a esse agente referem-se apenas à esfera administrativa e penal, não acrescentando imunidades referentes a área cível, fazendo com que esse agente fique sujeito a ser demandado em ações de indenização para reparar eventuais danos causados.

Diante disso, segundo Pereira Filho (2015, p.19), esse fator pode ser considerado como um desincentivo à celebração de um Acordo de Leniência, veja:

Neste contexto, o impacto financeiro que a responsabilidade civil pode representar tem sido considerado um fator desestimulante à leniência, inclusive pelo fato de, no Brasil, o beneficiário não estar imune da responsabilidade solidária junto aos demais participantes do cartel. Portanto, a propositura de um acordo junto ao CADE deve ser ponderada com cautela pelo agente interessado no programa.

Até o momento presente, não existem normas claras que regulem o grau de sigilo que deve ser atribuído às informações alcançadas pelo CADE através de Acordo de Leniência, e tendo em vista que as referidas provas podem ser determinantes para a quantificação dos danos causados na esfera cível, sendo muito desejadas pelas partes demandantes de ações de reparação, é importante que haja uma atenção especial das autoridades para que não transforme isso em um desestímulo à celebração de um acordo.

Nesse sentido, Schertel Mendes (2014, p. 19), ressalta que:

Esse quadro pode gerar situações bastante delicadas do ponto de vista da efetividade e credibilidade do programa brasileiro de leniência, como se viu recentemente na investigação acerca de possível cartel no fornecimento de equipamentos para metrô e trens. Depois de o Cade realizar, com autorização do Judiciário e a partir dos elementos trazidos pelo leniente, buscas nas sedes das demais empresas acusadas de participação no cartel, surgiram várias disputas políticas e judiciais para obtenção de acesso ao material obtido a partir do acordo de leniência, que demonstram a importância da existência de regras legais claras sobre a confidencialidade dos documentos e informações produzidos pelo leniente.

Schertel Mendes (2014, p. 19) sugere ainda que, diante da falta de legislação expressa sobre a matéria, torna-se relevante a criação de projetos de lei objetivando definir uma proteção às informações e documentos alcançados pelo CADE através do Acordo de Leniência, tudo isso objetivando acarretar maior segurança jurídica à esse mecanismo de combate aos cartéis, assegurando uma maior previsibilidade aos interessados no acordo, bem como, ao próprio CADE e dessa forma torne-se mais atraente aos membros de um cartel.

3.2 Termo de Compromisso de Cessação

O Termo de Compromisso de Cessação (TCC) é uma espécie de acordo a ser celebrado entre o CADE e as pessoas físicas ou jurídicas que estejam sendo investigadas por infrações contra à ordem econômica. Ele está previsto no artigo 85 da lei nº 12.529/2011, e a partir desse acordo as investigações relacionadas aos compromissários do TCC ficarão suspensas até que cumpram as obrigações aceitas no acordo, e somente após cumpridas as obrigações é que o processo administrativo contra o compromissário será arquivado. O TCC, nos casos envolvendo cartéis, normalmente ocorre quando o infrator não tem a possibilidade de celebrar um Acordo de Leniência pois outro membro do cartel já o fez.

No momento da proposta do acordo, se os autos ainda não tiverem sido encaminhados para o Tribunal Administrativo do CADE, ele deverá ser proposto na Superintendência-Geral, mas caso já esteja no tribunal para julgamento, o acordo deverá ser apresentado ao Conselheiro-Relator.

Importa destacar que o TCC, conforme esclarece o Guia de TCC do CADE, não implica em vantagens na esfera criminal, veja:

O TCC, ao contrário do Acordo de Leniência, não gera benefícios na seara criminal. Não obstante, caso o interessado em celebrar TCC com o Cade queira também negociar, paralelamente, acordo de colaboração premiada com o Ministério Público e/ou a Polícia Federal (conforme Lei 12.850/2013, Lei 8.137/90 ou outras normas aplicáveis), a SG/Cade pode auxiliar os proponentes do TCC nessa interlocução (2017, p. 11)

O Guia do Termo de Compromisso de Cessação do CADE (2017) informa que, especificamente nos casos de acordos envolvendo ilícito do cartel, o TCC deverá observar certos requisitos, entre os quais, a formulação de um Histórico de Conduta contendo os relatos do compromissário sobre a conduta anticompetitiva praticados

pelos membros do cartel e documentos que possibilitem a persecução de outros participantes, comprovando a infração e o pagamento de contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, conforme estabelece o artigo 85, § 1º, III, da lei nº 12.529/2011, que será calculado fundando-se no valor da multa que seria aplicada caso fosse condenado pelo Tribunal do CADE.

Tal contribuição é como se fosse uma penalidade e o valor será estabelecido levando em conta a utilidade da colaboração feita pelo compromissário, bem como o momento em que foi proposto o TCC. E conforme estabelece o artigo 187, incisos I, II, III e artigo 188 do Regimento Interno do CADE, se o TCC for proposto durante o procedimento administrativo, antes de ser remetido ao Tribunal do CADE, haverá uma redução de 30% a 50% do valor da multa para o primeiro proponente de TCC, de 25% a 40% para o segundo proponente e uma redução de até 25% para os demais proponentes de TCC, agora, caso o TCC seja proposto quando os autos já estiverem no Tribunal do CADE, irá incidir uma redução de apenas 15 % da multa que seria aplicada, caso fosse condenado.

Ou seja, a vantagem de se firmar um Termo de Compromisso de Cessação é a redução da multa que lhe seria aplicada caso o CADE o investigasse e condenasse, nesse caso, aplica-se uma multa reduzida proporcionalmente à utilidade das informações trazidas pelo compromissário.

Outro requisito importante exigido no TCC é o reconhecimento pelo compromissário da sua participação na conduta investigada, conforme dispõe o artigo 225 do Regimento Interno do CADE. Tal condição acarretou muitas discussões, pois o CADE começou a fazer essa exigência a partir da resolução nº 5/2013, apesar de ausência de previsão legal.

Alguns autores afirmam que essa exigência é um impedimento para que interessados assinem esse termo de compromisso, uma vez que estarão assumindo a prática de um crime e não terão nenhuma imunidade na esfera penal com esse acordo, diferentemente de quem assina um Acordo de Leniência que consegue imunidade penal.

Nesse sentido, José Luís Oliveira Lima e Rodrigo Dall'Acqua (2013)¹⁰ afirmam que:

¹⁰ José Luis Oliveira Lima e Rodrigo Dall'Acqua. **Confissão em infração concorrencial é inconstitucional**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-abr-09/confissao-culpa-infracao-concorrencial-inconstitucional> Acesso em: 28 de novembro de 2018.

A exigência de admissão de culpa é um enorme obstáculo à assinatura do termo de compromisso, uma vez que a infração administrativa que pune o acordo de concorrentes corresponde perfeitamente ao delito de formação de cartel, punido com penas de dois a cinco anos de reclusão. Neste caso, confessar a prática de uma conduta anticoncorrencial significa também reconhecer ter cometido um crime. A confissão da prática de formação de cartel já está prevista no acordo de leniência, mas com uma diferença fundamental: o leniente confessa o delito, auxilia nas investigações e recebe, em contrapartida, a imunidade criminal para os crimes cometidos. Quem celebra um acordo de leniência pode reconhecer a prática do ilícito penal com a certeza de que não será punido; tratando-se de TCC, ao contrário, a confissão não vem acompanhada de nenhuma espécie de benefício criminal.

Os referidos autores afirmam ainda que a exigência de confissão é inconstitucional, por criar uma obrigação não contida na lei através de uma resolução, pois a lei 12.529/2011 não traz nenhuma exigência de confissão, apenas exige que o compromissário pague certa quantia ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos.

Nessa perspectiva, veja o que fala José Luis Oliveira Lima e Rodrigo Dall'Acqua (2013):

Muito além de um criar um péssimo acordo para o cidadão investigado, a resolução do Cade também é inconstitucional. Ao exigir a confissão como condição para assinatura do TCC, erigiu um enorme obstáculo que não havia sido previsto pelo legislador. Feriu a nossa Constituição Federal ao criar, por meio de uma resolução, uma obrigação não contida na lei. O princípio constitucional da legalidade impede que a norma regulamentadora altere os limites da norma regulamentada. A única obrigação contida na Lei 12.529, especificamente sobre "hard core" cartel, está no parágrafo 2º do artigo 85, que não exige confissão de culpa, mas sim a obrigação de recolher determinado valor ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos.

Schertel Mendes (2014, p. 20) afirma no mesmo sentido de que tal exigência atua como um desestímulo aos interessados em celebrar um Termo de Compromisso de Cessação, veja:

De um lado lhe é oferecida a oportunidade de cessar a prática de cartel em troca do arquivamento do processo administrativo. De outro, impõe-se a confissão da participação no crime sem a garantia da extinção da ação penal. Ou seja, o signatário do termo fica protegido das sanções administrativas, mas é muito provável que seja processado criminalmente e que tenha contra si suas próprias declarações prestadas ao Cade, onde reconheceu o comportamento delitivo.

Schertel Mendes (2014, p. 21) sugere que sejam feitas alterações legislativas na lei nº 12.529/2011 para a criação de possibilidades de concessão de benefícios na esfera penal para os compromissários do TCC, a fim de preencher essa lacuna existente na política de acordos, uma vez que, quanto maior o número de acordos celebrados, mais economia terá o CADE na persecução desses ilícitos anticoncorrenciais.

Diante dessas situações que foram apresentadas, vimos que os mecanismos utilizados pelo CADE no combate aos cartéis apresentam algumas falhas que impedem que eles alcancem por completo o objetivo inicial e que algumas alterações legislativas mostram-se necessárias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Administração Pública ao realizar suas contratações deve cumprir a exigência constitucional de utilizar-se do procedimento licitatório, respeitando os princípios inerentes, tais como, isonomia, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, a seleção da proposta mais vantajosa e o princípio da concorrência.

O respeito aos princípios, em especial o da concorrência, possibilita que a Administração realize uma contratação mais vantajosa, adquirindo produtos e serviços com preços justos e adequados, razão pela qual, toda e qualquer ação que venha a lesar tal princípio, como é o caso dos cartéis, acaba causando prejuízos à Administração Pública com o sobrepreço de produtos e serviços.

Os resultados de estudos sobre os prejuízos causados pelos cartéis, mostram que eles acarretam sobrepreço variável de 8 a 53 % sobre os bens ou serviços adquiridos, conforme aponta Victor Aguiar (2018, p. 9). Neste caso, os cartéis em licitações públicas, ocasionam a dissipação do dinheiro público, tendo em vista que a Administração estaria pagando mais caro por um produto ou serviço e em contrapartida recebendo os mesmos com pouca qualidade, o que causa prejuízos a todos os administrados.

Os prejuízos causados pelos cartéis em licitações públicas não se restringem apenas à qualidade dos serviços prestados pela administração, mas também na ineficiência da aplicação dos recursos públicos, violando outros princípios norteadores que buscam assegurar a probidade da Administração Pública.

Como apresentado, a legislação licitatória possui diversas fragilidades em seu procedimento que facilitam à cartelização, como nos casos da forma das licitações, impedimentos à entrada de participantes, subcontratações, casos de publicidade de informações, entre outros casos que elevam a possibilidade de ocorrência de cartel. A atual legislação licitatória acaba criando situações que contribuem para que o cartel resolva o seu problema de instabilidade.

Nesse sentido, ao legislar de forma a criar circunstâncias que inviabilizem, ou tornem os possíveis conluíus menos estáveis, estar-se-ia atuando de forma a prevenir a formação de cartéis, por isso a importância de analisar essas falhas e buscar através do aprimoramento legislativo corrigi-las.

No atual cenário legislativo, o direito concorrencial (antitruste) atua de forma a resguardar a livre concorrência de mercado, o que consequentemente alcança o

princípio da concorrência no procedimento licitatório. Este ramo do direito tem como uma das suas principais funções o combate à cartelização, pois os mesmos lesam a livre concorrência.

Os principais instrumentos utilizados pelo direito concorrencial no combate aos cartéis são o Acordo de Leniência e o Termo de Compromisso de Cessação que possibilitam ao CADE obter informações com mais facilidade, desmantelando cartéis ainda desconhecidos, tornando a persecução contra esses conluíus mais célere e menos dispendiosa.

Não obstante, os avanços ocasionados por esses instrumentos do direito concorrencial, ainda é possível notar-se fragilidades no seu procedimento, tais como, desincentivos que o próprio mecanismo acarreta, os quais impedem que o membro do conluio venha até a autoridade pública delatar o esquema de cartel.

Os desincentivos apresentados no presente trabalho referem-se, nos casos do Acordo de Leniência, a ausência de controle da publicidade das informações trazidas pelo leniente, que possibilitaria uma ação indenizatória por parte de terceiros na esfera privada e no Termo de Compromisso de Cessação, o desincentivo refere-se a obrigatoriedade do compromissário de assumir a conduta ilícita praticada mesmo não recebendo nenhuma imunidade na esfera penal e também por essa obrigatoriedade não estar prevista em lei.

Veja-se, portanto, que tais mecanismos ainda precisam ser aprimorados assim como o procedimento licitatório, buscando corrigir essas fragilidades existentes e assim dificultar a prática de cartel.

Neste sentido, propõe-se, neste trabalho o aprimoramento legislativo dos mecanismos utilizados pelo direito concorrencial visando a correção das fragilidades apontadas, de modo que, nos casos do Acordo de Leniência haja uma regulamentação que estabeleça uma proteção às informações e documentos alcançados pelo CADE, acarretando maior segurança jurídica ao leniente e no tocante ao Termo de Compromisso de Cessação, o aprimoramento deve ser no aspecto de que não haja a obrigatoriedade de o compromissário assumir a sua participação no ilícito, tendo em vista que tal obrigação não está prevista na lei.

Além disso, propõe-se também, que o direito administrativo brasileiro deve comprometer-se, através de suas normas, a corrigir as falhas existentes que possibilitam a cartelização, dividindo então, com o direito concorrencial essa batalha contra os cartéis, atuando também de forma preventiva e não apenas de forma

repressiva, como atualmente, tendo em vista que a função de impedir a ocorrência de práticas anticompetitivas não deve limitar-se ao direito concorrencial, pois o direito administrativo das licitações possui capacidade de atuar no combate aos cartéis, fazendo com que as suas normas não produzam incentivos e facilidades indevidas para a ocorrência de restrições à concorrência no procedimento das licitações.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 8.666 de 21 de Junho de 1993. **Lei Geral de Licitações Públicas**, Brasília, 21 de Junho de 1993.

BRASIL. Lei nº 12.529 de 30 de Novembro de 2011. **Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência**, Brasília, 30 de Nov. de 2011.

CARVALHO, Julia Mendes de. **A nova lei da concorrência e o impacto de suas mudanças nas análises de atos de concentração pelo Cade**. Revista de Defesa da Concorrência, Vol. 1, nº 2, novembro 2013, pp. 134-148.

CARVALHO, Victor de Aguiar de. **Cartéis em licitações: concorrência, incentivos e prevenções aos conluos nas contratações públicas**/ Victor de Aguiar de Carvalho. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CECCATO, Marco Aurelio. **Cartéis em contratações públicas: fundamentos, atuação e sancionamento administrativo**/ Marco Aurelio Ceccato- Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

Compras Públicas. Disponível em: <<https://www.comprasgovernamentais.gov.br/images/conteudo/ArquivosCGNOR/SEBRAE/Compras-Pblicas.pdf> > Acesso em: 23 de Agosto de 2018.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica, **Guia do Programa de Leniência Antitruste**. Maio de 2016. Disponível em http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf Acesso em: 03 de Novembro de 2018.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica, **Guia do Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel**. Maio de 2016. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-tcc-atualizado-11-09-17. Acesso em: 16 de novembro de 2018.

DE MELO E LEMOS, Thales. **O combate aos cartéis por meio da responsabilização civil e o desafio da quantificação dos danos**. Revista de Defesa da Concorrência, Vol. 6, nº 1. Maio 2018, pp. 24-54.

J. L. OLIVEIRA LIMA e R. DALL'ACQUA. **Confissão em infração concorrencial é inconstitucional**. Disponível em: <http://www.olimahungria.adv.br/content/confissao-em-infracao-concorrencial-e-inconstitucional>. Acesso em: 28 de novembro de 2018.

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. **Direito Econômico**. 9. ed. rev., atual., e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MENDES, Francisco Schertel. **Marco Legal da Política Brasileira de Combate a Cartéis: Possibilidades de Aprimoramento**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, setembro/2014 (Texto para Discussão nº 153). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos.

S.M. CUIABANO, T. LEANDRO, G.A.S. OLIVEIRA, P. BOGOSSIN. **Filtrando cartéis: a contribuição da literatura econômica na identificação de comportamentos colusivos**. *Revista de Defesa da Concorrência*, Vol. 2, nº 2, novembro 2014, pp. 43-63.

Painel de Compras. Disponível em: <<http://paineldecompras.planejamento.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?documnt=paineldecompras.qvw&lang=enUS&host=QVS%40srvbsaiasprd04&anonymous=true>> Acesso em: 23 de agosto de 2018.

PEREIRA FILHO, Venício Branquinho, **Programa de leniência no direito concorrencial brasileiro: uma análise de seus escopos e desafios** RDC, Vol. 3, nº 2. Novembro 2015, pp. 87-113