

**ASSOCIAÇÃO CARUARUENSE DE ENSINO SUPERIOR E TÉCNICO
FACULDADE ASCES
BACHARELADO EM DIREITO**

**DA POSSÍVEL CONFIGURAÇÃO DE CARTEL NAS
CONTRATAÇÕES ENVOLVENDO PROJETOS DE METRÔ
E/OU TRENS E SISTEMAS AUXILIARES: uma análise do
mercado de licitação pública na cidade de São Paulo**

LEANDRA C. DOS SANTOS CABRAL

CARUARU

2016

LEANDRA C. DOS SANTOS CABRAL

**DA POSSÍVEL CONFIGURAÇÃO DE CARTEL NAS
CONTRATAÇÕES ENVOLVENDO PROJETOS DE METRÔ
E/OU TRENS E SISTEMAS AUXILIARES: uma análise do
mercado de licitação pública na cidade de São Paulo**

**Trabalho de conclusão de curso, apresentado
à FACULDADE ASCES, como requisito
parcial, para a obtenção do grau de bacharela
em Direito, sob orientação da Professora Msc.
Roberta Cruz da Silva.**

CARUARU

2016

BANCA EXAMINADORA

Aprovada em: ___/___/___.

Presidente: Professora Msc. Roberta Cruz da Silva

Primeiro Avaliador

Segundo Avaliador

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus, por estar sempre presente em minha vida e por me permitir alcançar mais esta vitória.

Agradeço a minha orientadora, Professora Msc. Roberta Cruz da Silva , pela paciência, dedicação, incentivo e pela sua motivação para orientar, que não mediu esforços para transmitir seus conhecimentos.

Agradeço imensamente a minha família, por todo amor e cuidado que sempre me dedicaram, pelo apoio para comigo durante toda essa difícil e árdua jornada acadêmica.

RESUMO

O presente trabalho analisa a Livre Concorrência, no tocante às condutas anticompetitivas caracterizadoras de conluio e os efeitos destes nas licitações da Administração Pública, em especial o caso envolvendo os projetos de metrô e/ou trens e sistemas auxiliares na cidade de São Paulo, esclarecendo a possibilidade de aplicação das leis que apuram a responsabilização dos casos que envolvam a formação de cartéis em licitações. O objetivo geral do trabalho é demonstrar a hipótese de configuração de cartel no caso estudado. Como objetivos específicos elencaram-se os seguintes: demonstrar a evolução do Direito Antitruste, analisar os princípios da livre concorrência e a proteção à Ordem Econômica, bem como definir o significado de cartel; fazer uma abordagem sobre o ambiente licitatório e a formação de cartéis, bem como os métodos utilizados pela Autoridade Antitruste Brasileira, qual seja o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), para apurar e reprimir os cartéis; analisar o Inquérito de nº 08700.004617/1013-41, envolvendo empresas prestadoras de serviços, procurando-se destacar a forma de atuação do suposto cartel no mercado de licitações em São Paulo; e demonstrar as possíveis sanções aplicáveis ao caso. As técnicas de pesquisa utilizadas foram a bibliográfica e documental, com análise da legislação, doutrina e jurisprudência administrativa e judicial. Por meio dessa pesquisa, mesmo sem a conclusão do processo é possível apontar que houve um conluio entre empresas participantes, caracterizando desta forma a formação de cartel. Os órgãos da Administração Pública devem estar atentos à formação de cartéis quando da elaboração de editais e durante o trâmite do procedimento licitatório, para que, observando a configuração de infração à ordem econômica, acionem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência no sentido de aplicar as sanções da Lei Federal nº 12.529/11 para inibir esta prática.

Palavras Chave: Licitação; Concorrência; Cartéis; CADE.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
CAPÍTULO I . A CONFIGURAÇÃO DE CARTEL E SEUS EFEITOS SOBRE A CONCORRÊNCIA	09
1.1 Evolução normativa do Direito Antitruste	09
1.2 Livre Iniciativa, Livre Concorrência e a proteção à Ordem Econômica.....	11
1.3 Cartel: Alcance da expressão	13
CAPÍTULO II . AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS DOS PROJETOS DE METRÔ E/OU TRENS E SISTEMAS AUXILIARES DE SÃO PAULO	19
2.1 Licitação: traços característicos	19
2.2 A fragilidade das licitações frente à formação de cartel	22
2.3 As Licitações Públicas relativas a projetos de metrô e/ou trens e sistemas auxiliares	25
2.4 Do acordo de leniência: “ a denúncia”	27
2.5 Da implantação do suposto cartel	30
2.6 O caso do Metrô de São Paulo – linha 5 (fase 1)	31
CAPÍTULO III . POSSÍVEIS SANÇÕES APLICÁVEIS AOS ENVOLVIDOS NO CARTEL	32
3.1 Crimes na Lei Antitruste	32
3.2 Sanções impostas devido à prática de Cartel segundo as normas licitatórias	36
3.3 Sanções de natureza Penal	39
3.4 Lei “Anticorrupção” e as sanções às pessoas jurídicas	40
3.5 Lei de Improbidade Administrativa	41
CONSIDERAÇÕES FINAIS	45
REFERÊNCIAS	47

INTRODUÇÃO

Os acordos entre concorrentes do mesmo mercado, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio, elimina a concorrência, frustra o certame licitatório e prejudica não só a gestão administrativa como também a sociedade, a economia e a política do Estado.

O tema abordado a cerca da possível configuração de cartel nas contratações envolvendo projetos de metrô e/ou trens e sistemas auxiliares na cidade de São Paulo é relevante e tem destaque nas matérias veiculadas constantemente na imprensa, onde as denúncias e condenações envolvendo crime de cartel são publicadas.

A relevância jurídica consiste no fato de que a prática do cartel constitui um ilícito reprovável pela sociedade. A lei de defesa da livre concorrência dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pela liberdade de iniciativa, livre concorrência e a repressão ao abuso do poder econômico. O ordenamento jurídico brasileiro prevê regras administrativas, civis e penais que visa desestimular e repreender a pratica o cartel. O cartel é uma afronta aos direitos de concorrência, lesando assim a ordem econômica vigente no país.

A relevância política consiste no fato de que toda a pluralidade política característica de uma democracia fora reduzida apenas a dois partidos “petistas” e “tucanos”, e que tal cenário é agravado por interesses de um pequeno grupo político que tomam atitudes para ludibriar o sistema e obter vantagens.

Os prejuízos econômicos gerados pelas praticas de condutas centralizadoras no meio empresarial, atinge diretamente os consumidores, limitando a oferta e aumentando os preços. A formação de cartel na participação em Licitações desrespeita os princípios basilares da Administração Pública, pois, inibe a inovação, impedem o surgimento de novos concorrentes e gera ineficiências nas cadeias superiores da estrutura de produção.

O retorno dos impostos pagos pela sociedade que deveriam ser aplicados no desenvolvimento do país é totalmente prejudicado quando nas contratações públicas ocorrem acordos, que fraudam o caráter competitivo das contratações.

A metodologia desse trabalho consiste em uma pesquisa realizada por meio de revisão bibliográfica e documental, com análise da legislação, doutrina e jurisprudência administrativa e judicial.

O presente trabalho tem por objetivo geral demonstrar a hipótese de

configuração de cartel no caso estudado. Para tanto, propõe-se o estudo da compreensão e aplicação da Lei Antitruste no caso do suposto Cartel nas contratações envolvendo projetos de metrô e/ou trens e auxiliares em São Paulo. Examinando ferramentas jurídica apta a evitar o desperdício dos recursos públicos empregados no desenvolvimento social.

Para que os objetivos propostos pudessem ser alcançados, o presente trabalho foi estruturado em três capítulos.

No primeiro capítulo, demonstrou-se a evolução normativa do Direito Antitruste, fazendo um breve apanhado dos principais dispositivos legais que reprimem o abuso do poder econômico nocivos à livre concorrência, demonstrando que os acordos perniciosos não geram nenhum benefício econômico ou social, e que afetam a Livre Concorrência e a proteção à Ordem Econômica, bem como o alcance da expressão cartel proveniente da doutrina e dos órgãos de fiscalização.

No segundo capítulo, por sua vez, foram estudados aspectos relativos às contratações públicas dos projetos de metrô e/ou trens e sistemas auxiliares de São Paulo analisando o Inquérito Administrativo n.º 08700.004617/2013-41, evidenciando a diferença entre o acordo de Leniência e a Delação Premiada, e fazendo uma breve abordagem ao instituto da Licitação, demonstrando a fragilidade do certame frente à formação de cartel.

Finalmente, no terceiro e último capítulo analisou-se as possíveis sanções a serem aplicadas aos envolvidos no caso do Inquérito Administrativo n.º 08700.004617/2013-41, o crime perante a Lei Antitruste, as sanções impostas devido à prática de Cartel segundo as normas licitatórias, a atuação da Lei “anticorrupção” na punibilidade das empresas, e como será a aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa.

Por certo, o estudo não esgota a análise do tema, mas é pertinente pois fomenta a discussão judicial sobre o caso de relevância social, econômica e política.

CAPÍTULO I . A CONFIGURAÇÃO DE CARTEL E SEUS EFEITOS SOBRE A CONCORRÊNCIA

1.1 Evolução normativa do Direito Antitruste

Neste capítulo inicial, pretende-se demonstrar o significado de cartel, explicando que é um crime contra a ordem econômica, que prejudica a concorrência. Para tanto, examinar-se-á a doutrina e a jurisprudência.

No Brasil, a repressão ao abuso do poder econômico nocivo a livre concorrência tem evoluído em vários dispositivos legais, em 1938 o Decreto-Lei n.º 860 define os crimes contra a economia popular sua guarda e seu emprego, vedando:

[...] promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança, fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio. (Art. 2º, III), bem assim “celebrar ajuste para impor determinado preço de revenda” (art. 3º, I);

Os atos contrários à ordem moral e econômica foram descritos no Decreto-lei n.º 7.666/1945. Este proibia os entendimentos, ajustes ou acordos entre empresas comerciais, industriais ou agrícolas, ou entre pessoas ou grupos de pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de seus negócios, que tenham por efeito:

- a. Elevar o preço de venda dos respectivos produtos;
- b. Restringir, cercear ou suprimir a liberdade econômica de outras empresas;
- c. Influenciar no mercado de modo favorável ao estabelecimento do monopólio, ainda que regional.

A repressão ao abuso do Poder Econômico segundo Gaban e Domingues (2012, p.25) foi pela primeira vez, de forma expressa, na Constituição Federal de 1946, em seu art. 148. Para os autores, não houve nenhum diploma legal que regulamentasse a repressão ao uso do poder econômico conforme este dispositivo, até a promulgação da Lei Federal n.º 4.137/1962.

Para regular a repressão ao abuso de poder econômico, foi editada a Lei Federal n.º 4.137/1962 que considerava forma de abuso do poder econômico dominar os mercados nacionais ou eliminar total ou parcialmente a concorrência por meio de ajuste ou acordo entre as empresas, ou entre pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de suas atividades.

As normas para a defesa da concorrência foram disciplinadas pela Lei Federal n.º 8.158/1991, e pela Lei Federal n.º 8.884/1994, que transforma o Conselho

Administrativo de Defesa Econômica - CADE em Autarquia, dispendo sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica. Esta mesma lei determina que:

[...] constitui infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

- I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III - aumentar arbitrariamente os lucros;
- IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) é uma Autarquia Federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, que exerce, em todo o Território nacional, com a missão de zelar pela livre concorrência no mercado, sendo a entidade responsável, no âmbito do Poder Executivo, não só por investigar e decidir, em última instância, sobre a matéria concorrencial, como também fomentar e disseminar a cultura da livre concorrência. Exercendo as funções preventiva, repressiva e educacional ou pedagógica. (BRASIL, CADE, 2015)

Atualmente a Lei Federal n.º 12.529/2011 revoga dispositivos da Lei n.º 8.884/1994 e dá outras providências sobre a Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência dispendo também sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.

Para Gaban e Domingues (2012, p.25), o sistema da livre concorrência adotado pela Lei n.º 8.884/1994 e posteriormente seguido pela Nova Lei Antitruste Brasileira (NLAB) possui um duplo enfoque de atuação, sendo eles de controle de estruturas e de controle de condutas anticoncorrenciais, preponderando neste último plano o combate ao abuso de posição dominante.

A Lei n.º 12.529/2011, conhecida como Lei Antitruste ou Lei de Defesa da Concorrência, prevê em seu art. 36 condutas, que definem cartel, vejamos:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

- I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III - aumentar arbitrariamente os lucros; e
- IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

[...]

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

- I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

- a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;
- b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;
- c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;
- d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

Importante ressaltar, que apesar da lei não informar o termo “cartel” explicitamente, as condutas prevista nos incisos I e III do § 3º do art. 36 deixa claro o seu significado. Nestes termos é importante entender a conduta que será investigada, pois não se pode cogitar a formação de cartel se a associação não trazer efeitos anticompetitivos. O dispositivo deixa claro que os fins não precisam ser alcançados, basta o acordo tenha sido firmado e que possa prejudicar a livre concorrência.

Sobre o tema Gaban e Domingues (2012, p. 60), relatam que:

Os órgãos de defesa da concorrência precisam saber distinguir, dentre esses acordos, os que reduzem a concorrência dos que a promovem, ou pelo menos distinguir daqueles que são neutros em termos de concorrência daqueles que são prejudiciais, uma vez que uma atuação muito restritiva por parte do Estado pode inviabilizar arranjos comportamentais benéficos à concorrências e até mesmo, via de consequência, inviabilizar mercados com dinâmicas revestidas de certas peculiaridades, como é o caso de mercados oligopolizados, plasmados de poder de monopólio e/ou de monopólio. Nessa linha, a aglutinação dos agentes mais fracos para viabilizar os negócios, a geração e distribuição de eficiência, em vezes pode ser necessária.

Os acordos celebrados entre empresas concorrentes, que visam ao estabelecimento de preços acima dos patamares determinados pelas forças de mercado (que atuam, pois, no mesmo mercado relevante geográfico e material) e que visam a neutralizar a concorrência existente entre elas, são denominados cartéis. (Forgioni, 2008, p. 353)

Cartéis são acordos que prejudica a concorrência e o desenvolvimento econômico de um país. Acordos na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio, eliminando a concorrência, frustrando o certame licitatório e prejudicando não só a gestão administrativa como também a sociedade, a economia e a política do Estado.

1.2 Livre Iniciativa, Livre Concorrência e a Proteção à Ordem Econômica

O acordos perniciosos que não geram nenhum benefício econômico ou social, não afetam apenas a livre concorrência, prejudica também a Ordem Econômica e a livre iniciativa.

Importante destacar que Ordem Econômica é um conjunto de normas constitucionais e infraconstitucionais que regem o setor econômico e suas especificidades. No que cuida da Ordem Econômica, aponta Moreira (apud Grau, 2003, p. 55-56):

[...] - em um primeiro sentido, "ordem econômica" é o modo de ser empírico de uma determinada economia concreta; a expressão, aqui, é termo de um conceito de fato (é conceito do mundo do ser, portanto); o que o caracteriza é a circunstância de referir-se não a um conjunto de regras ou a normas reguladoras de relações sociais, mas sim a uma relação entre fenômenos econômicos e matérias, ou seja, relação entre fatores econômicos concretos; conceito do mundo do ser, exprime a realidade de uma inerente articulação do econômico como fato;

- em um segundo sentido, "ordem econômica" é expressão que designa o conjunto de todas as normas (ou regras de conduta), qualquer que seja a sua natureza (jurídica, religiosa, moral etc.), que respeitam à regulação do comportamento dos sujeitos econômicos; é o sistema normativo (no sentido sociológico) da ação econômica;
- em um terceiro sentido, "ordem econômica" significa ordem jurídica da economia.

Ordem econômica consiste no conjunto de normas que define os objetivos para a economia de um país.

Para que os agentes econômicos – produtores e compradores busquem investir nos melhores fatores de produção pelos menores preços e para que, conseqüentemente, possam ofertar bens de consumo a preços com mais qualidade e mais acessíveis, o Ordenamento Jurídico deve coibir as atitudes anticompetitivas e o abuso do poder Econômico.

Elencado no caput do Art. 170 da Constituição Federal, o princípio da livre iniciativa traduz a liberdade individual de empreender uma atividade econômica. Isto é, ele é que confere a característica principal do sistema de mercado adotado. É o poder reconhecido aos agentes econômicos para que empreendam as suas atividades profissionais, aptas a garantir o seu sustento, sem a intromissão do Estado na sua liberdade produtiva e comercial.

A respeito do princípio, Petter (2005, p.164), assinala que:

A noção de livre iniciativa como fundamento do Estado brasileiro conclama para partilhar a ideia de liberdade no sentido de um poder de atuação do homem em busca de sua realização e suas felicidades. Valoriza-se o ato voluntário, a ausência de coação, a autodeterminação.

Carvalho Filho (2012, p. 901), por sua vez, acrescenta sobre o princípio em comento:

Trata-se, na verdade, da liberdade de exploração de atividades econômicas sem que o Estado as execute sozinho ou concorra com a iniciativa privada. A livre iniciativa é o postulado maior do regime capitalista. O fundamento em foco se completa, aliás, com a regra do art. 170, parágrafo único da CF, segundo o qual a todos é assegurado o livre exercício de qualquer atividade econômica, sem necessidade de autorização de órgãos públicos, à exceção dos casos previstos em lei.

Apenas quando legalmente autorizado é que o Estado pode participar como agente nas relações econômicas. O princípio da livre iniciativa impulsiona a economia, pois é através da escolha arbitrária de cada indivíduo, seja pessoa física ou pessoa jurídica, em relação a qual será seu empreendimento, o seu trabalho, que nascem as relações econômicas.

Para o desenvolvimento da economia é importante existir competição no mercado, razão pela qual o Estado deve incentivar a competitividade dos agentes econômicos para garantir aumento dos recursos. Esta competição baseasse no princípio da livre concorrência.

Sobre este princípio, leciona Figueiredo (1975, p.63):

Concorrência é a ação competitiva desenvolvida por agentes que atuam no mercado de forma livre e racional. Isto é, trata-se da disputa saudável por parcela do mercado entre agentes que participam de uma mesma etapa em ciclo econômico (produção – circulação – consumo).

O princípio da livre concorrência está previsto no art. 170, inciso IV da Constituição Federal e baseia-se no pressuposto de que a concorrência não pode ser restringida por agentes econômicos com poder de mercado.

Sobre o tema, o CADE acrescenta que a livre concorrência garante, de um lado, os menores preços para os consumidores e, de outro, o estímulo à criatividade e à inovação das empresas.

O inciso I do art. 36 da Lei Federal n.º 12.529/2011 nos trás que o ato de limitar ou falsear com fim de prejudicar a livre concorrência pode ser considerado ilícito administrativo, além de poder configurar crime. A livre concorrência gera incentivos à melhoria dos padrões de eficiência nos mercados.

1.3 Cartel: Alcance da expressão

Em sentido amplo, cartel significa a limitação e até mesmo a eliminação da concorrência. Sobre este tema Gaban e Domingues (2012, p. 60), conceituam:

Cartel representa a restrição e até a eliminação da concorrência entre um conjunto de empresas, com a finalidade de auferir lucros maiores. A estrutura de oferta vigente é fixada e as participações do mercado mantida. Com ação coordenada, cada empresa tem condição de praticar preços e conseguir lucros maiores.

Em outras palavras o cartel é tido como conluio cujo objetivo é elevar os preços ao comprador por meio da redução da concorrência.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), em sua Resolução n.º 20, de 09 de junho de 1999, nos traz a seguinte conceituação sobre o cartel:

1. Cartéis: acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio.

O poder de um cartel de limitar a concorrência prejudica a inovação, impedindo que outros concorrentes façam parte do processo produtivo, limitando o crescimento econômico. Isso resulta em perda de bem-estar do consumidor e, no longo prazo, perda da competitividade da economia. Segundo a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE, 2002), os cartéis geram um sobre o preço estimado entre 10 e 20% comparado ao preço em um mercado competitivo, causando perdas anuais enormes aos consumidores. (BRASIL, 2015, p.6)

Gico Júnior, ao tratar de cartéis, ensina:

É o fato de os membros dos cartéis estarem na mesma linha de uma cadeia produtiva que justifica a adoção da nomenclatura. Em contraposição, temos as colusões verticais, ocorrentes entre agentes econômicos em níveis de diferentes de cadeia produtiva, mercados verticalmente relacionados, porém diversos. (GICO JÚNIOR, 2006, p. 178).

Esses acordos comerciais entre as cadeias produtivas evidenciam a restrição imposta pelos ofertantes aos demandados. Demonstrando que a participação no cartel é uma conduta anticoncorrencial.

Guimarães (2013, p.176), por sua vez, define cartel como:

Cartel – acordo que fazem, entre si, as empresas produtoras, do mesmo gênero de negócios ou fabricantes de iguais produtos, distribuído entre elas os mercados, visando dominá-los, controlá-los em seu benefícios exclusivo, restringindo ou suprimindo a livre concorrência e determinando os preços. Diz-se da fixação uniforme de preço por industrias da mesma categoria.

Caracteriza a prática do monopólio, açambarcamento, exploração abusiva sem competidor.

Esse tipo de prática prejudica os consumidores e a administração pública, o aumento dos preços, restringi a oferta e gera prejuízo.

Branco e Barreto (1964) descrevem:

[...] o cartel representa um acordo, um ajuste, uma convenção, de empresas independentes, que conservam, apesar desse acordo, sua independência administrativa e financeira [...] O Cartel tem como precípua objetivo eliminar ou diminuir a concorrência e conseguir o monopólio em determinado setor da atividade econômica. Os Empresários agrupados em cartel têm por finalidade obter condições mais vantajosas para os partícipes, seja na aquisição da matéria-prima, seja na conquista dos mercados consumidores, operando-se desta forma, a eliminação do processo normal da concorrência.

A formação de cartéis é considerada conduta anticompetitiva e se enquadra no controle de conduta do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, tratando-se, pois, de prática restritiva. Segundo Forgioni (2008, p.353) “acordos horizontais são aqueles celebrados entre agentes econômicos que atuam em um mesmo mercado relevante (geográfico e material) e estão, portanto, em direta relação de concorrência.”

Os acordos restritivos à concorrência são aqueles divididos entre verticais e horizontais. Neutralizam a competição, principalmente, entre os agentes econômicos que atuam no mesmo mercado relevante. Gaban e Domingues (2012, p. 60) afirmam que:

[...] os acordos horizontais ilícitos são comumente chamados de restrições “flagrantes” ao comércio. São tidos como acordos perniciosos, que normalmente não geram nenhum benefício econômico ou social e reduzem a concorrência no mercado.

Por sua vez, os acordos verticais têm como pressuposto um fato inegável: a concorrência, ainda que lícita, prejudica os concorrentes, pois faz com que o empresário acabe por auferir lucros menores, força o cuidado com a qualidade do produto e gera a necessidade de investimentos para que o agente econômico possa manter-se no mercado, competindo (Forgioni, 2008, p. 354).

A coordenação de decisões que envolva preços entre empresas, quantidades adquiridas ou ofertadas, qualidade das mercadorias, localização das vendas ou serviços, pode configurar um cartel. A Resolução n.º 20/1999 do CADE determina que:

As práticas restritivas horizontais consistem na tentativa de reduzir ou eliminar a concorrência no mercado, seja estabelecendo acordos entre concorrentes no mesmo mercado relevante com respeito a preços ou outras condições, seja praticando preços predatórios. Em ambos os casos visa, de

imediatamente ou no futuro, em conjunto ou individualmente, o aumento de poder de mercado ou a criação de condições necessárias para exercê-lo com maior facilidade. Em geral, tais práticas pressupõem a existência ou a busca de poder de mercado sobre o mercado relevante. Em diferentes graus, algumas podem também gerar benefícios em termos de bem-estar ao mercado ("eficiências econômicas"), recomendando a aplicação do "princípio da razoabilidade". Desse modo, é preciso ponderar tais efeitos vis-à-vis os potenciais impactos anticompetitivos da conduta. Portanto, uma prática restritiva somente poderá gerar eficiências líquidas caso as eficiências econômicas dela derivadas compensem seus efeitos anticompetitivos.

Tanto as restrições horizontais, como as práticas verticais pressupõem, em geral, a existência de poder de mercado sobre o mercado relevante "de origem", bem como efeito sobre parcela substancial do mercado "alvo" das práticas, de modo a configurar risco de prejuízo à concorrência.

No Brasil, os ilícitos antitruste podem constituir infração administrativa e criminal. O cartel, segundo Gaban e Domingues (2012, p.62) é:

[...] um ilícito de natureza administrativa e de natureza penal que deve ser apurado por meio do devido processo administrativo, no âmbito da lei Antitruste, e por processo penal, no âmbito da Lei n.º 8137/90, estando sujeitos os agentes econômicos à imposição de multas pecuniárias e a penas de reclusão, respectivamente.

O cartel é crime punível administrativamente e penalmente, é possível verificar isto no art. 90 da Lei Federal n.º 8.666/93 e no art. 299 do Código Penal, veja-se:

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular.

Parágrafo único - Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, aumenta-se a pena de sexta parte.

Os cartéis são acordos instáveis, e com base nesta instabilidade foi criado o Programa de Leniência que consiste na possibilidade de um dos participantes do cartel denunciar as práticas anticoncorrenciais às autoridades antitrustes. A empresa que ingressa nesse programa, além da denúncia, também ajuda nas investigações em troca de afastar ou reduzir as sanções que seriam aplicadas. Sobre o programa informa o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, que:

O Programa de Leniência foi introduzido no Brasil em 2000 e permite que um participante de cartel ou de outra prática anticoncorrencial coletiva denuncie a prática às autoridades antitruste e coopere com as investigações e receba, por isso, imunidade antitruste administrativa e criminal, ou redução das penalidades aplicáveis. (BRASIL, CADE, 2015)

No Brasil, a autoridade competente para negociar e assinar os acordos de leniência é a Superintendência-Geral do CADE. Para ingressar no programa é preciso satisfazer determinados requisitos, tais como: que a empresa ou pessoa física, que seja a primeira a se apresentar à Superintendência-Geral com respeito à infração e confesse sua participação no ilícito, coopere plenamente com as investigações e a cooperação resulte na identificação dos outros membros do cartel e na obtenção de provas da conduta e cesse completamente seu envolvimento na infração. Além disso, a Superintendência-Geral do CADE não pode dispor de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física quando da propositura do acordo. (BRASIL, CADE, 2015 p. 17)

Ao satisfazer os requisitos do programa a empresa poderá ser beneficiada totalmente ou parcialmente, dependendo da ciência da conduta no momento da confissão do ilícito. A volatilidade do cartel ajuda com que esse programa se torna uma arma poderosa contra os ilícitos anticompetitivos.

A Procuradoria Federal atuando junto ao CADE (ProCADE), ao analisar o instituto nos autos do processo Administrativo 08012.001826/2003-10, assim se manifestou:

[...] análogo à delação premiada do Direito Penal Brasileiro, tem por escopo breçar a prática infrativa à ordem econômica, mediante o auxílio de co-autor que confesse o ilícito e traga elementos à elucidação do caso.” Adiciona a Procuradoria que se trata de “importante instrumento para combater a lei do silêncio que impera diante das empresas, as quais, em acordo colusivo, prejudicam a ordem econômica. (fl. 7774). (Parecer ProCADE - PROCESSO ADMINISTRATIVO nº 08012.001826/2003-10 – VERSÃO PÚBLICA). (BRASIL, CADE, 2015, p.5)

A Lei Antitruste n.º 12.529/2011 criou três etapas procedimentais, em duas formas de ritos processuais, que se consubstanciam no inquérito administrativo e no processo administrativo. O inquérito administrativo possui caráter inquisitório e sigiloso. Trata-se, pois, do poder de investigação do Estado. Já no Processo Administrativo, as partes necessitam de maiores garantias, como o contraditório e a ampla defesa. Terminado o inquérito e apurado os fatos, este poderá ser arquivado, ou caso as provas colhidas e as evidências caracterizem a possibilidade de condenação, será instaurado o devido processo administrativo. Isso fica bastante claro em casos de

cartel, nos quais o sigilo é imprescindível para o recolhimento de provas. A condenação, entretanto, só ocorre no Processo Administrativo.

Os membros de cartéis estão sujeitos ainda à responsabilização por dano causado na esfera civil, seja um dano material ou moral. A Lei n.º 12.529/2011 prevê que os agentes lesados por possível infração à ordem econômica com efeitos na esfera privada possam ingressar em juízo, visando o ressarcimento da indenização por perdas e danos sofridos pela prática de cartel.

A Lei Federal n.º 8.666/93, conhecida como a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, apresenta preocupação com o combater aos possíveis cartéis, quando as empresas fixam os preços, fazendo com que a estimativa de preço da Administração seja de acordo com o preço fixado e não em relação ao valor real. Essa forma de “conluio prévio” vai além da própria licitação, afetando o mercado como um todo e dificulta a visualização de preços irrealistas e do cartel. O procedimento licitatório segue um rol de regras que estão sujeitos a fraudes tanto por parte do licitante quanto pelo agente da administração. Em geral o cartel em licitações públicas ocorre entre os próprios licitantes, sem o conhecimento da administração, o que não a exime da possibilidade de estar envolvida na fraude.

Devido à questão corriqueira, entretanto relevante, que é a relação entre cartel e licitação, este trabalho apresentará, adiante, um caso que esta sobre apuração: a configuração de cartel nas licitações do metrô de São Paulo.

CAPÍTULO II . AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS DOS PROJETOS DE METRÔ E/OU TRENS E SISTEMAS AUXILIARES DE SÃO PAULO

2.1 Licitação: traços característicos

Antes de aprofundar o estudo do caso envolvendo os projetos de metrô e/ou trens e sistemas auxiliares de São Paulo, tema específico deste capítulo, convém estudar alguns aspectos do instituto da Licitação.

No Brasil, a obrigatoriedade de licitar foi imposta por vários diplomas legais, ao longo do tempo. O art. 37, XXI da Constituição Federal de 1988 determina que os contratos administrativos, como regra geral, sejam precedidos de licitação, bem como o art. 175 ao tratar das outorgas de concessões e permissões, também faz referência a obrigatoriedade de licitar, veja-se:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[..]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Conforme dispõem os referidos dispositivos, a Administração Pública não pode abdicar do certame licitatório antes da celebração de seus contratos, salvo em situações excepcionais definidas em lei. Conforme Carvalho Filho (2011, p. 235), trata-se do princípio da obrigatoriedade de licitação, decorrente do supracitado dispositivo legal. Toda licitação deve observar os princípios previstos no artigo 37 da Constituição Federal em vigor, a saber: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

As regras inerentes a este procedimento estão contidas em lei. Dentre os vários diplomas que dispõem sobre licitação pode-se citar a Lei Federal n.º 8.666/1993, que contém normas gerais de contratações, a Lei Federal n.º 8.987/1995, que delibera sobre as concessões de serviços públicos, a Lei Federal n.º 10.520/2002, que dispõe sobre a modalidade de licitação denominada Pregão, a Lei Complementar n.º 123/2006, que

estabeleceu regras destinadas à preferência em favor da contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, a Lei Federal n.º 12.232/2010, disciplina as licitações para serviços de publicidade, e a Lei Federal n.º 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC).

A Lei nº 8.666/1993 no art. 3º, *caput*, apresenta as finalidades do procedimento:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Entende-se, portanto, que se deve, nas licitações, fomentar a disputa entre os interessados, desde que não comprometa o interesse estatal, o princípio da isonomia, a finalidade administrativa e a segurança da contratação.

Sobre o tema, Justen Filho (2014, p.495), explica que a licitação:

[...] é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos visando a seleção da proposta de contratação mais vantajosa e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica.

A licitação é a prática de vários atos, disciplinados em lei, que permite aos interessados em contratar com a Administração Pública, participar de uma seleção de igual para igual com os demais competidores. Segundo Justen Filho (2014, p.497), “a maior vantagem se apresenta quando a administração pública assume o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obriga a realizar a melhor e mais completa prestação.” De modo geral, a Administração Pública busca a maior qualidade do bem fornecido ou do serviço prestado, pelo melhor custo.

A celebração do contrato não se destina apenas em obter o melhor preço ou qualidade, ela também é orientada a promover o desenvolvimento nacional sustentável. Devendo promover o crescimento econômico norteado pela preservação do meio ambiente.

Na busca pela proposta mais vantajosa e pela promoção do desenvolvimento sustentável, a licitação deve respeitar os princípios norteadores do sistema jurídico, entre eles o princípio da legalidade, isonomia e competitividade.

O princípio da legalidade em matéria de licitação e com relação à Administração Pública é muito importante, pois este procedimento é constituído inteiramente vinculado

à lei; todas as suas fases estão rigorosamente disciplinadas em diplomas normativos. O artigo 4º da Lei n.º 8.666/1993 estabelece que:

Art. 4º Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

Di Pietro (2014, p. 384) aduz que, em vários trechos da Lei nº 8.666/1993, é possível verificar a previsão de várias formas de participação popular no controle da legalidade do procedimento, ampliando as formas de controle interno e externo e definindo como crime vários tipos de atividades e comportamentos que anteriormente constituíam, em regra, apenas infração administrativa ou estavam absorvidos no conceito de determinados tipos de crimes contra a Administração (Código Penal) ou de atos de improbidade, definidos pela Lei nº 8.429/1992. Além disso, mais do que direito público subjetivo, a observância da legalidade foi erigida em interesse difuso, passível de ser protegido por iniciativa do próprio cidadão.

Com base no princípio da isonomia, Matheus Carvalho (2015, p. 434) relata que é indispensável que seja garantido um tratamento igualitário entre os licitantes no bojo do procedimento licitatório, conforme disposição do art. 3º, §1º da Lei n.º 8.666/1993, não se admitindo qualquer espécie de tratamento diferenciado que vise a beneficiar ou prejudicar algum dos participantes do certame.

Não se admite que a Administração Pública exija requisitos, para participação no processo licitatório, que não estejam previamente estipulados em lei e que sejam indispensáveis à realização do certame. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF) já se manifestou por meio do julgamento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade:

Ementa: LICITAÇÃO PÚBLICA. Concorrência. Aquisição de bens. Veículos para uso oficial. Exigência de que sejam produzidos no Estado-membro. Condição compulsória de acesso. Are. 1º da Lei n. 12.204/98, do Estado do Paraná, com a redação da Lei n. 13.571/2002: Discriminação arbitrária. Violação ao princípio da isonomia ou da igualdade, Ofensa ao are. 19, II, da vigente Constituição da República. Inconstitucionalidade declarada. Ação direta julgada, em parte, procedente. Precedentes do Supremo. É inconstitucional a lei estadual que estabeleça como condição de acesso a licitação pública, para aquisição de bens ou serviços, que a empresa licitante tenha a fábrica ou sede no Estado-membro. ADI 3583 I PR - PARANÁ / 21/02/2008.

A isonomia significa tratar igualmente os iguais e oferecer tratamento desigual aos desiguais na medida de suas desigualdades, visando igualar juridicamente aqueles que são desiguais de fato.

Segundo os ensinamentos de Di Pietro (2014, pp. 378 - 379):

O princípio da igualdade constitui um dos alicerces da licitação, na medida em que esta visa, não apenas permitir à Administração a escolha da melhor proposta, como também assegurar igualdade de direitos a todos os interessados em contratar. Esse princípio, que hoje está expresso no artigo 37, XXI, da Constituição, veda o estabelecimento de condições que impliquem preferência em favor de determinados licitantes em detrimento dos demais. Na parte final, o dispositivo deixa claro que o procedimento da licitação somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Na Lei nº 8.666/93, a igualdade entre os licitantes é mencionada duas vezes: como um dos objetivos da licitação e como um dos princípios expressamente previstos.

Sendo assim, é vedado ao agente público tratar de forma desigual os licitantes, afastando a pessoalidade e proporcionando uma maior segurança na relação jurídica entre a Administração e os licitantes.

No § 1º, inciso I, do artigo 3º da Lei nº 8.666/1993, está implícito outro princípio da licitação, que é o da competitividade decorrente do princípio da isonomia sendo vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991; (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

A inclusão de requisitos nos instrumentos convocatórios que restrinja ou frute a competição é uma afronta ao princípio da competitividade. Em sendo a competição muito importante ao procedimento licitatório, deve-se evitar qualquer exigência irrelevante e destituída de interesse público, que restrinja a competição.

Utilizar de requisitos que violam princípios e os procedimentos da licitação para favorecimento de empresas é denominado de conluio.

2.2 A fragilidade das licitações frente à formação de cartel

A Direção Geral da Concorrência, órgão da Comissão Europeia, ao elaborar seu Relatório Final intitulado “The Economics of Tacit Collusion” – A Economia da Colisão Tácita - tratou de destacar a fragilidade das licitações à formação de cartéis em determinadas situações, nos seguintes termos:

O Mercado das Licitações. O princípio acima revisado (Conluio) aplica-se aos mercados de licitação. O conluio é mais fácil de ocorrer, por exemplo, quando há menos concorrentes que participam repetidamente dos mesmos mercados de licitação, do que quando a frequência desses mercados é alta (por exemplo, os mercados diários). Ademais, o mercado de licitações pode ser concebido de duas maneiras, a primeira aquele formado pelas licitações que tendem a impedir o conluio, e a segunda daquelas licitações que tendem a facilitar formação de cartéis. Os leilões públicos com propostas confidenciais geram menos informação (isto é, salvo se o leiloeiro revela os detalhes de todas as licitações depois) do que aquelas licitações sem propostas confidenciais, nas quais os vendedores observam a cada momento o preço atual da licitação. Portanto, um olhar mais atento sobre a organização do mercado de licitações pode ser necessário para avaliar a probabilidade da formação de cartéis. (COMISSÃO EUROPEIA, 2003, p. 62).

Os participantes da licitação, ao promoverem um acordo estipulando quem deverá vencer o procedimento ou qual será o preço estipulado por cada um, seja pela coletânea de informações ou pela estipulação da metodologia a ser adotada durante o certame, estarão incorrendo em infração à ordem econômica.

Segundo a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE 2010, p. 458) são quatro as principais formas de atuação dos cartéis em se tratando de licitação ou compras públicas, sendo a primeira delas a proposta fictícias ou de cobertura, que ocorre das seguintes formas:

- a) Um dos concorrentes aceita apresentar uma proposta mais elevada do que a proposta do candidato escolhido,
- b) Um concorrente apresenta uma proposta que já sabe de antemão que é demasiado elevada para ser aceita, ou
- c) Um concorrente apresenta uma proposta que contém condições específicas que sabe de antemão que serão inaceitáveis para o comprador. As propostas fictícias são concebidas para dar a aparência de uma concorrência genuína entre os licitantes.

Quando os indivíduos ou as empresas combinam, ou submetem as suas propostas a pelo menos, um dos comportamentos citados acima, essa propostas tidas como complementares, de cortesia, figurativas, ou simbólicas passam a ser a forma de implementação dos esquemas de conluio entre concorrentes.

A segunda forma de atuação de cartéis nas compras públicas consolidada pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE 2010, p. 458) é a supressão de proposta, veja-se:

Bid Supression: Supressão de propostas. Os esquemas de supressão de propostas envolvem acordos entre os concorrentes nos quais uma ou mais empresas estipulam abster-se de concorrer ou retiram uma proposta previamente apresentada para que a proposta do concorrente escolhido seja aceite. Fundamentalmente, a supressão de propostas implica que uma empresa não apresenta uma proposta para apreciação final.

A utilização desta estratégia reduz o número de possíveis concorrentes ao certame licitatório, contendo risco à dinâmica das concorrências nas licitações.

Outra forma de atuação de cartéis nas licitações descritas pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE 2010, p. 458) são os rodízios de propostas e empresas, podendo variar a forma dos acordos que são implementados:

Bid Rotation: Propostas Rotativas ou Rodízio. Nos esquemas de propostas rotativas (ou rodízio), as empresas conspiradoras continuam a concorrer, mas combinam apresentar alternadamente a proposta vencedora (i.e. a proposta de valor mais baixo). A forma como os acordos de propostas rotativas são implementados pode variar. Por exemplo, os conspiradores podem decidir atribuir aproximadamente os mesmos valores monetários de um determinado grupo de contratos a cada empresa ou atribuir a cada uma valores que correspondem ao seu respectivo tamanho.

Ao aderir a esta conduta, não só existe a afronta à competitividade, como também à economicidade e vantajosidade proposta pelos princípios que rege a licitação, descaracterizando a melhor oferta, pois os preços são determinados por um grupo e não condiz com a realidade de mercado.

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE 2010, p. 458) informa, ainda, que existe a divisão do mercado como a última forma de atuação de cartéis nas licitações, sendo:

Market Allocation: Divisão do Mercado. Os concorrentes definem os contornos do mercado e acordam em não concorrer para determinados clientes ou em áreas geográficas específicas. As empresas concorrentes podem, por exemplo, atribuir clientes específicos ou tipos de clientes a diferentes empresas, para que os demais concorrentes não apresentem propostas (ou apresentem apenas uma proposta fictícia) para contratos ofertados por essas classes de potenciais clientes. Em troca, o concorrente não apresenta propostas competitivas a um grupo específico de clientes atribuído a outras empresas integrantes do cartel.

Esta conduta demonstra o domínio do mercado pelo cartel, que é imposto à Administração Pública, afrontando mais uma vez a competitividade nos certames, contendo riscos para a dinâmica dos procedimentos licitatórios.

O resultado obtido por intermédio destes desvios é o aumento dos preços pagos pela Administração Pública e a transferência ilegítima de recursos para os membros do cartel. Segundo a Cartilha do Ministério da Justiça, os principais sintomas de fraudes competitivas em cartéis são:

As propostas apresentadas possuem redação semelhante ou os mesmos erros e rasuras. - Certos fornecedores desistem, inesperadamente, de participar da licitação. - Há empresas que, apesar de qualificadas para a licitação, não costumam apresentar propostas a um determinado órgão, embora o façam para outro. - Existe um padrão claro de rodízio entre os vencedores das licitações. - Existe uma margem de preço estranha e pouco racional entre a proposta vencedora e as outras propostas. - Alguns licitantes apresentam preços muito diferentes nas diversas licitações que participam, apesar de o objeto e as características desses certames serem parecidos. - Existe um concorrente que sempre oferece propostas, apesar de nunca vencer as licitações. - Licitantes vencedores sub-contratam concorrentes que participaram do certame. - Licitantes que teriam condições de participar isoladamente do certame apresentam propostas em consórcio (BRASIL, 2008, pp. 11-12).

As diversas condutas praticadas pelas empresas na busca de burlar as regras do procedimento licitatório, cada vez mais, deixam rastros e aumenta os desfalques na economia brasileira, gerando prejuízos, devido a pratica dessas associações, que determinam os preços e a divisão do mercado.

2.3 As Licitações Públicas relativas a projetos de metrô e/ou trens e sistemas auxiliares

Este estudo de caso compreende uma investigação a um suposto cartel realizada pela Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (SG/CADE), apresentada por meio do Inquérito Administrativo n.º 08700.004617/2013-41, que oferta uma ampla compreensão a possível aplicação da Lei Antitruste. Os dados são considerados pelo CADE como suficientes para instauração de investigação e fundamentam as decisões do órgão.

O CADE instaurou o Inquérito Administrativo n.º 08700.004617/2013-41, para apurar suposta prática de cartel em licitações de trens e metrôs realizadas entre, pelo menos, 1998 e 2013 em São Paulo, Distrito Federal, Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Rio de Janeiro. Ao todo, 18 empresas e 109 funcionários dessas companhias são acusados de participação no ilícito.

As provas colhidas durante operação de busca e apreensão realizada pelo CADE em julho de 2013 demonstram que o suposto cartel teria atuado em 15 projetos licitados pela Companhia do Metropolitano de São Paulo (Metrô-SP), Companhia Paulista de Trens Metropolitanos (CPTM), Companhia do Metropolitano do Distrito Federal (Metrô-DF), Empresa de Trens Urbanos (Trensurb), Companhia Brasileira de Trens Urbanos (CBTU) e Secretaria de Estado de Transportes do Rio de Janeiro. (BRASIL, CADE, 2015)

Esses projetos totalizam contratos em torno de R\$ 9,4 bilhões. Os participantes do cartel teriam dividido as licitações entre eles e simulado a competição nos certames, por meio, por exemplo, da combinação prévia dos valores das propostas comerciais a serem apresentadas pelas empresas e consórcios concorrentes. Para implementar suas estratégias anticompetitivas, as empresas teriam se utilizado inclusive de institutos formalmente legais, como o consórcio e a subcontratação, para dar uma aparência de competição ao suposto cartel. (BRASIL, CADE, 2015)

Importante esclarecer a figura do consórcio e da subcontratação. A respeito dos Consórcios, leciona Mello (2015, p.547):

É uma associação de empresas que conjugam recursos humanos, técnicos e materiais para execução do objeto a ser licitado. Tem lugar quando vulto, complexidade ou custo do empreendimento supera ou seria dificultoso para as pessoas isoladamente consideradas.

Em síntese, consórcio é uma pessoa jurídica, formada da união de varias pessoas jurídicas, com mesmo ramo de negócios econômicos, criada por lei, com a finalidade de executar serviços públicos.

A Lei Federal n.º 8.666/1993, regula a matéria sobre a subcontratação em seus artigos 72 e 78, inciso VI. O artigo 72 dispõe que: "O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes de obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração".

A subcontratação cabe quando a empresa contratada, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, pode subcontratar partes, até o limite admitido em cada caso, pela Administração Pública. Em resumo, uma empresa contratada pode, quando permitido pela seara pública, contratar outras empresas para executar os serviços a ela adjudicados.

A promessa de subcontratação teria sido utilizada como forma de eliminar previamente competidores e até mesmo de recompensar aqueles que aderissem ao suposto cartel, por exemplo, desistindo de ações judiciais ou recursos administrativos.

A partir da assinatura de um acordo de leniência, em maio de 2013, celebrado entre a empresa Siemens, delatora do conluio, e a Superintendência-Geral do CADE, juntamente com o Ministério Público Federal (MPF) e Ministério Público do Estado de São Paulo (MP/SP). Por meio da leniência, participantes de um suposto cartel denunciam o ilícito do qual integraram e colaboram com as autoridades na apuração do caso, em troca da extinção ou redução da punibilidade. (BRASIL, CADE, 2015)

Com base nos indícios apresentados pela Siemens, o CADE obteve autorização judicial para realizar, em 4 de julho de 2013, operação de busca e apreensão na sede de 13 empresas que provavelmente participaram do suposto do cartel. As diligências contaram com a participação da Polícia Federal. (BRASIL, CADE, 2015)

A análise do material apreendido – mais de 30 terabytes de dados eletrônicos e documentos físicos – resultou na instauração do Inquérito Administrativo nº 08700.004617/2013-41. (BRASIL, CADE, 2015)

Os documentos apreendidos pelo CADE foram compartilhados, com a Polícia Federal, Ministério Público Federal e Ministério Público de São Paulo, para apurações criminais de competência desses órgãos. O CADE também encaminhou cópia da investigação à Procuradoria-Geral da República, Ministério Público Federal, Ministérios Públicos de São Paulo e do Distrito Federal e Corregedoria da Administração do Estado de São Paulo. Além desses órgãos, a autarquia comunicará oficialmente a abertura do processo administrativo à Controladoria-Geral da União, Ministério Público do Rio de Janeiro e Secretaria de Transparência e Controle do Distrito Federal. (BRASIL, CADE, 2015)

Em janeiro de 2015 a Justiça aceitou a denúncia do Ministério Público de São Paulo e iniciou uma ação de indenização contra 15 empresas, suspeitas de formação de cartel em licitação, e em março deste mesmo ano iniciou uma nova ação, desta vez contra 11 empresas acusadas de formar um cartel para obter contratos da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos (CPTM). A decisão é do juiz Marcos Pimentel Tamassia. Os promotores analisaram três contratos para a manutenção preventiva de trens da companhia. De acordo com a investigação, as multinacionais se uniram para fraudar licitações. O Ministério Público agora investiga a participação de servidores públicos no esquema.

2.4 Do acordo de leniência: “ a denúncia”

Antes de adentrar no estudo do acordo celebrado no caso do suposto cartel, cabe aqui esclarecer a diferença existente entre a Delação Premiada e o Acordo de Leniência, sendo eles figuras jurídicas que se assemelham, pela existência de um colaborador e o efeito suavizante das penalidades que são aptas a produzir, mas que não se confundem.

No Brasil, várias leis fazem menção à Delação Premiada, cada uma delas descreve quais requisitos necessários e qual tipo de benefício será dado ao acusado, a exemplo, a Lei n.º 7.492/1986 de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, no título – Da aplicação e do procedimento criminal, determina o art. 25, §2º acrescentado pela Lei n.º 9080/95:

Nos crimes previstos nesta lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços).;

A Lei n.º 9.613/1998 de Crimes de “Lavagem” de Dinheiro, em seu Capítulo I - dos crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores, diz o § 5º Art. 1º:

A pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

E ainda sobre o tema, a relatora Carmelita Brasil e revisor Sérgio Rocha, ambos da 2ª Turma Cível por meio do Acórdão n.º 804101, 20110110453902APC expuseram que:

A delação premiada tem aplicação restrita à esfera penal, não alcançando as demais sanções por improbidade administrativa. O recebimento de vantagem indevida por agentes públicos para obter apoio político em campanha eleitoral configura ato de improbidade, sujeito às sanções criminais, cíveis e administrativas. No caso, um dos réus, delator da existência e do funcionamento de organização criminosa instalada na cúpula do GDF, foi beneficiado judicialmente com a delação premiada em virtude da confissão e do termo de colaboração firmado com o MPDFT. Todavia, para o voto majoritário, não cabem os benefícios da delação premiada e do perdão judicial em sede de ação de improbidade administrativa, mesmo por analogia, pois trata-se de institutos exclusivos da esfera penal. Por sua vez, no voto minoritário entendeu-se que, pela interpretação teleológica do ordenamento jurídico, as regras do direito penal alusivas à colaboração premiada devem ser estendidas para a esfera da improbidade administrativa. Acórdão n.º 804101, 20110110453902APC, Relatora: CARMELITA BRASIL, Revisor:

A Delação Premiada implica em um compartilhamento de culpa em que o delator assume e também entrega o cúmplice. Depende de homologação judicial e o objeto da premiação relaciona-se à sanção de uma infração penal com reflexos na liberdade individual.

No que tange ao Acordo de Leniência, vimos no primeiro capítulo que a autoridade competente para negociar os acordos de leniência é a Superintendência-Geral do CADE. E que este acordo permite a colaboração de um dos participantes do cartel. É o que prevê o art. 86 da Lei n.º 12.529/2011:

Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo [...]

As leis anticorrupção brasileiras são cíveis, e com punições administrativas. O Acordo de Leniência é puramente administrativo. Não envolve a acusação de comparsa e o objeto de sua tolerância e a penalidade decorrente da confessada prática de uma infração administrativa, de cunho patrimonial ou funcional.

Consta nos autos do Inquérito Administrativo n.º 08700.004617/2013-41 que por meio da celebração de um Acordo de Leniência entre a Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (SG/CADE), alguns membros envolvidos no suposto cartel, que agia em licitações para a contratação de serviços relativos a projetos de metro e/ou trens e sistemas auxiliares denunciaram o esquema fraudulento.

Segundo a denúncia, os beneficiários confessaram a ocorrência de contatos entre concorrentes com o objetivo de eliminar a competição em licitações públicas relativas a projetos de metrô e/ou trens e sistemas auxiliares, desde, pelo menos, 1998 se estendendo, pelo menos, até o momento da realização das buscas e apreensões em 04 de julho de 2013.

Os denunciantes apresentaram evidências diretas das fraudes à licitação pública. O conjunto probatório reunido permitiu concluir pela presença de fortes indícios de que as empresas e pessoas físicas celebraram ajustes com a finalidade de fixar preços, dividir

mercado e ajustar condições, vantagens ou abstenção em licitações públicas relativas a projetos de metrô e/ou trens e sistemas auxiliares.

Segundo os autos do inquérito em tela, as estratégias adotadas pelos representantes com vistas a implantar os objetivos do suposto cartel nos projetos de que participaram ou que pretendiam participar foram: divisão de mercado, combinação de valores, formação de consórcio, subcontratação de concorrentes. Tais entendimentos teriam sido firmados e mantido por meio de reuniões presenciais, telefonemas, e-mails e acordos escritos. As comunicações se davam antes, durante e depois dos processos licitatórios e tinham como objetivo definir preços e condições de participação nos certames.

2.5 Da implantação do suposto cartel

As evidências colhidas no Inquérito Administrativo n.º 08700.004617/2013-41, até o momento permitiram a identificação preliminar de, pelo menos, 15 projetos que teriam sido afetados pelo suposto cartel. Isto porque os fatos trazidos pelos beneficiários e os materiais probatórios reunidos revelam uma grande coincidência entre os concorrentes envolvidos nos diferentes acordos ilícitos supostamente celebrados.

Com base nos relatos dos beneficiários do acordo de leniência, os contatos ilícitos entre os representantes teriam iniciado em 1998, por ocasião do processo licitatório referente ao projeto da Linha 5 do Metrô de São Paulo, em sua fase 1. Nesse momento as empresas interessadas na participação do certame licitatório (Siemens, Siemens AG, Alstom Transport, DaimlerChrysler, CAF, Mitsui e T'rans) teriam acordado a divisão do escopo da licitação, o que supostamente foi implementado por meio de um reconsortamento com vistas a apresentação de proposta única no certame por meio do Consórcio SISTREM, formado pela união dos consórcios que anteriormente tinham apresentado como concorrentes na fase de pré-qualificação. (BRASIL, CADE, INQUÉRITO ADMINISTRATIVO n.º 08700.004617/2013-41)

Ainda segundo os beneficiários, os contratos anticompetitivos teriam se expandido a partir do início dos anos de 2000 para os projetos da Companhia Paulista de Trens Metropolitana (CPTM) de manutenção de trens das séries 2000, 3000 e 2100. Tais projetos teriam sido divididos entre os concorrentes. Em 2007 e 2008 haveria uma nova rodada de negociação para divisão de novos projetos de novas licitações realizadas

pela CPTM. O mesmo ocorreu também em 2011 e 2013. (BRASIL, CADE, INQUÉRITO ADMINISTRATIVO nº 08700.004617/2013-41)

Os beneficiários ainda relatam que mesmo após negociações e realizações das licitações, as empresas continuavam mantendo contato sobre possíveis acordos futuros, que envolveriam projetos sob a modalidade de empreitada integral. Segundo os Beneficiários as empresas pretendiam resolver no futuro qual seriam os formatos das cooperações. E em vários desses acordos as empresas vencedoras subcontratariam as outras empresas participantes dos acordos. (BRASIL, CADE, INQUÉRITO ADMINISTRATIVO nº 08700.004617/2013-41)

Os documentos apreendidos levantam fortes indícios de que os supostos contatos anticompetitivos teriam se expandido, entre os anos de 2008 e 2009.

2.6 O caso do Metrô de São Paulo – linha 5 (fase 1)

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) investiga uma suposta formação de cartel para licitações do Metrô de São Paulo e do Distrito Federal e da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos (CPTM). A empresa alemã Siemens, que faria parte do suposto esquema, entregou ao Cade documentos em que afirma o envolvimento de várias empresas na formação cartel. Além da Siemens, seriam ainda participantes subsidiárias a francesa Alstom, a canadense Bombardier, a espanhola CAF e a japonesa Mitsui.

O processo licitatório da construção da linha 5 do metrô de São Paulo ocorreu entre 1999 e 2000, o objeto do edital deste processo licitatório é a construção do trecho entre o Capão Redondo e o Largo Treze, o que incluía a implementação de 9,4 KM de linha, além da manutenção de 550m do pátio de manobras e o fornecimento de 8 trens com 6 carros cada. Sendo instaladas seis novas estações, originando um contrato no valor de R\$ 519.870.878,26. (BRASIL, CADE, INQUÉRITO ADMINISTRATIVO nº 08700.004617/2013-41)

Os beneficiários informaram que o acordo anticompetitivo celebrado no âmbito desse projeto teria ocorrido por meio de um reconsociamento entre as principais empresas do mercado, durante o processo licitatório. As empresas inicialmente apresentaram-se como concorrentes e, após a fase pré-qualificação, decidiram formar um único consórcio, denominado “SISTREM”, e desse modo, apresentar uma única proposta, com participação somente das empresas pré-qualificadas, eliminando a

possibilidade de disputa entre os concorrentes e possivelmente causando a elevação dos preços da proposta. Porém, nesta situação, não ocorreu apenas a formação do consórcio, foram subcontratadas também as empresas Mitsui & Co, Mitsui e T'rans, resultante de acordos ilícitos. Neste sentido não teria havido competição real entre as empresas, e por isso, é possível que os preços das propostas apresentadas tenham sido superiores aos que seriam ofertado em uma situação de concorrência, em que as empresas teriam incentivo para apresentarem suas melhores propostas com a finalidade de vencer o certame. (BRASIL, CADE, INQUÉRITO ADMINISTRATIVO nº 08700.004617/2013-41)

De modo que há fortes indícios do envolvimento de servidores públicos nestes acordos ilícitos, pois somente após as empresas terem sido pré-qualificadas é que houve a formação de um novo consórcio, “SISTREM”, e este por sua vez apresentou uma proposta, sendo esta única, possivelmente com preços supracompetitivos, eliminando a competição. Pois para a inclusão de novos documentos após o avançar de fases de uma licitação é necessário o conhecimentos dos membros que compõem a comissão, ou a previsão no instrumento convocatório desta concessão.

Os documentos apreendidos corroboram com os relatos dos beneficiários e confirmam a previsão da possibilidade da existência de acordos caso o resultado da licitação não fosse o desejado pelo grupo de empresas interessadas em ganhar a licitação.

Dentre tantos outros documentos apresentados pelos beneficiários, importante destacar uma apresentação preparada pelo Sr. Marco Vinicius Barbi Missawa, gerente da Unidade de Material Rodante da empresa Siemens. Nesta apresentação datada de junho de 2003, verifica-se a afirmação de que o “consórcio combinado” é muito bom para todos os participantes, veja-se: “Consórcio político, e portanto com BE muito bom para os participantes”. Além disso, há o seguinte comentário abaixo do documento: “o projeto Linha 5 foi a última adjudicação real, no qual a entrega dos veículos foi realizada por um consórcio “político”, o que resultou em um preço foi muito alto.” (BRASIL, CADE, INQUÉRITO ADMINISTRATIVO nº 08700.004617/2013-41)

Como se observa os trechos dos documentos acima descritos evidencia os indícios de que as empresas concorrentes se reuniram para manipular o resultado final do certame, dividindo o objeto da licitação referente ao projeto Linha 5 do Metrô de São Paulo.

CAPÍTULO III . POSSÍVEIS SANÇÕES APLICÁVEIS AOS ENVOLVIDOS NO CARTEL

3.1 Crimes na Lei Antitruste

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) apresentou, por meio do Inquérito Administrativo nº 08700.004617/2013-41 uma possível configuração de cartel nas contratações envolvendo projeto de metrô e/ou trens e sistemas auxiliares no mercado de licitação pública na cidade de São Paulo.

A Lei Antitruste nº 12.529/2011 do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência que combate o Cartel aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas do direito público ou privado, conforme prevê os arts. 31 e 32 vejam-se:

Art. 31. Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

Art. 32. As diversas formas de infração da ordem econômica implicam a responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente.

Constituem infração da ordem econômica, previsto no art. 36 da Lei n.º 12.529/2011, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, mesmo que não sejam alcançados: limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente os lucros; e exercer de forma abusiva posição dominante.

Todas essas práticas tendem a eliminar do mercado consumidor empresas concorrentes que não formem o cartel, impedindo que novas empresas concorrentes venham a surgir, restringindo assim o mercado.

A Lei combate as medidas desleais à concorrência, adotando o rigor da legislação anterior no tocante às penas aplicadas aos infratores de ordem econômica. As sanções atingem tanto a empresa infratora como os empresários que a dirigem, bem como outras entidades de qualquer natureza, que participem das infrações previstas pela Lei.

O art. 37 da Lei Antitruste dispõe que:

Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

I - no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação;

II - no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais);

III - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I do caput deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do caput deste artigo.

§ 1º Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro.

§ 2º No cálculo do valor da multa de que trata o inciso I do caput deste artigo, o Cade poderá considerar o faturamento total da empresa ou grupo de empresas, quando não dispuser do valor do faturamento no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, definido pelo Cade, ou quando este for apresentado de forma incompleta e/ou não demonstrado de forma inequívoca e idônea.

Como explica Petter (2011, p. 227), “neste caso, o CADE tem o papel de reprimir as práticas lesivas aos valores protegidos pela lei: tais como cartéis, vendas casadas, preços predatórios, acordos de exclusividade, dentre outras”. Pontua-se em relação aos valores acima relatados, que eles poderão ser atualizados, por indicação do Tribunal, por meio de portaria conjunta do Ministério da Fazenda e Ministério da Justiça. Para a concretização desta função educativa Petter (2011, p.228) aduz que:

[...] é essencial a parceria com instituições, tais como universidades, institutos de pesquisa, associações, órgãos do governo. O CADE desenvolve esse papel através da realização de seminários, cursos, palestras, da edição da Revista de Direito Econômico, do Relatório Anual e de cartilhas.

Estas penalidades se apresentam muito mais severas, do que as penalidades administrativas adotada pela Lei de Licitações que será exposta veremos a seguir. Este artigo deixa claro ao definir que tanto pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado são penalizadas.

Além dessas penalidades também prevê o art. 38 da lei que:

Art. 38. Sem prejuízo das penas cominadas no art. 37 desta Lei, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente:

I - a publicação, em meia página e a expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por 2 (dois) dias seguidos, de 1 (uma) a 3 (três) semanas consecutivas;

- II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, na administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta, por prazo não inferior a 5 (cinco) anos;
- III - a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor;
- IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:
 - a) seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito;
 - b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos;
- V - a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade;
- VI - a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos; e
- VII - qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

Quando se tratar de fatos graves ou interesse público geral, poderão ser impostas à empresa infratora outras penas, isolada ou cumulativamente.

A Lei também prevê medidas contra a possível desconsideração, por parte de uma empresa, de alguma punição ou advertência do CADE. Pela continuidade de atos ou situações que configurem infração da ordem econômica, após decisão do plenário do CADE determinando sua cassação, ou pelo descumprimento de medida preventiva ou compromisso de cessação previsto na Lei Antitruste, o responsável fica sujeito à multa diária.

Na aplicação das sanções estabelecidas pela Lei serão levados em consideração vários fatores, prevista no art. 45 da Lei Antitruste, são eles:

- I - a gravidade da infração;
- II - a boa-fé do infrator;
- III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;
- IV - a consumação ou não da infração;
- V - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros;
- VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado;
- VII - a situação econômica do infrator; e
- VIII - a reincidência.

É a aplicação dos princípios do Direito Penal, aos crimes de abuso do poder econômico por uma empresa, com reflexos sobre o empresário que a dirige. É conveniente lembrar que a nova Lei Antitruste adota a teoria da descaracterização da pessoa jurídica.

Sobre o assunto, leciona Forgioni (2008, p.353):

Muito embora, no sistema de nossa Lei Antitruste, as expressões “acordos entre agentes econômicos” e “acordos entre empresas” sejam tomadas como sinônimas, como vimos anteriormente, deve-se ter em mente que o teor do Art. 15 da Lei Antitruste traz à luz, de imediato, a ideia de que não apenas empresas (no sentido de entidades que organizam fatores de produção), mas qualquer agente que desempenhe função no mercado (ou atividade econômica em sentido estrito) está sujeito à regulamentação antitruste.

Observa-se, portanto, que a Lei n.º 12.529/2011, além das severas penas estabelecidas no Art. 37 e subsequentes, estabelecem também uma série de agravantes ou atenuantes que poderão ser consideradas quando dá aplicação da reprimenda por parte da autoridade antitruste.

A respeito do caso em análise, o inquérito administrativo conclui identificando a existência de indícios robustos das praticas prejudiciais à livre concorrência supostamente adotadas pelos participantes das licitações relativas aos projetos do metro e/ou trens e sistemas auxiliares, sendo possível e pertinente a aplicação de todas estas penalidades.

3.2 Sanções impostas devido à prática de Cartel segundo as normas licitatórias

A Lei n.º 8.666/1993 tem uma tutela penal específica e ampla para licitação e contratação administrativa. Justen Filho (2014, p.1167) explica que:

Grande parte das condutas reprováveis dos agentes públicos e dos particulares, hipoteticamente praticáveis no curso de licitação ou de contratação administrativa, pode ser reconduzida a tipos contidos no Código Penal.

É o que ocorre com a falsificação de documentos prevista no Código Penal. Com isto, é possível verificar que as sanções prevista nas leis de licitações são bastantes severas.

Os crimes tipificados na Lei n.º 8.666/93 não admitem a modalidade culposa. Greco Filho (2007, p. 127) afirma que “a inviabilidade da concretização dos crimes da Lei n.º 8.666/93 em modalidades meramente culposas”.

O art. 47, § 2º da Lei n.º 12.462/2011 que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), diz que as sanções administrativas, criminais e demais regras prevista no Capítulo IV da Lei n.º 8.666/93 aplicam-se às licitações e aos contratos regidos por ela. Apresentando sanções administrativas com à previsão da pena de impedimentos de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, pelo prazo de cinco anos, sem prejuízos de multas previstas no Edital e no

Contrato bem como demais comunicações legais. Essa penalidade é prevista também no art. 87, inciso III da Lei nº 8.666/1993 juntamente com a pena de suspensão temporária de participação em licitação, não podendo durar por prazo superior a dois anos. Sobre o tema Di Pietro (2013, p.469), diz que:

Na Lei do RDC, houve uma alteração apenas quanto à pena de impedimento de licitar e contratar, com o prazo esticado para cinco anos e deixando claro que a proibição atinge as licitações e contratos com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios.

Outro ponto em que a Lei do RDC prevê sanção é o art. 47 § 1º, quando estabelece que a aplicação da sanção de impedimento de licitar e contratar implica também no descredenciamento do licitante no sistema de cadastramento dos entes federativos por cinco anos. Tendo estas penalidades registradas no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (SICAF).

Já a Lei nº 8.666/1993 descreve entre os arts. 89 a 98 os tipos penais que abrange. Todos constituem infrações à licitação regular, possuem como sujeitos ativos os licitantes, servidores públicos e pessoas a eles vinculadas.

Haja em vista que muitos desses crimes possuem como sujeito ativo os servidores públicos responsáveis pela licitação e/ou terceiro que tenha concorrido para a consumação da ilegalidade e que tenham se beneficiado com esta, é que não se faz necessário adentrar em alguns artigos, tais como os arts. 89, 91, 92, 94, 97 e 98 da Lei nº 8.666/93, pois o caso do suposto cartel relatado no Inquérito Administrativo n.º 08700.004617/2013-41 demonstra que não houveram envolvimento de servidores públicos nos acordos realizados, até o momento em que fora entregue a denúncia, havendo apenas no caso analisado a possibilidade de punição para as empresas que tenham corroborado para as ilegalidades.

A Lei de Licitações traz penalidade a ser aplicada ao participante de licitação que age de forma a inibir a competitividade. O art. 90, explica que frustrar ou fraudar competição em licitação viola de maneira frontal a finalidade da licitação, qual seja, possibilitar a igualdade de oportunidades em competição entre terceiros para contratar com a Administração Pública, evitando apadrinhamentos, favoritismos e perseguições.

É crime o ato de impedir a disputa em procedimentos de licitação. O art. 90 da Lei n.º 8.666/93 prevê que:

Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da

adjudicação do objeto da licitação. Pena – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos e multa.

Importante esclarecer aqui que o sujeito, segundo Justen Filho (2014, p. 1177), poderá ser tanto o particular que participa da licitação, quanto o servidor público que intervir na fase interna ou externa da licitação.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal de Justiça já decidiu:

Delito pelo qual o paciente foi condenado previsto no art. 90 da Lei de Licitações, [...] não é crime de responsabilidade, tampouco crime funcional ou próprio. Para que se configure prática do referido crime, não é necessário o desempenho de função pública, a ocupação de cargo público, ou o exercício de mandato eletivo. Qualquer pessoa pode cometê-lo, eis que não há vínculo subjetivo com o funcionário público. (HC 26.089/SP, 5ª T, rel. Min. Gilson Dipp, j. em 06.11.2003, DJ em 1º.12.2003)

No caso abordado neste trabalho, em sendo comprovado o cartel, os envolvidos certamente serão penalizados conforme dispõe o artigo supracitado, por terem impedidos, ou seja, frustrado a competição inerente à licitação, por terem participado de ajustes ou combinações. Segundo Justen Filho (2014, p. 1178), mesmo ocorrendo a invalidação do certame não exclui a configuração do crime.

Este crime não se confunde com o crime previsto no art. 95 da Lei de Licitações, que atinge o comportamento praticado diretamente perante o terceiro, ou seja, o futuro competidor ou interessado na licitação. Assim aduz o art. 95 da Lei n.º 8.666/93:

Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo:
Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.
Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida.

Fazendo um paralelo com o caso em estudo, o suposto cartel nas contratações envolvendo os projetos de metrô, trens e sistemas auxiliares em São Paulo, só haverá crime se a vantagem ofertada caracterizar a oferta como meio de retirar o terceiro da participação na licitação. Caso seja acolhida a denúncia do CADE é possível a aplicação desta pena, diante de todas as provas elencadas fica comprovada que houve sim tal conduta.

Obstar, perturbar ou fraudar a realização do ato do procedimento licitatório é considerado crime e são puníveis na lei de licitações em seu art. 93, tais condutas dificultam a prática do ato da licitação é punível com detenção de seis meses a dois anos, e multa.

Também incorre em crime os interessados que participem do procedimento licitatório ou da contratação pública e que fraudem, no caso refere-se a finalidade da licitação, qual seja, a selecionar a proposta mais vantajosa para a administração, mediante disputa entre os particulares, prevista no art. 96 da Lei nº 8.666/93. Tal conduta poderá ser aplicada ao caso do suposto cartel do metrô em São Paulo, pois as empresas ao se associarem, levaram a Administração Pública a contratar acreditando terem feito o melhor julgamento.

Melo (2014, p. 630) explica que: “As penas variam conforme o crime, entre seis meses de detenção e incluem sempre multa, que nunca será a 2% nem superior a 5 do valor do contrato licitado ou celebrado [...]”

A aplicabilidade por parte dos entes administrativos destas sanções, quando identificado no procedimento licitatório, condutas ilícitas, deve ser efetiva, buscando inibir as ações lesivas a concorrência.

3.3 Sanções de natureza penal

Segundo Justen Filho (2014, p. 1167), “É sempre problemático produzir análise acerca de questões penais quando se parte do âmbito de outros ramos do Direito. A ausência de conhecimentos próprios do Direito Penal dificulta a compreensão e explicação das regras”. No entanto é essencial punir na esfera criminal uma conduta que seja extremamente reprovável.

Se há a finalidade de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante o Código Penal em seus art. 299 prever um delito, veja-se:

Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular.

Parágrafo único - Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, aumenta-se a pena de sexta parte.

Trazendo este delito para o caso do suposto cartel nas licitações de metrô e/ou trens e auxiliares em São Paulo, não consta nos autos do inquérito falsificação de documentos oficiais, o que ocorreu foram acordos.

O art. 326 do Código Penal tipificou a violação de sigilo em concorrência, aplicando a este ato uma pena de detenção, de 3 meses a 1 ano, e multa.

Sobre o assunto leciona Greco (2015, p. 1093) que o art. 326 do Código Penal foi revogado pelo art. 94 da Lei nº 8.666/93, que regulamentou o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal. Em uma comparação com os artigos ele observa que a lei de licitações modifica a expressão concorrência pública para procedimento licitatório, abrangendo, portanto, outras situações não previstas no tipo penal revogado.

O referido Código também penaliza outras condutas reprovável no âmbito específico da concorrência, dentre elas a prevista no art. 335, que dispõe:

Art. 335 - Impedir, perturbar ou fraudar concorrência pública ou venda em hasta pública, promovida pela administração federal, estadual ou municipal, ou por entidade paraestatal; afastar ou procurar afastar concorrente ou licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único - Incorre na mesma pena quem se abstém de concorrer ou licitar, em razão da vantagem oferecida.

O art. 335 do Código Penal também fora revogado, segundo Greco (2015, p. 1135), pelos tipos penais trazidos pela Lei de Licitações, em seus arts. 93 e 95.

Algumas das penas previstas no Código Penal, segundo Justen Filho (2014, p. 1168) a depender do caso concreto, sempre de acordo com os princípios de Direito Penal, poderá verificar-se a absorção de certos crimes por outros. Ou seja, as normas penais contidas na lei de licitações serão aplicadas tomando por base o princípio da especialidade.

3.4 Lei “Anticorrupção” e as sanções as pessoas jurídicas

A Lei Federal nº 12.846/2013, também conhecida como Lei “Anticorrupção”, representa um importante avanço ao prever a responsabilização objetiva, no âmbito civil e administrativo, de empresas que praticam atos lesivos contra a administração pública nacional ou estrangeira, além de atender a compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, a nova lei finalmente fecha uma lacuna no ordenamento jurídico do país ao tratar diretamente da conduta dos corruptores.

As empresas podem ser responsabilizadas em casos de corrupção, independentemente da comprovação de culpa. Esta Lei pode ser aplicada pela União,

estados e municípios e tem competência inclusive sobre as empresas brasileiras atuando no exterior.

Esta previsto no art. 3º desta lei a responsabilização administrativa e civil da pessoa jurídica, que dispõe:

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

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

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

Na esfera administrativa, as sanções aplicáveis às pessoas jurídicas responsáveis pelos atos lesivos são multa e publicação extraordinária da decisão condenatória. A lei tem um parâmetro muito importante, a pois a punição nunca será menor do que o valor da vantagem auferida de forma ilícita pela empresa.

Já na esfera judicial, as sanções consistem em perdimento de bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, suspensão ou interdição parcial de suas atividades, dissolução compulsória da pessoa jurídica e proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público.

Prevê o art. 14 desta lei que:

Art. 14. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa.

A penalidade mais grave aplicável à empresa prevista na Lei Anticorrupção consiste na dissolução compulsória, também denominada de “pena de morte da pessoa jurídica”.

Esta sanção somente será fixada se restar comprovado ter sido a personalidade jurídica utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos ou ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

Segundo Mello (2014, pp. 62-63) para que a pessoa jurídica possa ser sancionada na esfera administrativa é necessário que tenha praticado um ilícito

administrativo. O ilícito será administrativo quando lhe houver atribuída alguma sanção administrativa, ou seja, uma medida afliativa de caráter negativo, imposta pela Administração Pública como forma de resposta ao comportamento ilícito cometido.

No caso em estudo não é possível a aplicação desta lei, pois é posterior à conduta criminosa praticadas.

3.5 Lei de Improbidade Administrativa

A Constituição Federal em seu art. 37, § 4º dispõe que: os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei [...].

A Lei n.º 8.429/92, conhecida como LIA (Lei de Improbidade Administrativa), zela pela retidão e honestidade nos negócios públicos, tem natureza civil. Sobre esta lei o Supremo Tribunal de Justiça explica que:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. PREFEITO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INFORMAÇÕES, NÃO ATENDIDAS, SOLICITADAS PELA CÂMARA LEGISLATIVA AO CHEFE DO PODER EXECUTIVO MUNICIPAL. ART. 11 DA LEI 8.429/92. ELEMENTO SUBJETIVO (DOLO) NÃO CONFIGURADO. RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS DESPROVIDO.

1.A Lei da Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92) objetiva punir os praticantes de atos dolosos ou de má-fé no trato da coisa pública, assim tipificando o enriquecimento ilícito (art. 9o.), o prejuízo ao erário (art. 10) e a violação a princípios da Administração Pública (art. 11); a modalidade culposa é prevista apenas para a hipótese de prejuízo ao erário (art. 10).

2.O ato ilegal só adquire os contornos de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvada pela má-intenção do administrador, caracterizando a conduta dolosa; a aplicação das severas sanções previstas na Lei 8.429/92 é aceitável, e mesmo recomendável, para a punição do administrador desonesto (conduta dolosa) e não daquele que apenas foi inábil (conduta culposa). Precedentes: AIA 30/AM, CE, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe 27.9.2011, REsp. 1.103.633/MG, 1T, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 2.8.2010.

Improbidade administrativa é a caracterização de determinadas condutas praticadas por agentes públicos e também por particulares, que nelas tomem parte.

O art. 2º da Lei de Improbidade Administrativa tem a preocupação em definir e especificar o agente público, como sendo todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades públicas da Administração Direta e Indireta.

Da mesma forma, Lei nº 8.429/92, teve o cuidado de apresentar a definição dos terceiros que estão sujeitos às suas disposições ao asseverar, em seu art.3º, definir como tal todos aqueles que, mesmo não sendo agentes públicos, induzam ou concorram para a prática do ato ímprobo ou dele se beneficiem sob qualquer forma direta ou indireta.

A definição das condutas trazidas pela LIA é dada pelos arts. 9, 10 e 11, em seus textos os atos de improbidade administrativa são divididos da seguinte forma: o enriquecimento ilícito, danos ao erário público e os atos contra os princípios da Administração Pública, contendo suas respectivas penas, sem excluir outras penas.

No art. 9º da Lei de Improbidade Administrativa o enriquecimento ilícito é considerado o fato de um agente público obter qualquer aumento indevido de seu patrimônio em virtude do exercício de função pública. A lei também estabelece a possibilidade de o indivíduo ser punido de diferentes maneiras se praticar ato de improbidade administrativa. No caso do enriquecimento ilícito, as punições previstas são as seguintes: perda dos valores que o agente público tenha obtido ilicitamente, indenização do dano que o patrimônio público tenha sofrido perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa de até três vezes o valor recebido indevidamente e proibição de contratar com os órgãos públicos ou receber benefícios fiscais, direta ou indiretamente, pelo prazo de dez anos.

O artigo 10 da Lei de Improbidade faz referência aos atos que causam lesão ao erário, definindo o ato de improbidade da seguinte forma:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades [...]

O responsável pelo ato de improbidade está sujeito, às seguintes sanções: ressarcimento integral do dano; perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer essa circunstância; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos; pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano; e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefício ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de

pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos.

O Ministério Público da União (MPU 2008, p. 16) já esclareceu que Improbidade administrativa não é crime, veja-se:

A LIA é considerada uma lei de natureza cível em sentido amplo; as condutas e as sanções que ela estabelece não têm natureza penal, não ficando sujeitas, portanto, às normas gerais do Direito Penal. Isso não quer dizer que uma conduta concreta enquadrável na Lei n. 8.429/1992 não seja, ao mesmo tempo, crime sancionável pelo Código Penal ou outra norma de natureza penal.

O caso do suposto cartel no mercado de licitações públicas relativas ao projeto de metro e/ou trens e auxiliares de São Paulo, citado no Inquérito Administrativo n.º 08700.004617/2013-41, em suas apurações, não aborda a participação de agentes públicos. No entanto as investigações vêm demonstrando fortes indícios do envolvimento de servidores públicos nestes acordos ilícitos, pois somente após as empresas terem sido pré-qualificadas é que houve a formação de um novo consórcio, “SISTREM”, e este por sua vez apresentou uma proposta, sendo esta única, possivelmente com preços supracompetitivos, eliminando a competição. Pois para a inclusão de novos documentos após o avançar de fases de uma licitação é necessário o conhecimentos dos membros que compõem a comissão, ou a previsão no instrumento convocatório desta concessão. Porém caso venha a se confirma que houve a participação de agentes públicos nestes atos ilícitos os mesmo passaria a receber as punições previstas nesta lei.

Os esquemas de cartéis em licitações frequentemente incluem mecanismos de partilha e distribuição entre os conspiradores dos lucros adicionais obtidos através da contratação por preço final mais elevado. Ainda assim, é possível tomar algumas medidas para dificultar a sua prática.

Dentre tais medidas, pode-se citar: a formação profissional dos membros da Administração Pública, sendo importante para consolidar a percepção dos funcionários públicos quanto a questões relativas à concorrência nas contratações públicas. De fato, a identificação de irregularidades mais comuns permite aos órgãos de controle, e também ao gestor, promover medidas saneadoras, de modo a prevenir a reincidência e apurar responsabilidades.

Como ficaram demonstradas neste trabalho, as penas aplicáveis a pratica de cartel deveriam ser mais severas e o sistema de justiça bem mais eficiente.

As multas, que variam de acordo a gravidade do crime e as penas que podem ser convertidas em penas alternativas, evitando a reclusão, não detém o cartel e nem puni

com rigor os executivos das empresas participantes. Além disso, outra questão deve ser levantada com relação às penas, é a aplicabilidade destas, Juliano Souza de Albuquerque Maranhão, professor da Faculdade de Direito da USP em entrevista a Mídia News, explica que: “É muito difícil ter uma combinação penal que leve à condenação em crimes de colarinho branco, por isso é difícil vermos prisões”. Sendo o cartel hoje no Brasil, um crime que muitas vezes compensa.

No caso em questão, o Inquérito Administrativo foi concluído em 2014, e encontra-se em poder do Ministério Público Federal, que alega depender de autoridades estrangeiras para envio de documentos.

Outra medida que pode evitar a formação de cartel, é a capacitação dos agentes públicos, que manipulam todo o procedimento, sendo esta indispensável ao exercício de cargos na Administração Pública, pois ao elaborar um processo de contratação pública, os responsáveis pelas aquisições devem estar conscientes dos diversos fatores que podem facilitar o conluio. Como, por exemplo, no caso do metro de São Paulo, a unificação de um objeto tão extenso, possibilitou que as empresas se unissem para a formação de um consórcio “SISTREM” e dividissem a contratação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para o desenvolvimento da economia é importante existir competição no mercado, razão pela qual o Estado deve incentivar a competitividade dos agentes econômicos para garantir aumento dos recursos. Esta competição baseasse no princípio da livre concorrência.

O poder de um cartel de limitar a concorrência prejudica a inovação, impedindo que outros concorrentes façam parte do processo produtivo, limitando o crescimento econômico. Isso resulta em perda de bem-estar do consumidor e, no longo prazo, perda da competitividade da economia.

Entende-se, portanto, que se deve, nas licitações, fomentar a disputa entre os interessados, desde que não comprometa o interesse estatal, o princípio da isonomia, a finalidade administrativa e a segurança da contratação.

As ilegalidades cometidas, em licitações, caracterizam-se não somente pelos interesses dos agentes públicos ímprobos, mas também pelo comportamento de empresas, que frequentemente cometem atos contrários à competição na esfera das compras públicas. Isso porque, o ambiente licitatório é propício à formação de cartéis, visto que, os agentes econômicos envolvidos na disputa podem agir de várias formas coordenadas, como ocorreu no caso do suposto cartel no mercado de licitações públicas relativas aos projetos de metro e/ou trens e auxiliares de São Paulo, segundo o Inquérito Administrativo n.º 08700.004617/2013-41.

O princípio da isonomia, a busca pela proposta mais vantajosa e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, são objetivos igualmente relevantes a que se propõe a licitação, sendo totalmente prejudicado com a realização de ajustes ou acordos explícitos ou tácitos entre os concorrentes, restringindo a livre concorrência.

As diversas condutas praticadas pelas empresas na busca de burlar as regras do procedimento licitatório, cada vez mais, deixam rastros e aumenta os desfalques na economia brasileira, gerando prejuízos, devido a pratica dessas associações, que determinam os preços e a divisão do mercado.

Imprescindível destacar a importância do CADE para a apuração nas

investigações dos crimes contra a ordem econômica. Porém, apreciação da formação de cartéis e dos seus impactos na ordem econômica não pode ser analisada somente sob o prisma de infração administrativa, eis que os sujeitos da reprimenda administrativa também estão sujeitos a outras formas de responsabilização pelo ilícito, como a persecução criminal e a reparação por dano através da responsabilidade civil por parte daqueles que tenham sido afetados.

O caso ora analisado apresentou a existência de indícios robustos de infração à ordem econômica, elencou provas que evidenciam a prática de cartéis e o envolvimento de agentes públicos.

O presente trabalho buscou demonstrar a hipótese de configuração de cartel no caso estudado, possibilidade de aplicação das normas quando da configuração da conduta do cartel, evidenciar a ineficiência da estrutura judiciária, em julgar crimes considerados de colarinho branco, bem como a importância da atenção por parte dos gestores públicos quanto aos sinais de conluio encontrados não somente nos autos do processo licitatório, mas também no tocante à interação dos concorrentes, provocada pelo constante contato destes.

Partindo-se do pressuposto de que a formação de cartéis configura infração à ordem econômica e que pode ser sancionada no âmbito administrativo, criminal e civil, verificou-se que as empresas participantes das licitações públicas no caso do metro de São Paulo estão sujeitas à reprimenda por parte do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, mormente sob a égide da Lei 12.529/2011.

As provas que embasaram a abertura do inquérito pelo CADE demonstram a existência de um cartel na contratação envolvendo os projetos de metrô e/ou trens e sistemas auxiliares na cidade de São Paulo. E mesmo não citando no inquérito a participação dos agentes públicos, vários documentos e condutas evidenciam a possível participação de servidores neste cartel.

REFERÊNCIAS

LEGISLAÇÃO

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 13/07/2015.

_____. Lei 8.666 (1993). **Lei de Licitações e Contratos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 15/07/2015.

_____. Código Penal (1940). **DECRETO-LEI Nº 2.848**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 13/08/2015.

_____. **Decreto-lei Nº 860/1938**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 13/08/2015.

_____. **Decreto-lei Nº 7.666/1945**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 13/08/2015.

_____. **Lei Federal n.º 4.137/1962**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 13/08/2015.

_____. **Lei Federal n.º 8.158 de 08/01/1991**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 13/08/2015.

_____. **Lei Federal n.º 8.884/1994**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 13/08/2015.

_____. **Lei Federal n. 8.987/1995**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 30/09/2015.

_____. **Lei Federal n. 10.520/2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 30/09/2015.

_____. **Lei Federal n. 123/2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 30/09/2015.

_____. **Lei Federal n. 12.232/2010**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 30/09/2015.

_____. **Lei Federal n. 12.462/2011**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 30/09/2015.

_____. **Lei Federal n.º 12.529/2011**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 13/08/2015.

_____. **Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999 (publicada no Diário Oficial da União de 28.6.99)** Disponível em: www.cade.gov.br. Acesso em: 02/08/2015.

JURISPRUDÊNCIAS

Supremo Tribunal Federal - Ação Direta de Inconstitucionalidade (BRASIL, ADI 3583 I PR – Rel. Min. CEZAR PELUSO - PARANÁ / 21/02/2008). Disponível em: www.stf.jus.br – acesso em 09/01/2016

Supremo Tribunal de Justiça – Recurso Especial (AIA 30/AM, CE, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe 27.9.2011, REsp. 1.103.633/MG, 1T, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 2.8.2010). Disponível em: STJ.jus.Brasil.com.br acesso em 13/01/2016

PROCESSOS ADMINISTRATIVOS

BRASIL, CADE. **PROCESSO ADMINISTRATIVO 08012.001826/2003-10**. Disponível em: www.cade.gov.br. ACESSO EM: 02.08.2015.

_____, CADE. **INQUÉRITO ADMINISTRATIVO 08700.004617/2013-41**. Disponível em: www.cade.gov.br. ACESSO EM: 02.08.2015

LIVROS

BRANCO, Nelson de Azevedo; BARRETO, Celso de Albuquerque. **Repressão ao abuso do poder econômico: Lei antitruste**. São Paulo: Atlas, 1964.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo** 25 ed. São Paulo. Atlas, 2012.

CARVALHO, Mateus. **Manual de Direito Administrativo**. 2 ed. Salvador. Jus Podivium, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERREIRA, Aurélio B. de H.. **Novo dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2013.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

- FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 2 ed. São Paulo: RT, 2008.
- GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**. O combate aos cartéis. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. **Cartel: teoria unificada da colusão**. São Paulo: Lex, 2006.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 8, ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GRECO, Rogério. **Código Penal: Comentado**. 9 ed. Niterói, RJ: Impetrus, 2015.
- GRECO FILHO, Vicente. **Dos Crimes da Lei de Licitação**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Técnico Jurídico**. 16 ed. São Paulo: Rideel, 2013.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10 ed. São Paulo: RT, 2014.
- _____. **Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 16. São Paulo: RT, 2014.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- PETTER, Lafayete Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- PETTER, Lafayete Josué. **Direito econômico**. 5 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

DOCUMENTOS OFICIAIS

BRASIL. Combate a Cartéis e Programa de Leniência (2009). 3 ed. Secretaria de Direito Econômico. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Disponível em: www.cade.gov.br

_____. **Combate a Cartéis em Licitações (2008)**. Departamento de Proteção e Defesa Econômica da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça Esplanada dos Ministérios. Disponível em: www.comprasnet.gov.br/

ESCOLA MPU. Cem perguntas sobre improbidade administrativa: incidência e aplicação da Lei n.º 8429/1992 / Coordenadora Márcia Noll Barboza; colaboradores: Antonio do Passo Cabral ... [et al.] Brasília: ESMPU, 2008. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/linha-editorial>

