GABRIELA AFONSO ADAMO

CARTEL EM LICITAÇÃO: O PAPEL DOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE EM SUA PREVENÇÃO.

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Doutor Vinicius Marques de Carvalho

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO - SP

2018

GABRIELA AFONSO ADAMO

CARTEL EM LICITAÇÃO: O PAPEL DOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE EM SUA PREVENÇÃO.

Dissertação para a obtenção do título de Mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Orientador: Professor Doutor Vinicius Marques de Carvalho

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
SÃO PAULO - SP
2018

Banca Examinadora

_____

_____

_____

"Malandro que é malandro não bobeia.
Se malandro soubesse como é bom ser honesto
Seria honesto só por malandragem"

Jorge Ben Jor (1972).

RESUMO

ADAMO, Gabriela Afonso. **Cartel em licitação: o papel dos programas de compliance em sua prevenção.** Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018.

A presente dissertação objetiva a análise sistemática da prática de condutas colusivas, especialmente o cartel, em procedimentos licitatórios realizados pela Administração Pública.
Inicialmente, pretendeu-se delinear as principais características relacionadas à elaboração de programas de compliance antitruste eficientes, em especial a necessidade de regras específicas voltadas às empresas atuantes em mercados de aquisições públicas. Em um segundo momento, avaliou-se a prática de cartel como um risco comum em procedimentos licitatórios regidos pela legislação brasileira, bem como as possíveis consequências destas infrações. Após, e a partir da análise da jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, pretendeu-se avaliar quais métodos colusivos foram usualmente adotados pelos agentes econômicos que participaram de cartéis em licitação, ao que se denominou a tipologia dos ilícitos. Por fim, estabelecidas tais premissas, concluiu-se pela necessidade do desenho de um programa de compliance voltado a tais organizações, determinando-se os principais métodos a serem adotados pelos gestores de companhias atuantes em mercados de licitações públicas para a eficaz prevenção e detecção de infrações antitruste.

Palavras chave: compliance, antitruste, cartel em licitações, programas de compliance, governança corporativa.

ABSTRACT

ADAMO, Gabriela Afonso. **Bid riggings: compliance programs as effective tools to prevent violations.** Masters of Laws. University of São Paulo. São Paulo, 2018.

This paper aims at systematic analyzing collusive behaviors, specifically cartel infringements in bid proceedings carried out by Public Administration. First, the present work outlines the main characteristics related to efficient antitrust compliance programs, focusing on the need of specific dispositions aimed at companies operating in public procurements. In a second moment, cartel was assessed as a probable risk in the bidding procedures governed by Brazilian law, and possible consequences of these infractions were considered. After, and from the analysis of the jurisprudence of the Administrative Council of Economic Defense – CADE, this paper evaluates which collusive methods were usually adopted by the companies involved in bid riggings. Finally, after these premisses were stated, it was concluded that there is a need to design specific compliance programs for such corporations, and it was determined the main methods which could be adopted by management for effective prevention and detection of antitrust infringements in public procurements.

Key words: compliance, antitrust, bid rigging, compliance programs, corporate governance.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO 9

1.1.A relevância do tema para o cenário brasileiro 9

1.2.Políticas públicas: por uma visão jurídica abrangente 11

1.2.1. A teoria jurídica das políticas públicas 12

1.2.2. O antitruste como política pública 13

2. COMPLIANCE ANTITRUSTE: PRINCIPAIS CONSIDERAÇÕES PARA UM PROGRAMA EFICIENTE. 19

2.1.O surgimento do compliance: a governança corporativa 19

2.2. Compliance: os programas de compliance 22

2.2.1 Aspectos comuns de um programa de compliance eficiente 23

2.2.2. Os princípios do Comitê da Basiléia para a função de compliance 25

2.3. Programas de compliance antitruste: principais aspectos 28

2.3.1. Programas de compliance antitruste: considerações do Conselho Administrativo de Defesa Econômica 32

2.4. O risco antitruste: consequências do "não compliance" e da prática de cartel 35

2.4.1. O cartel como crime na legislação brasileira: consequências da criminalização para as organizações e seus colaboradores 43

2.5. Conclusões preliminares sobre os programas de compliance 53

3. CARTEIS EM LICITAÇÃO: PRINCIPAIS CONSIDERAÇÕES SOBRE COLUSÃO EM MERCADOS DE AQUISIÇÃO PÚBLICA. 57

3.1. O cartel como infração antitruste: breves considerações 57

3.1.1 O cartel tentado como infração punível 64

3.2. Licitações públicas como mercados propensos à colusão 66

3.2.1. Mercados propensos à colusão e suas principais características 66

3.2.2. As características dos mercados de licitações públicas 71

3.2.3. Cartel em licitações como um risco provável 77

3.3. Carteis em licitação: tipologia das práticas colusivas e análise da jurisprudência do CADE 79

3.3.1. Propostas fictícias ou "pro forma" 84

3.3.2. Supressão de propostas 88

3.3.3. Formação de consórcios 93

3.3.4. Bloqueio em pregão 100

3.3.5. Rodízio de propostas e subcontratação 105

3.3.6. Outros métodos identificados na jurisprudência 112

3.4. Conclusões preliminares sobre a prática de cartel em licitações 114

4. PREVENÇÃO DE CARTÉIS EM LICITAÇÃO: DESENHANDO UM PROGRAMA DE COMPLIANCE EFICIENTE 119

4.1. Prevenção e detecção: propostas fictícias. 120

4.2. Prevenção e detecção: supressão de propostas 123

4.3. Prevenção e detecção: consórcios com propósitos anticompetitivos 124

4.4. Prevenção e detecção: bloqueio em pregão presencial 126

4.5. Prevenção e detecção: subcontratação e rodízio de propostas 127

4.6. Prevenção e detecção: outros métodos de conluio 130

5. CONCLUSÃO 131

BIBLIOGRAFIA 139

ANEXO I 147

1. INTRODUÇÃO

1.1. A relevância do tema para o cenário brasileiro - o direito concorrencial como política pública

Embora os primeiros dispositivos legais relacionados à disciplina concorrencial no Brasil sejam anteriores aos anos 1950, é inegável que o direito antitruste nacional adquiriu maturidade após a promulgação da Lei nº 8.884 de 1994, que permaneceu em vigor até o ano de 2012, quando entrou em vigência a Lei nº 12.529 de 2011.

Nesse período, houve a ampliação significativa da atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, com o crescimento gradual do número de investigações relacionadas à prática de infrações antitruste, assim como a instituição de um programa de leniência robusto, tudo a favorecer a detecção e investigação de condutas colusivas.

Mais recentemente, a palavra "cartel" ganhou destaque nos noticiários nacionais, quando comumente esteve associada a práticas de corrupção na Administração Pública, em especial no âmbito das investigações realizadas pela denominada "Operação Lava Jato" e seus respectivos desdobramentos. Ressalvadas as inúmeras críticas existentes aos métodos de condução de tais procedimentos investigatórios, há que se reconhecer um aumento da consciência acerca dos delitos econômicos, bem como de suas consequências aos cofres públicos. Em sentido semelhante, pode-se mencionar que os agentes econômicos passam a perceber a extensão dos riscos a que estão sujeitos quando decidem tomar parte de condutas ilícitas, assim como a gravidade das sanções aplicáveis.

Neste contexto, este trabalho se propõe a um objetivo central: delinear os principais métodos que podem ser adotados por uma organização atuante em mercados de licitação pública para a prevenção e detecção de infrações antitruste, em especial o cartel.

Na busca de tais parâmetros, inicia-se a presente dissertação com a consolidação do valor concorrência como parte de uma política pública, evidenciando-se a sua relevância em termos legislativos e éticos, bem como a total aplicabilidade da normativa antitruste aos projetos e obras capitaneados pelo Poder Público, que não possuem qualquer isenção relativa à legislação concorrencial.

Em um segundo momento, pretende-se analisar a função de compliance[1], bem como as principais características relacionadas a um programa eficiente de boas práticas, estabelecendo-se os achados comuns da literatura. No mesmo capítulo, observam-se os principais riscos atinentes à formação de cartéis, e as consequências de tal ilícito antitruste para seus integrantes, nas esferas criminal, administrativa e cível.

Superadas tais considerações preliminares, verificam-se as principais características dos mercados de licitação pública, considerando-se as razões pelas quais tais mercados são mais suscetíveis às práticas colusivas do que os mercados típicos ou comuns, para os quais a licitação não é utilizada como sistema de contratação. Após, a partir da análise dos diversos casos julgados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, pretende-se uma análise sistemática das principais tipologias colusivas adotadas pelos cartéis em licitação, bem como a prevalência deste ou daquele método.

Assim, o quarto capítulo dedica-se integralmente ao objetivo central desta dissertação: a definição de parâmetros a serem observados por um programa de compliance dedicado à prevenção de cartéis em certames públicos, estabelecendo quais políticas e padrões podem ser adotados por uma organização para prevenir a formação de cartéis em licitação, bem como para detectá-los.

Pretende-se, portanto, que ao fim desta obra, o leitor esteja familiarizado com a disciplina dos cartéis em licitação, bem como encontre ferramentas que lhe possibilitem a

---

[1] Embora o termo "compliance" derive da língua inglesa, não constando do Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa – VOLP opta-se, ao longo deste trabalho, pela grafia do termo sem a utilização do itálico, a fim de facilitar a leitura e compreensão do texto.

identificação do ilícito antitruste em certames públicos, ou lhe auxiliem na tomada de decisões adequadas à disciplina concorrencial.

1.2. Políticas públicas: por uma visão jurídica abrangente

O termo "política pública", embora amplamente utilizado por autores e juristas, não costuma ser alvo de caracterização específica, tampouco de uma disciplina jurídica própria. De modo diverso, o termo é alvo de análises profundas por autores de outras áreas, especialmente das ciências sociais, que têm se dedicado a avaliar aspectos específicos das políticas públicas.

A despeito da diversidade de teorias existentes sobre o tema, pode-se afirmar que a definição de Marques é exemplo relevante da caracterização das políticas públicas pelos autores de ciência política: estas seriam o conjunto de ações implementadas pelo Estado e autoridades governamentais em sentido amplo[2]. De modo geral, a análise sistematizada de certa política sempre deve ser capaz de responder, com clareza, duas questões principais: o problema endereçado pela política em questão e o resultado que se pretende alcançar[3].

Do ponto de vista jurídico, não é difícil formular críticas à definição de Marques. Em razão do seu caráter amplo, os mais diversos elementos podem ser agrupados sob o título de política pública, desconsiderando-se aspectos legais tais como a competência do ente estatal que a implementa ou a forma de instituição da política. No limite, coisas tão distintas quanto um plano nacional de redução da pobreza e uma propaganda municipal que incentive a coleta seletiva seriam elencadas e estudadas de forma conjunta, de acordo com a definição de Marques.

Como contraponto, Lowi desenvolve uma teoria de políticas públicas mais adequada ao contexto jurídico. Segundo o autor, as políticas públicas, definidas como a coerção estatal

---

[2] MARQUES, Eduardo. **As políticas públicas na Ciência Política** in A Política Pública como Campo Multidisciplinar (Eduardo Marques e Carlos Aurélio Pimenta de Faria, orgs) São Paulo: Editora UNESP/Editora Fiocruz, 2013, pp. 23.
[3] Idem, pp. 23.

deliberada para a adoção de um comportamento específico, poderiam ser agrupadas em quatro segmentos: (i) políticas constitutivas, associadas à criação e transformação das regras do jogo político, com potencial impacto na distribuição de recursos; (ii) políticas regulatórias, que estabeleceriam regras para o funcionamento de atividades externas ao Estado; (iii) políticas distributivas, que envolveriam a distribuição de recursos não finitos; (iv) políticas redistributivas que, por sua vez, envolveriam a distribuição de recursos finitos ou limitados[4].

Tal segmentação, entretanto, não é capaz de sanar as dúvidas formuladas por um estudioso do Direito. A estrutura normativa da política, sua legitimidade e legalidade frente ao sistema vigente e sua aplicabilidade em longo prazo permanecem não caracterizadas. Neste sentido, alguns autores têm dedicado seus esforços à formulação de uma teoria jurídica das políticas públicas, cujos contornos serão delineados a seguir.

1.2.1. A teoria jurídica das políticas públicas

O princípio da legalidade, basilar do Estado de Direito, prevê, na sua concepção administrativa, que ao Estado não é dado fazer senão o quanto previsto em lei[5]. Não é difícil perceber que, sendo as políticas públicas compostas por atos governamentais, sua concepção e implementação deverá basear-se no sistema legal. A necessidade de uma análise jurídica das políticas públicas torna-se, então, bastante clara.

A Constituição Federal de 1988 consagra uma série de direitos e garantias sociais cuja consecução depende de uma ação positiva do Estado. A disciplina das políticas públicas ganha, então, força: passa-se a questionar qual é o papel do ente governamental na criação e organização dos direitos sociais, bem como no cumprimento dos objetivos constitucionais. Comparato afirma que as ações governamentais de políticas públicas devem,

---

[4] LOWI, Theodore. **Four Systems of policy, politics and choice**. Public Administration Review, Vol. 32, No. 4. (Jul. - Aug., 1972), pp. 298-310. Disponível em *http://links.jstor.org/sici?sici=0033-3352%28197207%2F08%2932%3A4%3C298%3AFSOPPA%3E2.0.CO%3B2-X*

[5] DI PIETRO, Maria Syvia Zanela. **Da constitucionalização do direito administrativo – Reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa**. Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan. / jun. 2012, pp. 3-4.

necessariamente, estar de acordo com o texto constitucional, não existindo qualquer espécie de "isenção" quanto ao tema. O autor advoga ainda pelo controle judicial das normas estruturantes de programas governamentais, excluindo a antiga concepção de que atos de governo ou atos políticos não estariam sujeitos ao controle dos tribunais[6]. Constata-se que, para Comparato, "a política aparece, antes de tudo, como uma atividade, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado".

A partir das considerações de Comparato, Dallari Bucci desenvolveu alguns parâmetros para a análise jurídica de uma política pública. Como marco inicial, a autora propõe que uma política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados[7].

Por fim, em um contexto mais afeto à disciplina do direito econômico, Bercovicci[8] considera que o fundamento das políticas públicas é a necessidade de concretização de direitos por meio de prestações positivas do Estado, sendo o desenvolvimento nacional a principal política pública. O objetivo nacional é sintetizado no desenvolvimento econômico e social, ou a superação do subdesenvolvimento, o qual depende de uma política de longo prazo que abranja diferentes setores da vida social. A partir destas considerações, o autor advoga pela retomada da atividade de planejamento econômico, como forma de ação coordenada do Estado na transformação das estruturas mantenedoras do subdesenvolvimento.

1.2.2. O antitruste como política pública

---

[6] COMPARATO, Fábio Konder**. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas.** Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 35 n. 138 abr./jun. 1998, pp. 39-48.
[7] BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito.** in Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico (Maria Paula Dallari Bucci, org.) São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 39.
[8] BERCOVICI, Gilberto. **Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado** in Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 143-161.

Conforme exposto nos pontos 1.2.1 e 1.2.2, a definição do termo política pública não é estática, variando de acordo com a concepção adotada. Ainda que, em linhas gerais, política pública possa ser definida como a ação estatal coordenada com objetivo determinado, opta-se por utilizar, neste trabalho, a definição proposta por Dallari Bucci, em razão da incorporação de elementos próprios da análise jurídica.

Destaca-se, ainda, que a avaliação do direito antitruste como política pública deve considerar o conceito de política da concorrência proposto por Goldberg[9]. Para o autor, a política da concorrência é composta pela junção (i) da prática das autoridades administrativas e judiciais que interpretam e aplicam o conjunto de normas vigentes, conferindo um caráter dinâmico às regras antitruste; (ii) a edição de normas em abstrato que tenham impacto sobre mercados livres ou regulados; (iii) os critérios governamentais que pautam a alocação de recursos a uma ou outra prioridade sobre as quais, discricionariamente, podem dispor qualquer autoridade de concorrência.

A fim de facilitar a avaliação do tema, e nos termos sugeridos pela autora, a proposição de Dallari Bucci poderá ser recortada em três aspectos específicos. São eles: (i) a existência de um programa governamental resultante de processos jurídicos; (ii) a coordenação, pelo programa, dos meios à disposição do Estado e das atividades privadas; (iii) a existência de um objetivo determinado a ser atingido pelo programa.

Em relação ao primeiro aspecto, parece bastante claro que a política antitruste pode ser definida como um programa governamental resultante de processos jurídicos determinados. A estrutura da política de defesa da concorrência no Brasil foi definida por uma ação estatal específica, qual seja, a promulgação da legislação concorrencial assentada na disposição constitucional de que a livre concorrência é um dos pilares da ordem econômica. Tal norma é fruto de processo legislativo federal, juridicamente regulado.

O segundo aspecto, por sua vez, também parece preenchido. A legislação concorrencial organiza e coordena meios estatais para a consolidação do programa, bem como

---

[9]GOLDBERG, Daniel K. **Poder de compra e política antitruste**. (Doutorado) Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2006, pp. 7.

incentiva ou determina a participação dos agentes privados. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE é uma autarquia federal ligada ao Ministério da Justiça, de sorte que está subordinado, em última análise, ao governo federal. Ao mesmo tempo, o CADE também conta com um elevado grau de institucionalização e independência funcional, tendo permanecido em funcionamento durante diferentes gestões governamentais. A atuação dos agentes privados, por sua vez, poderá ser facultativa, como no caso da formulação de consultas ou oferecimento de representações por infração à ordem econômica, ou obrigatória, como nos casos de notificação de atos de concentração e fornecimento de informações solicitadas pela autoridade, estando o descumprimento destes deveres sujeito às penalidades previstas em lei.

Já em relação ao terceiro aspecto - a existência de um objetivo determinado a ser atingido pelo programa - o tema parece suscitar maiores controvérsias doutrinárias.

Uma avaliação inicial poderia considerar apenas os objetivos expressamente enumerados pela legislação concorrencial em vigor. Neste sentido, o artigo 1º da Lei nº 12.529 de 2011 prevê que a legislação disporá sobre a organização do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, objetivando a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica. A busca de tal desígnio seria orientada pelas previsões constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Em outras palavras, o objetivo da legislação concorrencial seria a proteção da concorrência como valor em si.

Considerar, entretanto, tal disposição como resposta definitiva à indagação ora sugerida parece contrariar o longo debate doutrinário sobre o tema e o próprio histórico da legislação concorrencial. Primeiramente, deve-se lembrar que, conforme explicitado por Comparato, o objetivo de qualquer política pública deve ser compatível com as disposições

constitucionais sobre o assunto[10]. Sendo assim, as disposições da Lei nº 12.529 de 2011 devem ser lidas em conjunto com a previsão do artigo 170 da Constituição Federal[11].

Vê-se que a livre concorrência surge como um princípio da ordem econômica, a qual deverá "assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social" respeitando a manutenção da livre concorrência. Para Forgioni, o texto constitucional é claro quanto ao fato de que a concorrência, na ordem jurídica brasileira, é instrumento para o alcance de um "bem maior": a justiça social[12].

Existe intenso debate doutrinário acerca da finalidade da política concorrencial: se está é a mera busca da eficiência econômica ou passa pela concretização de valores constitucionalmente previstos – caso em que poderá se debater a adequação dos meios existentes para a consecução de tais objetivos. Tal discussão possui raízes históricas e terá acepções que variam conforme o sistema legal e período analisados.

Isso porque a legislação antitruste brasileira traz, em diversos momentos, o conceito de eficiência como parâmetro de análise. Para o artigo 36 da Lei nº 12.529 de 2011[13], a eficiência surge como excludente absoluta da ilicitude: o poder de mercado, por maior que seja, não será considerado ilícito quando adquirido em função de ganho de eficiência. Já no tópico das concentrações econômicas, a eficiência será excludente relativa da ilicitude, podendo justificar a aprovação de uma operação quando presentes os fatores determinados em lei[14].

---

[10] COMPARATO, Fábio Konder**. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas.** Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 35 n. 138 abr./jun. 1998, pp. 39-48.
[11] "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
(...)
IV - livre concorrência;".
[12] FORGIONI, Paula A.. **Os fundamentos do antitruste.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 186.
[13]Lei nº 12.529 de 2011; 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:
(...)
§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.
[14] SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Malheiros. 2013, pp. 234.

Neste sentido, não é difícil que um intérprete perca de vista qualquer outro objetivo que, porventura, fundamente a política antitruste. A eficiência não é apenas disposição legal, mas também argumento frequentemente trazido pelas partes em concentrações econômicas, bem como fundamento das decisões exaradas pela autoridade administrativa. Este fato, para Salomão Filho, teria retirado a densidade teórica das discussões antitruste, cujo tratamento pelos órgãos decisórios é, usualmente, prático e casuístico, estando centrado na melhor interpretação da ideia de eficiência econômica[15].

Sobre o tema, Forgioni aponta que, no Brasil, não se pode sustentar que a disciplina antitruste vise apenas a implementar a eficiência, seja ela alocativa, produtiva ou dinâmica. Em linha semelhante ao conceito europeu de concorrência instrumento, a autora entende que o sistema antitruste deverá criar e preservar, conforme a determinação constitucional, um ambiente em que as empresas possuam incentivos para competir e inovar, além de evitar que os mercados sejam dominados por agentes detentores de poder econômico[16].

Detalhadamente, Ferraz Júnior leciona que a livre concorrência da qual trata a Constituição Federal baseia-se no elemento comportamental competitividade. Este elemento exigiria a desconcentração na formação de preços, baseada tanto na livre iniciativa quanto na titularidade privada dos bens de produção. Nesse sentido, a livre concorrência é tanto forma de tutela do consumidor, ao induzir a distribuição de recursos a preços mais baixos, quanto de tutela política da livre iniciativa, ao permitir que todos os agentes atinjam oportunidades equivalentes. Por fim, do ponto de vista social, a competitividade permitiria o nascimento de agentes econômicos de tamanho intermediário, garantindo uma sociedade mais equilibrada[17].

Assim, a doutrina é praticamente unânime ao identificar a existência de uma ou outra finalidade na política antitruste, sendo possível verificar a presença do terceiro requisito elencado por Dallari Bucci para a configuração de uma política pública, conclusão esta que

---

[15] SALOMÃO FILHO, Calixto. **Teoria crítico-estruturalista do Direito Comercial**. São Paulo: Marcial Pons. 2015, pp. 233-234.
[16] FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 188.
[17] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A economia e o controle do Estado**. O Estado de São Paulo em 04/06/1989.

nos parece adequadamente fundamentada nas considerações da autora e nas disposições legislativas sobre o tema.

Por ora, é suficiente estabelecer que a política antitruste pode ser considerada como uma política pública ou, ao menos, como um conjunto consciente e direcionado de atos governamentais, de cuja tutela não se eximem os demais projetos titularizados pelo Poder Público.

2. COMPLIANCE[18] ANTITRUSTE: PRINCIPAIS CONSIDERAÇÕES PARA UM PROGRAMA EFICIENTE.

2.1. O surgimento do compliance: a governança corporativa

O termo governança corporativa surge após a constatação de que gestores de grandes corporações podem agir em desacordo com os melhores interesses dos acionistas da companhia. Tal questão é abordada por Adolph Berle e Gardiner Means, que demonstraram os efeitos da dissociação entre o capital e poder de gestão nas grandes corporações estruturadas no início do século XX[19]. Posteriormente, os problemas decorrentes desta dissociação seriam denominados custos de agência[20].

Em termos gerais, a governança corporativa poderia ser definida como o sistema segundo o qual as corporações são dirigidas e controladas. A estrutura de governança corporativa especifica a distribuição dos direitos e responsabilidades entre os diferentes participantes da corporação, além de definir as regras e procedimentos para a tomada de decisão. E, por fim, oferece bases por meio das quais os objetivos da empresa são estabelecidos, definindo os meios para se alcançar tais objetivos e os instrumentos para se acompanhar o desempenho[21].

De forma mais pragmática, é possível utilizar a definição de Shleifer e Vishny, a qual entende a governança corporativa como o conjunto dos meios pelos quais os fornecedores de

---

[18] Embora o termo "compliance" derive da língua inglesa, não constando do Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa – VOLP opta-se, ao longo deste trabalho, pela grafia do termo sem a utilização do itálico, a fim de facilitar a leitura e compreensão do texto.

[19] BERLE, Adolf e MEANS, Gardiner. **A moderna sociedade anônima e a propriedade privada**. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

[20] JENSEN, Michael e MECKLING, William. **Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure**, 3 J. FIN. ECON. 305, 327 (1976).

[21] Para Bainbridge, a governança corporativa, em termos gerais, consiste em estruturas institucionais, normas legais e melhores práticas que determinam qual setor da corporação possui poderes para a tomada de certas decisões, como os membros deste setor são escolhidos e quais aspectos devem guiar a tomada de decisões. Blair, por sua vez, considera que a governança corporativa é o conjunto de considerações legislativas, culturais e institucionais que determinam o que companhias abertas podem fazer, quem as controla, como tal controle é exercido e como os riscos e retornos da atividade são alocados. BAINBRIDGE, Stephan**, Corporate Governance After The Financial Crisis** (2012); BLAIR, Margaret, **Ownership And Control: Rethinking Corporate Governance For The Twenty-First Century**.

recursos financeiros para as empresas asseguram que haja retorno de seu investimento[22]. Restaria clara, assim, a motivação das empresas ao implantar tais práticas: a possibilidade de maior captação de recursos, especialmente no mercado de capitais.

Neste sentido, Anand pondera que embora as práticas de governança corporativa não sejam de adoção obrigatória pelas empresas, estas poderão ter relevantes incentivos em sua determinação voluntária, como a possibilidade de avaliação positiva por investidores. Já sobre a relevância do mercado de capitais para o crescimento das corporações, Souza considera que esta costuma ser a alternativa mais favorável para a obtenção de recursos por empresas localizadas em economias desenvolvidas, enquanto em economias em desenvolvimento, a crescimento do mercado de capitais poderá depender da adoção de mecanismos de incentivo como as práticas de governança corporativa[23].

Dentre as práticas de governança corporativa incluem-se para De Paula e Stanley, três aspectos: (i) o Conselho de Administração das companhias, (b) a transparência e integridade das informações prestadas ao mercado, e (c) os códigos voluntários de boas práticas[24]. Já o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, na quinta edição de seu manual de boas práticas, considera que todo e qualquer programa de governança deverá ser baseado em alguns princípios básicos[25]. São estes:

(i) Transparência, ou o desejo de disponibilizar para as partes interessadas as informações que sejam do interesse destas, de forma não limitada às informações de divulgação obrigatória ou de caráter econômico-financeiro;

(ii) Equidade, ou o tratamento justo e isonômico de todas as partes interessadas, considerando-se seus direitos, deveres, necessidades, interesses e expectativas;

(iii) Prestação de contas, ou o fornecimento de informações claras e tempestivas

---

[22] Shleifer, A.; Vishny, R. W. **A survey of corporate governance**. Cambridge: National Bureau of Economic Research, 1996.

[23] Anand, A. I. **Voluntary vs. Mandatory Corporate Governance**: *towards an optimal regulatory framework*. American Law & Economics Association – Annual Meeting 2005. New Haven: Yale Law School, 2005. P. 26.

[24] De Paula, G. M. e Stanley, L. E. **Governabilidad Corporativa em América Latina***: estructura patrimonial, prácticas y políticas públicas.* Santiago do Chile, 2006, p. 77.

[25] Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. **Código das Melhores Práticas da Governança Corporativa**. 5 Edição, 2014. Disponível em http://www.ibgc.org.br/userfiles/2014/files/CMPGPT.pdf.

sobre a atuação, que deverá ser fornecida por todos aqueles envolvidos em um processo de governança corporativa;

(iv) Responsabilidade corporativa, ou o zelo pela viabilidade econômico-financeira das organizações, com a redução das externalidades negativas dos negócios e elevação das externalidades positivas.

Em relação, especificamente, ao quarto princípio, temos que um programa de governança corporativa deverá levar em consideração as externalidades negativas geradas pelo negócio, atuando no intuito de reduzi-las. Embora tal colocação tenha escopo bastante amplo, podendo abrigar aspectos tão distintos quanto a análise do risco sistêmico no mercado financeiro e o dano ambiental gerado pelas atividades de uma mineradora, temos uma clara conexão com a gestão e análise dos riscos do negócio e, consequentemente, com a sua prevenção. Nesse sentido, a adoção de códigos de boas práticas, listada por De Paula e Stanley como parte das práticas de governança, poderia ser uma resposta às externalidades negativas geradas pela atividade de uma corporação.

Grifitth, por sua vez, considera que a sobreposição entre compliance e governança corporativa é clara, já que ambos baseiam-se na criação de mecanismos internos de controle em uma organização. Por outro lado, tal sobreposição não é completa, já que os programas de compliance não endereçam questões como o desenvolvimento de produtos ou operações financeiras. De qualquer modo, a relação entre as áreas é bastante intensa, razão pela qual são tratadas de forma conjunta por algumas empresas[26].

Não se pretende, no escopo do presente trabalho, discutir qual é o papel do compliance e dos programas estruturados em torno deste conceito dentro da teoria da governança corporativa. Pretende-se, porém, avaliar quais são os principais aspectos relacionados a um programa de compliance eficaz e quais são os incentivos existentes para a adoção voluntária de tais práticas pelas empresas.

---

[26] GRIFFITH, Sean J. **Corporate Governance in an Era of Compliance**. William & Mary Law Review, Vol. 57, n. 6, 2016; Fordham Law Legal Studies, p. 33.

2.2. Compliance: os programas de compliance

O termo compliance é usualmente associado ao verbo da língua inglesa "*to comply*" que poderá ser definido como cumprir ou agir de acordo. Em outras palavras, agir em compliance corresponde a agir nos termos ditados pelas leis, regulamentos e outras normas aplicáveis ao caso concreto. Assim, programas de compliance são os processos pelos quais as organizações buscam que seus empregados e outros integrantes ajam em conformidade com as normas aplicáveis, sejam elas requisitos legais ou regulamentos internos da companhia[27].

Griffth pondera que todas as empresas existem em um ambiente composto por normas legais, sociais e regulatórias, sendo a função de compliance aquela por meio da qual cada empresa adapta seu comportamento a tais restrições[28]. Considera-se, inclusive, haver certa confusão entre as funções de gestão de risco e o que se costumeiramente passou a denominar por compliance, chegando a se afirmar que ambos os temas diferem apenas no grau, mas não na espécie[29]. Em outras palavras, a função de compliance relaciona-se à prevenção dos riscos identificados e relativos ao não cumprimento de disposições normativas.

Lachnit pontua que, em sua acepção mais básica, um programa de compliance é a forma pela qual uma companhia anuncia publicamente sua intenção de cumprir as regras e normatizações das mais variadas espécies. Frequentemente, ainda que não sempre, estes programas estão relacionados ao código de governança da empresa, ou a outros códigos de ética e conduta. Assim, programas de compliance permitem que a companhia expresse seu comprometimento com determinados valores e objetivos.

Verifica-se, portanto, que a função de compliance não está relacionada a um aspecto específico da legislação, não se vinculando ou se limitando ao escopo das infrações antitruste. Pelo contrário, a definição extremamente ampla dada ao termo permite que este englobe não apenas aspectos legais, mas aspectos éticos ou culturais inerentes à companhia estabelecedora

---

[27] MILLER, Geoffrey P. **The Law Of Governance, Risk Management, And Compliance**. 2014, p. 03.
[28] GRIFFITH, Sean J. **Corporate Governance in an Era of Compliance**. William & Mary Law Review, Vol. 57, n. 6, 2016; Fordham Law Legal Studies, p. 8
[29] BAINBRIDGE, Stephen. **Caremark and Enterprise Risk Management**. 2009. UCLA School of Law, Law-Econ Research Paper No. 09-08.

do programa. Deste modo, a construção do tema esteve vinculada a casos concretos e inicialmente associada às companhias atuantes em mercados abertos ou instituições financeiras, em razão dos problemas de governança identificados com mais facilidade em tais setores.

Em outras palavras, a partir de um conceito que pode ser considerado simples a primeira vista, foi construída uma teoria com o intuito de determinar quais aspectos devem ser considerados por uma organização que deseja dar cumprimento às determinações normativas ("estar em compliance") e como esta poderá criar uma estrutura eficaz para assegurar tal situação.

2.2.1. Aspectos comuns de um programa de compliance eficiente

Griffth aponta que diversas autoridades governamentais tentaram estabelecer definições precisas do que seria, ou deveria ser, o compliance, usualmente elaborando listas de elementos a serem observados pelas empresas. A despeito das diferenças entre os fatores apontados, especialmente em razão da ênfase em determinado aspecto legislativo, o autor identifica quatro fatores comuns, que permeiam todas as noções de um programa de compliance eficaz[30].

O primeiro destes elementos é o nexo estrutural. De forma unânime, as autoridades governamentais enfatizam que cada empresa deverá desenvolver um programa de compliance que se adeque ao seu modelo de negócios, ao seu ambiente de atuação e às disposições normativas e culturais aplicáveis ao caso. Igualmente, a empresa deverá delegar a responsabilidade pela implementação do programa, bem como pela sua administração diária e revisão periódica a um setor competente. Ou seja, a função de compliance deverá ser gerida pela própria empresa, a partir de um colaborador que detenha autoridade e recursos para exercê-la. Tal medida evitaria que o compliance se tornasse apenas um burocrático guia de práticas, assumindo um papel ativo no planejamento diário da companhia.

---

[30] GRIFFITH, Sean J. **Corporate Governance in an Era of Compliance**. William & Mary Law Review, Vol. 57, n. 6, 2016; Fordham Law Legal Studies, p. 18-25.

O segundo elemento é o fluxo de informação. A função de compliance deve assegurar um fluxo contínuo e eficiente de informações entre os diferentes escalões de uma organização. Em um primeiro momento, devem existir linhas que permitam aos funcionários de níveis mais baixos da organização reportem de forma segura eventuais preocupações com falhas de compliance, garantindo que tais informações sejam repassadas ao setor adequado. Igualmente, programas de treinamento devem permitir que os níveis mais elevados de uma organização demonstrem seu comprometimento com a função de compliance e repassem aos demais colaboradores as informações relativas ao cumprimento das disposições normativas e políticas internas da companhia.

Em comentário semelhante, a ICC considera que a participação da alta administração em um programa de compliance depende do fluxo adequado de informações sobre este. Desta maneira, sugere que a alta administração seja informada por meio de relatórios anuais sobre o programa de compliance antitruste, complementados pela prestação regular de informações sobre os riscos associados à organização. Especialmente nos casos em que se verifique a ocorrência de potenciais violações, deve haver um canal que permita o contato imediato com membros da alta administração[31].

Em terceiro lugar, encontra-se a atividade de monitoramento e vigilância. A função de compliance deverá monitorar a conduta dos funcionários de uma empresa a fim de verificar sua adequação às políticas e procedimentos. De forma geral, tal tarefa é desempenhada por meio da coleta e análise de dados e realização de auditorias periódicas, com procedimentos de investigação quando identificados possíveis riscos de compliance. Tais investigações devem contar com o auxílio dos funcionários e podem resultar em acordos de cooperação com as autoridades governamentais. As atividades de monitoramento podem englobar terceiros que contratem com a empresa, ainda que não sejam parte efetiva da organização. Isso porque algumas condutas engajadas por terceiros, especialmente no âmbito da prevenção de corrupção, podem acabar por implicar a empresa contratante, representando um potencial risco de compliance.

---

[31] International Chamber of Comerce. **Antitrust Compliance Toolkit**. 2013. p. 13. Disponível em http://www.iccwbo.org/Advocacy-Codes-and-Rules/Document-centre/2013/ICC-Antitrust-Compliance-Toolkit/

Por fim, a função de compliance deverá assegurar o cumprimento das disposições normativas, direcionando seus esforços às áreas sujeitas aos maiores riscos dentro de uma empresa. Tais áreas são identificadas por meio de auditorias regulares, o que significa que a atividade de compliance deve estar em constante atualização e aprimoramento, em conjunto com setores de gestão de risco e desenvolvimento de produtos.

Griffith aponta, por fim, que a identificação de alguns pontos comuns entre os programas de compliance não significa que estes são praticados de maneira idêntica entre as empresas. Pelo contrário, a análise da função de compliance leva à conclusão de que esta difere significativamente de uma organização para a outra, especialmente quanto à companhia atuantes em diferentes mercados relevantes.

Acerca da implementação de programas de compliance voltados especificamente à legislação antitruste, a ICC considera que a identificação dos riscos concorrenciais a que uma empresa está sujeita é o primeiro passo[32]. Embora tal identificação de riscos possa contar com o auxílio das autoridades governamentais, no que se costuma chamar de advocacia da concorrência, esta função é majoritariamente interna a cada organização, devendo contar com assessoria jurídica especializada. Complementarmente, o conhecimento genérico da legislação antitruste – como, por exemplo, a divulgação na mídia das penalidades aplicadas em casos de condutas anticompetitivas – permite que os responsáveis pela administração percebam os riscos a que estão sujeitos.

Em lista não exaustiva, a ICC pondera que a atenção dos administradores para os riscos antitrustes poderá ser motivada pela exposição midiática das empresas envolvidas em infrações concorrenciais e o consequente dano reputacional, a utilização de estatísticas sobre as penas aplicadas e a compreensão das vantagens da identificação tempestiva das infrações[33].

2.2.2 Os princípios do Comitê da Basiléia para a função de compliance

---

[32] International Chamber of Comerce. **Antitrust Compliance Toolkit**. 2013. P. 5. Disponível em http://www.iccwbo.org/Advocacy-Codes-and-Rules/Document-centre/2013/ICC-Antitrust-Compliance-Toolkit/

[33] International Chamber of Comerce. Antitrust **Compliance Toolkit**. 2013. P. 6. Disponível em http://www.iccwbo.org/Advocacy-Codes-and-Rules/Document-centre/2013/ICC-Antitrust-Compliance-Toolkit/

O Comitê da Basileia para Supervisão de Atividade Bancária editou em 2005, um interessante guia sobre a função de compliance em instituições financeiras. Em tal documento, o risco de compliance é definido como o risco de que a falha no cumprimento das disposições legais, regulamentares ou códigos de conduta acarrete na aplicação de sanções legais ou regulamentares, perda financeira ou material ou ainda à problemas reputacionais[34]. Para que se reduza o risco de compliance, o Comitê propõe a estruturação de programas internos pelas instituições bancárias, os quais deverão seguir dez princípios básicos.

Muito embora o guia editado não esteja diretamente relacionado à legislação concorrencial, voltando-se para os riscos relativos às atividades financeiras, este se torna relevante por dois motivos: primeiramente, pela sua completude, tendo sido inovador ao tratar da função de compliance de forma tão abrangente e, ainda, pelo seu pioneirismo. Após os diversos casos de fraudes financeiras ocorridos na década de 1990, o tema compliance assume grande importância para o setor bancário. As considerações sobre compliance voltadas a outros ramos da legislação, seja o antitruste ou o que se convencionou chamar de anticorrupção, são posteriores e grandemente inspiradas pela prática advinda do mercado financeiro.

Especificamente quanto aos princípios listados pelo Comitê, o primeiro trata do envolvimento da diretoria da instituição com o programa de compliance. Esta deverá acompanhar a elaboração da política de compliance adotada pela companhia e aprová-la, além de formalizar uma função de compliance permanente e proceder à revisão anual da efetividade do programa estabelecido. Na mesma linha de raciocínio, o segundo princípio prevê o envolvimento da alta administração da companhia com a função de compliance.

Após, o terceiro princípio prevê que a alta administração deverá ser responsável por estabelecer e divulgar a política de compliance, assegurar a sua observância e reportar eventuais riscos de compliance à diretoria da instituição. Nesse sentido, a política deverá ser estabelecida em bases claras e transparentes, com a definição de normas gerais e específicas -

[34] Comité da Basiléia para Supervisão da Atividade Bancária. **Compliance and the compliance function in banks.** P. 07. Disponível em http://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf.

aplicáveis apenas a determinados setores da empresa. Em relação aos eventuais descumprimentos da política divulgada, a alta administração também deverá ser responsável pela tomada de ações disciplinares e redutoras de danos. Por fim, a revisão da política deve ocorrer periodicamente, assim como a análise de seu efetivo funcionamento e eventual necessidade de reformulação.

Em quarto lugar, a alta administração deverá tomar medidas que garantam a existência de uma função de compliance permanente e consistente, a qual esteja de acordo com os princípios listados a partir do item cinco do documento.

Como princípio inaugural da função de compliance efetiva, o Comitê da Basileia lista a independência. Tal princípio encontra-se subdividido em outros quatro aspectos, quais sejam: (i) formalização da posição de compliance dentro da companhia, com a especificação de sua autoridade em relação aos demais setores da administração; (ii) existência de um coordenador geral da função de compliance da instituição, o qual deverá ter acesso direto à alta administração; (iii) os funcionários da função de compliance não devem ser colocados em posição de possível conflito de interesses com eventuais outras atribuições, sendo preferível que atuem unicamente na área de compliance; (iv) devem ser disponibilizados subsídios para que a função de compliance atue de forma eficiente, incluindo acesso à informação e acesso direto aos membros da alta administração e da diretoria.

O Comitê anota que a independência não significa que a função de compliance não possa trabalhar conjuntamente com outros setores da administração, situação esta que poderá ser inclusive desejável. Por outro lado, os aspectos relacionados ao princípio da independência visam atuar como salvaguardas da função de compliance, garantindo a efetividade de sua atuação. O sexto item do documento lista a existência de recursos como outro princípio inerente a uma função de compliance efetiva: a instituição deverá fornecer recursos apropriados e suficientes ao setor, incluindo pessoal qualificado para o desempenho das funções.

O sétimo princípio do documento trata das responsabilidades relacionadas à função de compliance. Tais responsabilidades não estarão alocadas, necessariamente, apenas ao setor de compliance, podendo ser desempenhadas por outras divisões da empresa, como o departamento jurídico ou o departamento de gestão de riscos. Dentre as atribuições da função

de compliance, encontram-se: (i) aconselhar a alta administração sobre as disposições normativas existentes e sua regular atualização; (ii) educar os demais funcionários da instituição sobre os riscos de compliance; (iii) elaborar guias de conduta que permitam a implementação de uma cultura de compliance; (iv) identificar potenciais riscos de compliance e adequar as medidas existentes para a redução de tais riscos; e (v) monitorar a efetividade das medidas adotadas e reportar os resultados à alta administração.

O Comitê aponta que o desempenho das atividades listadas no item sete deverá constar do estatuto da companhia e ocorrer dentro dos limites de um programa de compliance fundamentado nos riscos inerentes à atividade da instituição e sujeito à constante revisão e aprimoramento.

O princípio número oito determina que o escopo e a profundidade da função de compliance devem ser revisados periodicamente pela auditoria interna. O risco de compliance deve ser considerado nas atividades de gestão de risco da auditoria, razão pela qual ambas as atividades deverão ser desempenhadas de forma independente, permitindo que a auditoria revise de forma eficaz o programa de compliance. Já o nono princípio determina que a função de compliance deverá endereçar as disposições relativas a todas às jurisdições em que a companhia atua, não se limitando ao quadro normativo do país de origem.

Por fim, o décimo princípio prevê que a função de compliance deve ser desempenhada internamente pela instituição. Ainda que seja possível a contratação de pessoal externo para desempenho de parte das funções de compliance, tal atuação deverá permanecer sob a supervisão da alta administração e do conselho de diretores da organização.

2.3. Programas de compliance antitruste: principais aspectos

Conforme exposto no item 2.2. acima, os programas de compliance não necessariamente estarão relacionados apenas às preocupações concorrenciais, mas possivelmente irão englobar campos normativos distintos e aplicáveis aos setores de atuação de uma empresa. Em outras palavras, um programa de compliance deverá endereçar os potenciais riscos identificados durante as atividades de auditoria e análise, dentre os quais pode se incluir o direito antitruste.

Neste sentido, os programas de compliance antitruste são variação de programas empresariais voltados para a prevenção de ocorrência de práticas ilícitas ou inapropriadas no cotidiano de uma determinada empresa ou associação de empresas, de acordo com Ribas[35]. Portanto, os programas de compliance podem trazer efeitos benéficos às empresas e à sociedade ao reduzirem os riscos ao (i) esclarecerem os principais aspectos da legislação antitruste a seus funcionários; (ii) fiscalizarem as práticas empresariais no sentido de detectar possíveis infrações antitruste; e (iii) criarem mecanismos internos de punição, nos termos da legislação trabalhista em vigor, para funcionários que incorrerem em tais práticas.

Assim, um programa de compliance poderá reduzir a exposição da organização aos riscos antitruste ao (i) permitir que seus colaboradores tomem conhecimento dos comportamentos considerados inaceitáveis; (ii) detectar e solucionar os riscos antitruste de forma tempestiva; e (iii) nos casos do cometimento de infrações, permitir que a organização tome parte em programas de redução de multas, como a leniência[36].

Especificamente sobre programas de compliance antitruste, Murphy e Kolasky elaboram uma lista exaustiva, composta por vinte itens que devem ser observados para a criação de um programa efetivo. São estes:

(i) Avaliação de riscos: Avaliar periodicamente a probabilidade de ocorrência de cartel, incluindo a identificação de funcionários expostos, de forma a direcionar o programa e seus recursos às áreas de risco;

(ii) Estrutura integrada: Integração do programa de compliance antitruste aos demais programas de compliance da empresa, a fim de não torná-lo isolado;

(iii) Padronização: Articular políticas e padrões claros na intenção de prevenir e detectar cartéis. Tais padrões incluem códigos de conduta e políticas organizacionais que incorporem valores antitruste, como a proteção à livre concorrência;

---

[35] Ribas, G. F. C. **Programas de compliance antitruste**. In: Zanotta, P.; Brancher, P. (orgs.). Desafios atuais do direito da concorrência. São Paulo: Singular, 2009. P. 330.

[36] International Chamber of Comerce. **Antitrust Compliance Toolkit.** 2013. P. 24. Disponível em http://www.iccwbo.org/Advocacy-Codes-and-Rules/Document-centre/2013/ICC-Antitrust-Compliance-Toolkit/

(iv) Controles: Implementar controles desenhados para dificultar a prática de cartel e outras infrações antitruste;

(v) Chefe de Compliance: Designar um chefe de ética e compliance que será responsável pelos programas e que seja um funcionário independente e com poder decisório junto a alta administração;

(vi) Recursos e infraestrutura: Alocar recursos e infraestrutura apropriada, de forma que o programa de compliance possa atuar de forma eficaz;

(vii) Supervisão do Conselho: O conselho de administração ou outro grupo de administradores deverá ser responsável pela indicação do chefe de compliance, que deverá se reportar diretamente a tal subgrupo;

(viii) Apoio da alta administração: Exigir que a alta administração participe ativamente e apoie o programa de compliance;

(ix) Práticas de pessoal: Implementar práticas diligentes na delegação de tarefas, que impeçam o desempenho de atividades de gerenciamento por funcionários que já tenham participado de condutas anticompetitivas ou que já tenham violado os códigos de ética da empresa;

(x) Treinamento e comunicação: Promover o treinamento dos funcionários responsáveis por setores que possam estar envolvidos em práticas colusivas, incluindo a alta administração e os diretores da companhia;

(xi) Terceiros: Implementar sistemas que permitam o endereçamento dos riscos de terceiros, como associações de empresas e sindicatos, além de monitorar o comportamento destes terceiros e exigir que estes instituam programas de compliance efetivos;

(xii) Auditoria e monitoramento: Instituir processos de auditoria e monitoramento a fim de detectar cartéis e outras violações antitruste;

(xiii) Medição da eficiência: Implementar sistemas que regularmente meçam a efetividade e a performance dos programas de compliance;

(xiv) Sistemas de denúncia: Instituir sistemas para que funcionários e agentes possam obter conselhos e reportar atividades suspeitas sem medo de retaliação e sem a necessidade de contato com seus supervisores, além de assegurar que as denúncias sejam adequadamente investigadas;

(xv) Proteção contra retaliação: Incorporar fortes proteções a fim de evitar retaliações contra aqueles que denunciarem práticas colusivas;

(xvi) Disciplina: Assegurar que as disposições de compliance sejam cumpridas de forma consistente e apropriada em todos os níveis da organização, e que a punição adequada seja tomada em caso de descumprimento ou falha na prevenção e detecção de violações.

(xvii) Incentivos: Estabelecer incentivos ligados ao cumprimento do programa de compliance, com a inclusão destes aspectos no sistema de promoção e avaliação de funcionários;

(xviii) Diligência com as práticas industriais: Implementar esforços para a manutenção do programa de acordo com as práticas do mercado;

(xix) Documentação: Documentar o programa de forma suficiente a fim de demonstrar a diligência da organização em sua manutenção.

Já quanto aos incentivos existentes para o cumprimento do regramento antitruste por uma organização, seja por meio da adoção de um programa de compliance, seja de qualquer outra forma, pode-se mencionar o temor das sanções financeiras aplicáveis às corporações ou aos indivíduos participantes da conduta, temor das sanções criminais aplicáveis, que podem incluir a pena de prisão, temor dos danos à reputação das pessoas físicas e jurídicas envolvidas na infração, desejo de evitar os desvios de produtividade e recursos associados à uma investigação antitruste, além de aspectos morais. Especificamente quanto aos seus colaboradores, uma organização poderá adotar sistemas de reforço positivo, como políticas de bônus e promoções, e negativo, como sistemas de penalização, para incentivar a cultura de compliance[37].

Por outro lado, dentre os fatores que levam à violação das normas ("não compliance"), incluem-se uma cultura que não valoriza o cumprimento das regras, seja em um país ou dentro da própria organização, o incentivo à adoção de comportamentos negativos pela alta administração, a existência de condições de mercado que facilitem a ocorrência de infrações antitruste, a percepção de que os ganhos obtidos com a violação são superiores às eventuais perdas, a ignorância dos custos relacionados ao não compliance, uma atitude arrogante entre

---

[37] OCDE. **Promoting Compliance with competition law.** P. 24. Disponível em http://www.oecd.org/daf/competition/Promotingcompliancewithcompetitionlaw2011.pdf

os membros de uma organização, que acreditam estar acima da lei, a noção de que os interesses da organização estão acima das regras externas à ela[38].

Em ambientes corporativos de grande proporção, pode-se ainda apontar a ideia da inexistência de responsabilidade pessoal dos colaboradores. Em tais casos, a dificuldade de apontar os responsáveis pela tomada de determinada decisão negocial pode levar os colaboradores a acreditarem que estão imunes às consequências dela advinda. Em certas situações, os colaboradores podem inclusive residir em jurisdição distinta daquela afetada pela decisão, o que torna a perspectiva de responsabilização ainda mais distante.

2.3.1. Programas de compliance antitruste: considerações do Conselho Administrativo de Defesa Econômica

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE editou em 2016, um guia para programas de compliance voltados ao cumprimento da legislação antitruste, visando o estabelecimento de diretrizes não vinculantes para empresas que desejassem implementar o programa. O guia é focado na prevenção e detecção de condutas anticompetitivas, deixando de abordar questões relacionadas aos atos de concentração.

Inicialmente, o guia destaca que a mera adoção de um programa de compliance não garante a não ocorrência de violações à legislação anticoncorrencial, mas permite que as infrações sejam prontamente identificadas e reportadas às autoridades competentes. Após, o Conselho passa a elencar as características comuns dos programas de compliance considerados eficazes ou "robustos".

A primeira característica identificada é o comprometimento da entidade com a condução proba de seus negócios. Tal comprometimento se concretiza a partir do envolvimento da alta direção no programa, adotando-se a política de compliance como parte da cultura corporativa e tornando-a uma das prioridades da empresa. Assim, resta garantida a existência e manutenção do programa, por meio do fornecimento de recursos adequados e

---

[38] OCDE. **Promoting Compliance with competition law.** P. 25. Disponível em http://www.oecd.org/daf/competition/Promotingcompliancewithcompetitionlaw2011.pdf

pela supervisão de seu funcionamento. Igualmente, o envolvimento da alta administração visa impedir a difusão de mensagens contrárias à cultura do compliance, como a exigência do cumprimento de metas a qualquer custo.

Em relação aos recursos destinados ao programa, considera-se que estes devem levar em consideração as particularidades da organização adotante e a potencial economia de recursos que seriam dispendidos com condenações pela prática de atos ilícitos. A suficiência dos recursos alocados deverá considerar tanto questões orçamentárias quanto de distribuição de pessoal. Já em relação à equipe responsável pelo compliance, esta deverá contar com o conhecimento adequado para o exercício da função, sendo liderado por membro com posição de relevância e influência nas decisões da companhia. Em outras palavras, o líder de compliance deverá contar com autonomia e independência suficientes para questionar ou até mesmo contrariar as decisões da alta administração, mantendo com esta uma linha direta de comunicação, especialmente em organizações de grande porte.

Quanto aos riscos endereçados, o CADE considera que programas bem sucedidos são precedidos e acompanhados por uma análise detalhada dos riscos aos quais a organização está exposta, levando-se em consideração questões como o mercado de atuação da entidade e grau de instrução de seus colaboradores. Tal análise poderá contar com o auxílio de auditores externos, especialmente em empresas de grande porte e organização interna capilarizada. Por fim, a análise de riscos deverá estar baseada em uma compreensão profunda das atividades da organização, sendo possível a realização de entrevistas com funcionários e visitas às unidades de negócio a fim de garantir o dimensionamento correto destes riscos.

Após a avaliação dos riscos, a organização passará a adotar medidas no sentido de mitigá-los. Um dos primeiros modos de reduzir os riscos é oferecer treinamento a funcionários e demais colaboradores, permitindo que estes conheçam a legislação concorrencial e os riscos a que estão sujeitos. A eficácia do treinamento será maior se adotadas nuances de conteúdo conforme o grupo de pessoas a que se destinar a informação, com enfoque naqueles que apresentam maior exposição a riscos concorrenciais. O CADE sugere ainda que o treinamento seja realizado na modalidade presencial, permitindo o contato direto entre os colaboradores e os responsáveis pelo compliance, ainda que o treinamento eletrônico também possa ser adotado de forma eficaz. Em ambos os casos, as regras e

informações devem ser reforçadas sempre que possível, em uma linguagem clara e acessível, relacionada ao dia-a-dia da organização e de seus colaboradores.

O programa de compliance deverá ser adequadamente monitorado, para que se analise o funcionamento satisfatório dos processos e controles desenvolvidos, além da efetividade prática destes. Este monitoramento deve ocorrer tanto no nível individual, com a verificação dos colaboradores que participaram dos ciclos de treinamento e do respeito às práticas estabelecidas para a tomada de decisões, quanto no nível do próprio programa. Nesse caso, a ideia é verificar a efetividade do método de compliance estabelecido e em que medida os colaboradores estão sendo atingidos pelo regramento. Igualmente, o monitoramento deve compreender o estabelecimento de canais de comunicação entre os funcionários da organização e o setor de compliance, bem como meios de denúncia para eventuais infrações. Especificamente para o caso das denúncias, estas devem ser tratadas de forma rápida e eficaz, evitando-se que sejam registradas e deixadas de lado. A ideia é que os colabores não tenham medo de apresentar suas preocupações de compliance e que percebam que a organização dá uma resposta rápida aos casos reportados, em um sinal que está atenta a eventuais violações.

A organização deve ainda documentar todas as iniciativas relacionadas ao compliance, de forma a assegurar a evolução contínua do programa e sua manutenção em casos de mudanças de equipe. Adicionalmente, a documentação adequada poderá ser utilizada em eventuais esclarecimentos prestados à autoridade concorrencial, com a possibilidade de redução nas penalidades aplicadas em caso de condenação da empresa por um desvio de conduta.

De forma complementar a atividade de monitoramento, a organização deve adotar mecanismos de punição a serem aplicados aos colaboradores que descumprirem as regras adotadas pelo programa de compliance. Desta forma, a organização fortalece o programa perante os colaboradores e incute a cultura de respeito às normativas internas. Nesse sentido, as punições devem ser aplicadas de forma igualitária, independentemente da posição ocupada pelo infrator na hierarquia da organização, e após um processo interno que esteja de acordo com a legislação trabalhista.

Por fim, um programa de compliance efetivo deve ser revisto e adaptado ao longo do tempo, de forma a se adequar à realidade do mercado, que é dinâmica, assim como às

condições concorrenciais de um determinado setor. Embora o CADE não apresente uma recomendação específica quanto à periodicidade da revisão, a ideia principal é a de que um programa de compliance não poderá permanecer estagnado diante das alterações da estrutura e atuação da organização, bem como de seus concorrentes e colaboradores.

2.4. O risco antitruste: consequências do "não compliance" e da prática de cartel

Como se pode observar, a doutrina é unânime ao indicar a análise de riscos como um dos fundamentos de um programa de compliance eficiente. Assim, sendo a premissa deste trabalho a consignação dos aspectos gerais que devem ser considerados por um programa de compliance antitruste voltado às organizações atuantes em mercados de aquisições públicas[39], é imperativo que se realize uma breve análise dos riscos a que tais organizações e seus colaboradores estão sujeitos.

Por razões metodológicas, opta-se por dividir a análise de risco em dois eixos distintos: a probabilidade de ocorrência e a consequência aplicável. Considerando que a adoção de um programa de compliance acarreta custos à organização que o instituir, não parece que um agente racional esteja disposto a incorrer em gastos que não enderecem questões relevantes para a companhia. Portanto, parece lógico que um programa de compliance voltado à prevenção de infrações antitruste ocorridas em certames públicos só será razoável quando o fator risco, analisado sob as óticas de possibilidade de sua ocorrência e gravidade de suas consequências, for reputado relevante.

O raciocínio empregado é muito semelhante àquele relacionado à contratação de seguros. Um consumidor opta por dispor de um valor anual para a contratação de um seguro automobilístico porque sabe que há um risco não desprezível – sinistros, como furto, roubos ou acidentes, ocorrem em taxas relativamente altas, e suas consequências financeiras para o proprietário do automóvel são consideráveis. Por outro lado, um consumidor dificilmente contratará um seguro para a proteção de bens de menor valor, pois ainda que a probabilidade

[39] É necessário anotar que o recorte adotado para fins deste trabalho inclui apenas a prática de condutas anticompetitivas de caráter colusivo, notadamente o cartel. As condutas denominadas unilaterais ou excludentes não serão objeto da análise ora realizada.

de perecimento seja alta, as consequências de tal fato não justificam o emprego de recursos para a sua conservação.

Estabelecida tal premissa, observa-se que o fator risco sob a ótica da probabilidade da ocorrência de cartel em licitações será detalhadamente analisado ao longo do Capítulo 3. Por outro lado, o fator risco sob a ótica das consequências será objeto de breves considerações, até mesmo porque a doutrina sobre o tema é bem consolidada.

Observa-se que do ponto de vista administrativo, as pessoas físicas e jurídicas condenadas pela prática de cartel, tenha o conluio ocorrido no âmbito das licitações ou em mercados típicos, estarão sujeitas às sanções previstas pela Lei nº 12.529 de 2011. Nesse sentido, os artigos 37 e 38 do diploma legal dispõem que os responsáveis pelas infrações à ordem econômica, de qualquer gênero, estarão sujeitos à aplicação de penalidades pecuniárias e de caráter comportamental.

As penalidades pecuniárias serão aplicadas, no caso das empresas, como multas no valor entre 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado, obtido no exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração[40]. Já para pessoas físicas ou jurídicas que não pratiquem atividade empresarial e, portanto, não possuam faturamento bruto, a multa será aplicada em valor entre R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais).

---

[40] O ramo de atividade empresarial é definido nos termos da Resolução nº 03 do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, que traz uma listagem contendo mais de 100 itens que poderão ser considerados para a definição do ramo de atividade da empresa e subsequente cálculo do valor da penalidade pecuniária. O inteiro teor do documento pode ser acessado em: http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-3_2012-ramos-atividade.pdf. É necessário consignar, ainda, que diante das dificuldades encontradas para a definição exata dos ramos de atividade e das eventuais discrepâncias geradas pela adoção dos parâmetros elencados pela Resolução nº 03, o CADE apresentou proposta de alteração legislativa a fim de criar válvulas de escape que permitam a adaptação do ramo de atividade às especificidades da conduta avaliada.

Em relação aos administradores responsáveis pela infração, desde que comprovado que agiram com culpa ou dolo, a multa variará entre 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa ou entidade da qual fazia parte.

A legislação dispõe, ainda, que as multas aplicáveis às empresas nunca serão inferiores à vantagem auferida com a prática da infração, quando for possível sua apuração. No mais, a determinação de que o faturamento a ser considerado é aquele do ano anterior à instauração do processo administrativo visa garantir que as entidades investigadas não se utilizem de "manobras" contábeis no intuito de reduzir artificialmente o faturamento obtido e, assim, os valores a que são condenadas.

Adicionalmente à penalidade pecuniária, a autoridade administrativa poderá aplicar outras sanções que julgar adequadas à repressão da infração cometida. Dentre estas sanções, inclui-se a publicação em jornal de extrato da decisão condenatória, a fim de dar publicidade ao caso, a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor e a recomendação aos órgãos públicos competentes para que não seja concedido ao infrator o parcelamento de tributos federais, incentivos fiscais ou subsídios públicos.

Porém, talvez a mais grave das sanções para as empresas que atuam no mercado de licitações públicas seja justamente 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 cinco anos. Parece claro que para organizações atuantes em determinados setores, como infraestrutura, cuja contratação se dá primariamente com o setor público, tal proibição pode levar a significativas perdas financeiras.

Embora a aplicação da pena de proibição de licitar não ocorra em todos os casos julgados pelo Conselho, a amostra coletada para este trabalho[41] permite concluir que em cerca de 45% dos casos as empresas condenadas pela prática de cartel em licitações foram

[41] A listagem completa dos casos analisados pode ser consultada no "Anexo I".

impedidas de contratar com órgãos públicos pelo prazo de cinco anos. Deste modo, considera-se que tal sanção é um risco efetivo às organizações investigadas pela prática.

Sem prejuízo das sanções administrativas aplicáveis às empresas participantes da conduta colusiva e aos seus administradores, existe a possibilidade de reparação civil dos danos gerados pela prática do cartel.

Em termos simplistas, tem-se que a conduta colusiva gera uma elevação artificial dos preços de determinado produto, permitindo que os seus participantes aufiram lucros superiores àqueles que seriam obtidos em um mercado competitivo. Deste modo, um consumidor que adquire produtos ou serviços comercializados por uma organização integrante de um cartel, sofre perdas financeiras e, portanto, tem direito ao devido ressarcimento. A fundamentar tal pretensão, há tanto a previsão geral trazida pela legislação civil[42], quanto a determinação específica da lei antitruste[43].

Os mencionados dispositivos legais permitem a reparação de danos individualizados pelo agente econômico que os sofre[44], em contraponto ao espírito que permeia a reparação administrativa dos danos gerados ao bem coletivo "concorrência".

Sobre o tema, a OCDE pontua que as esferas de responsabilização cível e administrativa, no Brasil, são independentes entre si, de sorte que não é necessária a existência prévia de uma decisão condenatória pelo CADE para que uma organização privada possa propor uma ação judicial em busca da indenização dos eventuais prejuízos decorrentes da infração antitruste[45].

---

[42] Especificamente o artigo 927 do Código Civil Brasileiro, o qual prevê que aquele que, pela prática de ato ilícito, causa dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

[43] Lei nº 12.529/2011; Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.

[44] SAMPAIO FERRAZ JR., Tércio. **Direito da concorrência e enforcement privado na legislação brasileira**. Revista de Direito da Concorrência. Volume 1. Novembro de 2013. P. 22.

[45] OECD, Competition Committee, "**Relationship Between Public and Private Antitrust Enforcement**", 2015. Disponível em http://www.oecd.org/daf/competition/antitrust-enforcement-in-competition.htm

Especificamente no caso dos cartéis em licitação, é possível considerar que os entes públicos, representados por suas respectivas procuradorias, podem ajuizar ações em nome próprio ante a comprovação de que a conduta competitiva gerou lesão efetiva aos seus patrimônios[46]. Nesse caso não bastará a prova do potencial dano à concorrência, conforme exigido pela legislação antitruste, devendo haver a quantificação do montante ilicitamente auferido pelo cartel.

Ademais, tendo em vista a natureza indenizatória da eventual ação civil, a responsabilidade dos envolvidos na prática não restará atenuada caso as organizações colaborem com a investigação, por meios de instrumentos como o programa de leniência ou os termos de compromisso de cessação[47]. Isso porque as ações judiciais previstas pelo artigo 47 da Lei nº 12.529 de 2011 não têm caráter punitivo, como ocorre nos demais casos, mas meramente reparatório.

Entretanto, as iniciativas do gênero ainda são embrionárias no Brasil, ao contrário do que ocorre em outras jurisdições em que a matéria da responsabilização civil já se encontra consolidada.

É possível citar como um dos poucos exemplos existentes no país, a ação judicial intentada pela Procuradoria do Estado de São Paulo em face de quinze empresas supostamente envolvidas no conluio que ficou conhecido como "Cartel dos Trens". A investigação iniciada a partir do acordo de leniência firmado por uma das participantes do cartel apura a fraude de múltiplas licitações públicas voltadas ao sistema metro-ferroviário[48].

Embora o processo judicial esteja sob sigilo e pendente de decisão, notícias divulgadas pela mídia dão conta de que houve a rejeição da petição inicial apresentada pela Procuradoria do Estado de São Paulo, sob o fundamento de que a ação fora proposta contra apenas uma das

---

[46] PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Defesa da Concorrência e Bem-Estar do Consumidor.** Revista dos Tribunais. 2015. P. 225.
[47] CASELTA, Daniel Costa. **Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. P. 159.
[48] Processo Administrativo nº 08700.004617/2013-41; em trâmite junto ao CADE.

empresas – a beneficiária do acordo de leniência – e ante a ausência de quantificação dos danos gerados ao erário, decisão esta que foi mantida em segunda instância[49]. Posteriormente, o pedido foi processado em razão das novas informações apresentadas pela Procuradoria[50].

Este precedente, ainda que isolado, sinaliza pela possibilidade de que entes públicos ajuízem ações para a reparação dos danos gerados pela prática de cartel, de sorte que as organizações participantes do conluio estão expostas a mais uma modalidade de responsabilização jurídica.

É necessário anotar ainda que outras legislações preveem a responsabilização das pessoas físicas e jurídicas engajadas em práticas colusivas, especialmente quando incidentes em processos licitatórios. Desta forma, as organizações privadas e seus colaboradores possuem múltiplos incentivos para a adoção de boas práticas na prevenção de atos ilícitos.

Nesse sentido, a Lei nº 12.846 de 2013, mais conhecida como Lei Anticorrupção, caracteriza o cartel em licitações como ato contra a administração pública e, portanto, sujeito às penalidades ali previstas. Assim, o artigo 5º, inciso V, da mencionada lei traz disposições bastante abrangentes quanto às licitações públicas, considerando atos contra a administração todos aqueles que visem fraudar o caráter competitivo do processo licitatório, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, ou ainda afastar licitantes por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de quaisquer tipos.

Tais condutas, após a devida apuração por órgãos administrativos, seriam puníveis em termos bastante semelhantes àqueles dispostos pela legislação antitruste: aplicação de multas no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto no último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, além da publicação de extrato decisão condenatória em veículo de comunicação de grande circulação.

---

[49] Disponível em http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/tribunal-de-justica-rejeita-recurso-do-governo-paulista-no-caso-siemens/.

[50] Disponível em http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2015/01/justica-abre-acao-indenizatoria-contra-empresas-suspeitas-de-cartel-em-sp.html

Já a Lei nº 8.666 de 1993, que institui as normas gerais aplicáveis às licitações e contratos públicos firmados no país, prevê[51], além das sanções criminais detalhadas no item 2.4.1, que as empresas e profissionais que tenham praticados atos ilícitos visando frustrar os objetivos da licitação podem ser penalizados com a suspensão temporária do direito de participar em licitações e o impedimento de contratar com a administração pública por prazo de até dois anos.

Outrossim, legislações que regulam procedimentos administrativos específicos, como a licitação realizada na modalidade pregão, ou que foram editadas por estados e municípios[52] trazem disposições semelhantes, aplicáveis aos licitantes que apresentarem comportamento considerado inidôneo. Esclarecendo o significado de tal termo, Justen Filho considera

---

[51]Art. 87 e 88 da Lei nº 8.666 de 1993.
Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:
I - advertência;
II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;
III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;
IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.
§ 1o Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente.
§ 2o As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.
§ 3o A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação. (Vide art 109 inciso III)

Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:
I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;
II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;
III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

[52] Como exemplo, é possível citar o Decreto Federal nº 3.555 de 2000, que regulamenta as licitações realizadas na modalidade pregão, a Lei nº 10.520/2002, que institui a modalidade licitatória do pregão, o Decreto Federal nº 5.450 de 2005, que regulamenta o pregão eletrônico, e o Decreto nº′ 49.722 de 2005, que dispõe sobre o pregão eletrônico no Estado de São Paulo.

inidôneas as condutas absolutamente incompatíveis com a condição de licitante ou de contratado pela Administração Publica, ou seja, que eliminam a confiabilidade do sujeito e a presunção de que ele disporá de condições para executar o contrato[53].

No mesmo sentido, a jurisprudência entende que conduta inidônea é toda aquela que cause prejuízo à administração pública, como também qualquer outra que, ainda que não repercuta diretamente na execução do contrato, demonstre ofensa ao regramento estabelecido, aos licitantes, à administração pública e à sociedade (em qualquer fase, seja pré ou pós-contratual), ou desrespeito ao ordenamento jurídico e aos padrões mínimos de comportamento esperado[54]. Assim, inclui todos os atos que configurem óbice ao bom desempenho do certame, incluindo condutas culposas ou dolosas.

Deste modo, parece bastante claro que a prática do cartel – conduta sabidamente ilícita e punível por legislação específica – poderá ser considerada como ato inidôneo, especialmente porque tem o condão de impedir a consecução do objetivo central de um procedimento licitatório: a obtenção da proposta mais vantajosa para a administração pública, para o qual a competitividade é um princípio cardeal[55].

Por fim, embora seja possível questionar-se a viabilidade jurídica da aplicação conjunta das mencionadas sanções, já que todas se referem, em tese, à prática de um único ato ilícito, é indispensável a consideração das mencionadas previsões legais no âmbito da análise do risco.

---

[53] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 13. Ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 860.

[54] Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n, 1.0024.07.441999-5/004 – Comarca de Belo Horizonte. Apelante(s): Sudoeste Serviços Gerais Ltda./ Apelado(a)(s): Estado de Minas Gerais – Relator: Exmo. Sr. Des. Nepomuceno Silva. Julgado em 19.02.2010.

[55] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros. 27 Edição. 2010. P. 536

2.4.1. O cartel como crime na legislação brasileira: consequências da criminalização para as organizações e seus colaboradores

Embora as opiniões sobre a prática de cartel costumem ser formuladas em termos empresariais – como uma conduta praticada por companhias em seu próprio benefício – é impossível dissociar a conduta colusiva das pessoas que efetivamente a praticam. Afinal, ainda que o cartel esteja investido de uma roupagem institucional, é a relevante participação de administradores, gerentes e diretores que permite a operacionalização do conluio.

A participação de tais pessoas se dá por inúmeros motivos, que variam desde o completo desconhecimento da legislação concorrencial, passando pelos resquícios da cultura de fixação de preços outrora vigente, e chegando à intenção de apresentar melhores resultados comerciais. Ainda que estes administradores nem sempre participem dos lucros auferidos pela companhia, frequentemente o pagamento de bônus está relacionado aos resultados apresentados, e a conduta colusiva pode remunerar os indivíduos indiretamente. Por outro lado, um funcionário que tema ser demitido em razão de seu baixo desempenho também possui incentivos significativos para participar de uma conduta colusiva[56].

Considerando-se a indispensável participação das pessoas físicas no cartel, é necessário questionar como estes indivíduos podem ser desestimulados a tomar parte nessa conduta. A legislação brasileira conta com soluções administrativas e criminais para a questão: há tanto a possível pena de multa aplicável pelo CADE, quanto a pena privativa de liberdade cominada na esfera penal. Concluir, porém, em que medida as sanções criminais e administrativas são mais ou menos efetivas na prevenção de cartéis do ponto de vista individual e corporativo é tarefa bem mais complexa.

Estudo elaborado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE[57] observou que sanções aplicadas às empresas raramente são suficientes para atingir o nível ótimo de prevenção de cartéis e que há espaço para a aplicação de penas aos

---

[56] SOKOL, Daniel. **Antitrust Corporate Governance and Compliance**. University of Minnesota - Law School Legal Studies Research Paper Series Research Paper No. 13-18.
[57] OCDE – **Cartel Sanctions against individuals,** 2003.

indivíduos envolvidos. Tais penalidades reforçariam o incentivo para que os funcionários destas empresas evitassem o envolvimento em atividades ilegais e cooperassem em eventuais investigações. Porém, o estudo concluiu que não existem evidências empíricas que comprovem tal raciocínio, tampouco que demonstrem quais penalidades seriam mais eficientes - se as de natureza patrimonial ou as de reclusão.

Apesar desta ressalva, a criminalização do cartel é uma tendência crescente entre os países membros da OCDE. Mais de trinta países criminalizam a conduta na atualidade, com a possibilidade de aplicação de penas de reclusão em todos eles, com exceção da Dinamarca. Nota-se ainda um aumento relevante desta tendência a partir dos anos 1990[58].

Os Estados Unidos da América são a jurisdição com a maior taxa de aplicação de sanções criminais e penas de reclusão aos indivíduos participantes de cartel. Baker observa que o país é o único a aplicar com regularidade penas de prisão, sendo responsável pela quase totalidade do tempo de condenação penal cumprido por infrações antitruste no mundo[59]. Werden pontua que esta tendência tem sido crescente desde a década de 1970, quando apenas 8% dos indivíduos envolvidos em investigações de cartel bem sucedidas foram presos, por um período médio de 45 dias. Com a subsequente alteração do "*Sherman Act"*, em 1974 , a pena máxima foi aumentada de 1 (um) para 3 (três) anos e, recentemente, chegou a atingir até 10 (dez) anos. Seguindo a tendência legislativa, no período de 2005 a 2007, 76% dos indivíduos comprovadamente envolvidos em cartéis foram condenados à pena de reclusão, por um período médio de quase dois anos. Israel, Reino Unido e Irlanda também permitem a aplicação de penas de reclusão em termos semelhantes[60].

Os defensores desta política argumentam que as penas de prisão são mais eficazes na prevenção da conduta do que a mera aplicação de multas. Em 2006, o Procurador Geral Assistente da divisão antitruste americana declarou que nenhum dos outros recursos

---

[58] SHAFFER, Gregory, NESBITT, Nathaniel H., WALLER, Spencer Weber. **Criminalizing Cartels: A Global Trend?** Minnesota Legal Studies Research Paper. 2013.
[59] BAKER, Donald. **Deterring Cartels—The Criminalization Dimension**. 2011.
[60] WERDEN, Gregory. **Sanctioning Cartel Activity: Let the Punishment Fit the Crime.** 2009.

disponíveis tinha efeito dissuasivo maior do que o temor da reclusão por período substancial[61].

Ademais, a aplicação de multas com valores iguais ou superiores aos ganhos auferidos pelas empresas infratoras seria rara, visto que a maioria das legislações prevê limites objetivos para as penalidades, baseados no faturamento anual da companhia. A aplicação de multas superiores aos valores estabelecidos também poderia causar efeitos deletérios: algumas empresas declarariam falência ou dependeriam da venda de ativos substanciais para o cumprimento da penalidade, enquanto outras repassariam tais custos aos consumidores. No tocante às multas aplicáveis aos indivíduos, estas possivelmente seriam pagas diretamente pelas empresas em que trabalham[62].

Em resumo, defende-se que a criminalização dos cartéis, com a imposição da pena de prisão, é um sinal claro de que o cartel é atividade ilícita e, consequentemente, leva à maior conscientização sobre o tema, com o fortalecimento dos programas de compliance e de leniência.

Nesse sentido, Stephan considera que programas de compliance são ineficazes na ausência de sanções penais aplicáveis aos indivíduos participantes da conduta. Em suma, o autor argumenta que os participantes das condutas colusivas usualmente têm conhecimento da ilicitude da prática e ocupam posições de destaque dentro da empresa, mas deixam de reportar a ocorrência da infração por acreditarem que não serão afetados por eventual investigação das autoridades governamentais, já que a punição restará limitada a uma multa pecuniária aplicada após um longo e moroso processo judicial. Deste modo, a criminalização e o medo de penas privativas de liberdade podem ser fatores chave para evitar a prática de condutas ilícitas[63].

---

[61] WERDEN, Gregory. **Sanctioning Cartel Activity: Let the Punishment Fit the Crime.** 2009.
[62] FINGLETON, John; GIRARD, Marie-Barbe; WILLIAMS, Simon. **The fight against cartels: is a 'mixed' approach to enforcement the answer?** 2011.
[63]STEPHAN, Andreas. **Hear no Evil, See no Evil: Why Antitrust Compliance Programmes may be Ineffective at Preventing Cartels** 2009. P. 13-15.

Tais conclusões, no entanto, não são unânimes. A União Europeia sanciona os cartéis de forma puramente administrativa, com a imposição de multas pecuniárias, cujo valor tem aumentado constantemente ao longo dos anos. Embora os países membros da União Europeia tenham autonomia para criminalizar a conduta de cartel dentro de seus próprios territórios, não se vê uma movimentação relevante nesse sentido.

Na França, por exemplo, as autoridades concorrenciais são competentes para enviar o caso para a promotoria pública, a qual conduz investigações criminais que podem resultar em multas de até setenta e cinco mil euros e quatro anos de prisão. A aplicação de sanções criminais, porém, é incomum em território francês[64]. Já na Alemanha, a criminalização dos cartéis se dá apenas no âmbito das fraudes à licitação, sendo as demais infrações puníveis apenas no âmbito administrativo[65]. Holanda e Luxemburgo, por sua vez, descriminalizaram completamente a conduta.

Quanto ao papel preventivo das sanções penais, como desincentivo à prática de cartel, Posner observa que as penas de prisão são aplicadas tão raramente em casos antitruste que o efeito preventivo pode ser mínimo[66]. Esta observação pode ser considerada verdadeira para a grande maioria das jurisdições, com exceção dos Estados Unidos da América. Posner sugere ainda que se as sanções impostas às companhias fossem suficientemente altas, as empresas teriam incentivos para monitorar seus funcionários de forma efetiva, tornando desnecessária a aplicação de penalidades para os indivíduos[67].

Por fim, há que se avaliar a influência exercida pela participação de promotores públicos no processo antitruste.

A OCDE considera que caso a autoridade responsável pela persecução penal seja a promotoria pública, é de extrema importância a coordenação de ações entre esta e a autoridade concorrencial. Em relação aos programas de leniência, concluiu-se que a

---

[64] WILLER, Ralf. **Hiding a Cartel's traces – A criminal offence? A comparative review of liability for obstruction of Justice Under German, French and US Law.** 2014.
[65] VON PAPP, Florian Wagner. **What If All Bid-Riggers Went To Prison and Nobody Noticed? Criminal Antitrust Law Enforcement in Germany**. 2010.
[66] POSNER, Richard A. **Antitrust Law**, 2002.
[67] POSNER, Richard A. **Optimal Sentences for White Collar Criminals**. 1980.

possibilidade de que promotores públicos processassem criminalmente os envolvidos poderia afetar a eficiência do programa, afinal, os indivíduos provavelmente relutariam em oferecer informações sobre a conduta por temerem a aplicação de sanções penais[68].

A existência de critérios distintos para a aplicação de sanções penais e administrativas também pode causar problemas à efetiva persecução dos cartéis. Usualmente, as provas e evidências necessárias para a condenação penal apresentam critérios distintos das sanções civis ou administrativas, especialmente quanto à comprovação do denominado "elemento subjetivo", ou da intenção do agente. Pode-se questionar ainda a utilização de provas obtidas em processos administrativos na esfera penal e vice-versa, de acordo com a conhecida teoria da prova emprestada.

Relatório exarado pela autoridade concorrencial da Nova Zelândia, por exemplo, considerou que a adoção dos padrões de prova específicos do processo penal provavelmente levaria à redução do número de casos antitruste concluídos com sucesso. A criminalização também poderia limitar os efeitos da legislação antitruste caso os promotores públicos e juízes não aplicassem, ou aplicassem de maneira pouco técnica, as disposições legais.

A despeito de tais críticas, é necessário considerar que a prática de cartel é criminalizada no Brasil e que os agentes participantes estão sujeitos às sanções cominadas em lei. Deste modo, um programa de compliance corporativo voltado às empresas atuantes no mercado de aquisições públicas deverá considerar tal questão como um risco aos colaboradores da organização[69].

Nesse sentido, o artigo 4º, da Lei nº 8.137 de 1990, criminaliza a conduta de cartel, cominando a pena de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa. Muito embora a lista de

---

[68] OCDE – **Cartel Sanctions against individuals,** 2003. Disponível em https://www.oecd.org/competition/cartels/34306028.pdf.

[69] Destaca-se que as sanções criminais são aplicáveis apenas às pessoas físicas, não atingindo as pessoas jurídicas ou organizações. Este é um dos corolários do Direito Penal no país, posto que a Constituição Federal apenas prevê a responsabilidade penal da pessoa jurídica quando da prática de crimes contra o meio ambiente. Deste modo, ao contrário do que ocorre na sanção aplicada na esfera administrativa, em que tanto a organização quanto seus membros poderão ser punidos pela prática da conduta colusiva, a responsabilidade penal atinge apenas as pessoas físicas envolvidas no acordo ilícito.

tipos penais fosse bastante extensa quando da promulgação da lei, com a inclusão de condutas de difícil caracterização, como preços abusivos e preços predatórios, o artigo foi substancialmente reformado em 2012.

A partir de então, apenas condutas colusivas são criminalmente puníveis, sendo tipificadas como: (i) o abuso do poder econômico com o domínio ou eliminação, total ou parcial, da concorrência por meio de qualquer forma de ajuste ou acordo entre empresas[70]; ou (ii) a formação de acordo, convênio ou ajuste entre os ofertantes visando à fixação artificial de preços, quantidades vendidas ou produzidas, o controle do mercado por uma empresa ou grupo de empresas ou o controle de rede de distribuição ou fornecimento.

Sobre o referido artigo, Martinez aponta que a conduta descrita pelo segundo inciso é a que melhor se amolda à prática de cartel, já que a redação dúbia do primeiro inciso permite múltiplas interpretações, com a tipificação de condutas que não correspondem à definição antitruste da cartelização[71].

Outrossim, as condutas descritas não trazem a exigência de que sua prática tenha o fim de lesar à concorrência, que poderia ser identificada como o bem jurídico tutelado pela norma. Basta que os agentes econômicos envolvidos desejem fixar artificialmente os preços ou as quantidades do produto disponíveis em mercado (o que geraria inevitável impacto nos preços). Em uma segunda hipótese, há a possibilidade de divisão do mercado entre os concorrentes e, neste caso, pouco importa a forma pela qual ocorreria tal divisão, e, em um terceiro caso, a criação de barreiras à entrada naquele mercado por meio da dominação das redes de distribuição (venda) ou fornecimento.

---

[70] Martinez, em comentário sobre a alteração legislativa, destaca que o inciso I do artigo continua a permitir a punição criminal das pessoas físicas envolvidas em condutas consideradas como "abuso de poder econômico" desde que tais condutas envolvam múltiplos agentes econômicos. Em outras palavras, acordos entre agentes econômicos situados em diferentes níveis da cadeia produtiva e, portanto, não concorrentes, poderiam estar submetidos ao tipo penal em questão.
MARTINEZ, Ana Paula**. Repressão a cartéis: interface entre o direito administrativo e o direito criminal.** Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2013. P. 140/141

[71] MARTINEZ, Ana Paula**. Repressão a cartéis: interface entre o direito administrativo e o direito criminal.** Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2013. P. 143.

A lei não faz diferenças na aplicação das penalidades para os casos mencionados, o que parece ser adequado à realidade fática dos cartéis: não há qualquer impedimento para que os agentes econômicos, especialmente em condutas colusivas altamente organizadas, adotem mais de uma das estratégias listadas a fim de eliminar a concorrência em certo mercado.

Neste caso, o tipo penal não parece trazer a exigência de resultado naturalístico, configurando o que a doutrina convencionou chamar de crime formal – a norma narra o comportamento que pretende proibir ou impor, sancionando a sua prática independente da produção do resultado material[72].

Em outras palavras, embora a aplicação de sanções penais dependa de requisitos mais rígidos do que a mera punição administrativa, a criminalização da conduta segue lógica semelhante àquela trazida pela Lei nº 12.529 de 2011: para que se configure a prática de cartel não é necessário que a conduta colusiva gere efeitos no mercado, bastando que os agentes tomem medidas concretas no intuito de entrar em acordo quanto às variáveis apontadas.

A prática de cartel poderá ainda ser enquadrada em outros tipos penais, a depender dos contornos fáticos do caso. A Lei nº 8.666 de 1993, que regula os processos licitatórios e as contratações públicas no país, prevê, em seu artigo 90, a conduta de fraude ao caráter competitivo do certame licitatório, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente. A pena cominada para tal situação é de detenção, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa[73].

Ao contrário do que ocorre com o delito descrito pela Lei nº 8.137, neste caso a legislação prevê a produção de um resultado material – frustrar ou fraudar o caráter competitivo de procedimento licitatório – que é diretamente relacionado à conduta dos

---

[72] Greco, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Volume 1. 18 Edição. Editora Impetus, São Paulo. P. 212.

[73] Martinez pontua que os artigos 95 e 96 da Lei nº 8.666 de 1993 também poderiam configurar a prática de cartel, já que, no primeiro deles, está tipificada a conduta de afastar um licitante do certame, por meio de fraude, violência ou oferecimento de vantagem, enquanto no segundo artigo tem-se a conduta de elevação artificial de preços dos bens ofertados à Fazenda Pública em procedimento licitatório. Embora tal apontamento seja tecnicamente correto, tem-se que o tipo previsto pelo artigo 90 tem caráter mais amplo, sendo aplicável a todos os tipos de concorrência pública e às mais diversas modalidades de fraude às licitações. MARTINEZ, Ana Paula**. Repressão a cartéis: interface entre o direito administrativo e o direito criminal.** Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2013. P. 147.

agentes. Entretanto, a lei não exige o efetivo prejuízo ao erário, bastando que reste comprometida a competitividade do certame.

Em todo caso, as chances efetivas de encarceramento são baixas. No crime previsto pelo artigo 90 da Lei de Licitações, a pena cominada é de detenção, de sorte que o início do cumprimento da pena não poderá ocorrer em regime fechado, nos termos do artigo 33 do Código Penal.

Ademais, para todos os crimes descritos, as penas privativas de liberdade poderão ser substituídas por penas restritivas de direitos, a depender do entendimento do órgão julgador – afinal, as penas privativas de liberdade inferiores a quatro anos para os crimes cometidos sem violência ou grave ameaça, e desde que se trate de réu primário, poderão ser substituídas por penas restritivas de direito, a exemplo da prestação de serviços à comunidade ou pagamento de multa.

Por fim, há de se questionar quais dos dois tipos penais seria aplicável ao indivíduo acusado da prática de cartel em licitação, posto que ambos descrevem condutas bastante semelhantes. Diante da ausência de precedentes dos Tribunais Superiores sobre o tema, a doutrina adota três diferentes posicionamentos:

(i) O crime previsto pela Lei de Licitações é autônomo em relação àquele descrito pela Lei nº 8.137, visto que ambos protegem bens jurídicos distintos e, portanto, ambos os tipos poderiam ser aplicados à mesma conduta;

(ii) O crime de cartel em licitações é especial em relação ao crime de cartel em outros mercados, de sorte que, nos casos de contratações públicas, prevalecerá o disposto na Lei nº 8.666 de 1993;

(iii) O crime previsto pela Lei nº 8.137 é meio para a consumação da conduta descrita na Lei de Licitações, de forma que ficaria por esta absorvida, aplicando-se apenas a penalidade prevista pelo segundo tipo penal[74].

---

[74] MARTINEZ, Ana Paula**. Repressão a cartéis: interface entre o direito administrativo e o direito criminal.** Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2013. P. 151.

Considera-se que a adoção do segundo entendimento é a que melhor se adequa ao ordenamento jurídico nacional, visto que o princípio da especialidade prevalece em matéria penal. Por outro lado, não se pode descartar a hipótese de que o representante do Ministério Público, confrontado com um caso de cartel em licitação, apresente denúncias abarcando ambos os tipos penais ou, ainda, dando preferência ao delito previsto na Lei nº 8.137 de 1990, cuja penalidade é mais grave.

Superadas as consequências penais relacionadas às pessoas físicas envolvidas na prática colusiva, há de se notar que a configuração do cartel como crime também traz consequências para as pessoas jurídicas participantes da conduta.

Um primeiro aspecto está relacionado à possibilidade da utilização de interceptações telefônicas para a obtenção de prova da conduta. Nesse sentido, a Lei nº 9.296 de 1996, que regulamenta o tema, dispõe que a interceptação telefônica apenas poderá ser realizada para a obtenção de prova em investigações criminais ou em instrução de processo penal, de sorte que, por exclusão, não é permitida para a apuração de ilícitos meramente administrativos[75].

A legislação aplicável prevê ainda que o crime apurado deverá ser passível da aplicação de pena de reclusão, e a investigação da prática de crime apenado com detenção não poderá se valer deste método de obtenção de prova[76]. Deste modo, a interceptação telefônica não seria admitida em casos que investigassem tão somente a prática do crime de fraude ao caráter competitivo do certame licitatório, trazido pelo artigo 90 da Lei de Licitações, eis que a pena cominada ao tipo é de detenção.

---

[75] Lei nº 9.296 de 1996; Art. 1º: A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob segredo de justiça.
Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

[76] Lei nº 9.296 de 1996; Art. 2, inciso III: Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses: II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis.

De todo modo, a possibilidade da utilização de interceptações telefônicas para a obtenção de provas da prática de cartel em licitações é bem estabelecida, já havendo sido utilizada em diversos casos[77].

Outra consequência jurídica importante é a extensão do prazo prescricional para a apuração e punição da conduta anticompetitiva, que deixa de seguir as regras gerais dos ilícitos administrativos, obedecendo às disposições do Código Penal, notadamente mais rigorosas. Isso porque o prazo geral para a instauração de procedimento administrativo sancionador pelos órgãos da administração pública federal é de cinco anos, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, de quando esta houver cessado[78]. Entretanto, quanto o fato objeto da ação punitiva também constituir crime, a prescrição é regida pelo prazo previsto na lei penal[79].

Assim, sendo a prescrição penal regulada pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime em questão, a autoridade administrativa contará com o prazo de doze anos para a instauração do procedimento que vise apurar a prática de cartel[80]. Vale dizer que para a fluência do mencionado prazo prescricional estendido é dispensável a existência de investigação criminal sobre o fato, ou seja, será aplicável ainda que a apuração do ilícito ocorra apenas na esfera administrativa[81].

---

[77] São exemplos, o Processo Administrativo nº 08012.003321/2004-71 (Cartel dos Hemoderivados); Processo Administrativo nº 08012.008850/2008-94 (Cartel das Lavanderias Hospitalares); e Processo Administrativo nº 08012.008821/2008-22 (Cartel dos Medicamentos antirretrovirais).

[78] Nos termos do artigo 1º da Lei nº 9873 de 1999 e artigo 46 da Lei nº 12.529 de 2011.

[79] Nos termos do artigo 1, §1º da Lei nº 9873 de 1999 e artigo 46, 4º, da Lei nº 12.529 de 2011.

[80] Nos termos do artigo 109, inciso III, do Código Penal.

[81] "Vincular o prazo prescricional administrativo à existência de investigação criminal em curso é inviabilizar as apurações concorrenciais e retirar crédito da *expertise* até então reunida pelo CADE na repressão a condutas anticompetitivas. Depender de expressa manifestação judicial sobre a existência da apuração em duas esferas distintas enfraquece a defesa da concorrência, a qual é constitucionalmente prevista e protegida, e cria uma dependência entre as duas esferas que a própria lei não previu. Isso porque as competências da Lei 8.884/94 (revogada pela Lei nº 12.529/11) não são limitadas por quaisquer providências de natureza penal, exceto pelas garantias processuais aplicáveis a qualquer processo judicial ou administrativo". Voto proferido pelo Conselheiro Relator Gilvandro Vasconcelos nos autos do Processo Administrativo nº 08012.009382/2010-90 - CADE.

Portanto, para além das consequências punitivas aplicáveis aos integrantes da organização que tomem parte da conduta colusiva, as consequências processuais relacionadas à criminalização da conduta de cartel podem impactar de forma relevante a análise de risco elaborada por um dado agente econômico.

2.5. Conclusões preliminares sobre os programas de compliance

A despeito da elaboração de diferentes listagens e critérios que devem ser seguidos por um programa de compliance robusto, não existem formas de medir, de forma acurada e confiável, a eficácia do programa[82]. Nesse sentido, a mera inexistência de condenação da organização pela prática de infrações antitruste é insuficiente para demonstrar a eficácia do programa, já que tal fato pode decorrer, apenas, da falta de detecção do ato praticado.

Embora diversas companhias tenham tentado avaliar a eficácia de seus programas, incluindo a análise dos dados de auditorias, monitoramento das taxas de presença em treinamentos, revisão das investigações internas, pesquisas com colaboradores e contratação de avaliações externas[83], tais elementos são insuficientes para demonstrar a robustez do programa. Conforme consta do Guia de Compliance editado pelo CADE "se o programa funcionar de maneira eficiente, simplesmente nenhum efeito será percebido, afinal o que se procura é que o ambiente concorrencialmente probo seja promovido e preservado e, assim, as operações normais da entidade sigam seu curso"[84].

Igualmente, os parâmetros de análise acima listados estão focados na atividade pretérita da companhia e medem a atividade da função de compliance, mas não o impacto exercido por esta. Um exemplo é a aferição do número de colaboradores que participaram de programas de treinamento: tal dado não é capaz de demonstrar que os participantes compreenderam adequadamente os conceitos passados ou, ainda, que estejam comprometidos

---

[82] BAXTER, Thomas C.; **The Changing Face of Corporate Compliance and Corporate Governance**, 21 Fordham J. Corp. & Fin. L. 1 (2016). P. 63.

[83] DELOITTE. **Compliance Trends Survey**. 2014. P. 13. Disponível em http://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/us/Documents/risk/us_aers_dcrs_deloitte_compliance_week_cmpliance_survey_2014_05142014.pdf. .

[84] CADE. **Guia de Programas de Compliance**. P. 14.

com a cultura de probidade na organização. Por outro lado, a existência de tal critério de análise permite, ao menos, que se demonstre o alcance do programa em relação ao tamanho da organização.

Em outras palavras, embora não seja possível que uma organização assegure de forma completa a eficácia de seu programa de compliance e a não ocorrência de infrações antitruste, esta poderá adotar alguns parâmetros que permitam um grau razoável de certeza sobre o funcionamento do programa[85].

Nesse sentido, tem-se que o sucesso de qualquer programa de compliance, quer relacionado ao direito antitruste ou a qualquer outra área, está na compreensão de que o comportamento de adequação às leis deve fazer parte da cultura da organização, não se distinguindo desta[86]. Assim, impede-se que as normativas de compliance sejam conhecidas pelos colaboradores, mas que deixem de ser seguidas em situações de pressão para a obtenção de metas, por exemplo. É crucial, para tanto, que o envolvimento da alta administração seja efetivo, posto que esta é usualmente responsável pela consolidação de uma cultura corporativa.

Sobre o tema, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE considera que "companhias e indivíduos que operam em ambientes em que o valor da livre concorrência é amplamente compreendido e apreciado e em que as leis concorrenciais são respeitadas, estão mais propensos a cumprir tais normas"[87].

De outra parte, a ciência dos riscos do "não compliance", incluindo as sanções à que estão sujeitas as organizações e colaboradores envolvidos na prática de condutas anticompetitivas, também constitui fator indispensável à eficácia do programa. Ainda que

---

[85] Committee of Sponsoring Organisations of the Treadway Commission. **Internal Control – Integrated Framework**. 6ª Edição. Disponível em http://www.coso.org/documents/coso_framework_body_v6.pdf.

[86] International Chamber of Comerce. **Antitrust Compliance Toolkit**. 2013. P. 4. Disponível em http://www.iccwbo.org/Advocacy-Codes-and-Rules/Document-centre/2013/ICC-Antitrust-Compliance-Toolkit/.

[87] No original, "companies and individuals that operate in environments where the value of competition is widely understood and appreciated, and in which competition laws are respected, are more likely to comply with those laws". OCDE. **Promoting Compliance with competition law.** P. 24. Disponível em http://www.oecd.org/daf/competition/Promotingcompliancewithcompetitionlaw2011.pdf

uma determinada companhia cultive os valores relativos ao cumprimento das normas, seus colaboradores possuirão maiores incentivos a agir conforme tal cultura na medida em que possuírem ciência dos riscos envolvendo as práticas ilícitas. Não por outro motivo, a literatura aponta que a criminalização da conduta de cartel, com a possibilidade de aplicação de penas privativas de liberdade, seria fator chave na prevenção da prática.

Já quanto à atualização do programa, considera-se que existe a preocupação de que o compliance seja um órgão vivo dentro da organização. Em outras palavras, é bastante simples que uma empresa, a fim de propagar a existência de um programa, elabore um documento com as diretrizes a serem seguidas por seus colaboradores, mencionando a necessidade de cumprimento da legislação antitruste. Entretanto, é senso comum que a mera elaboração de tal documento apresenta pouca ou nenhuma eficácia na prevenção de ilícitos.

O programa de compliance efetivo deve se basear no treinamento e atualização constante dos colaboradores da organização, além das funções repressivas de monitoramento e punição. Igualmente, o desenvolvimento de novos produtos ou a entrada em novos mercados deve levar à revisão do programa, que passará a se adequar às inovações da empresa. Em casos específicos, os novos produtos ofertados ou as novas estratégias comerciais deverão ser aprovados pelo setor de compliance após a análise do risco representado por estes.

3. CARTEIS EM LICITAÇÃO: PRINCIPAIS CONSIDERAÇÕES SOBRE COLUSÃO EM MERCADOS DE AQUISIÇÃO PÚBLICA.

3.1. O cartel como infração antitruste: breves considerações

O cartel pode ser definido como um acordo firmado entre empresas que deveriam competir para reduzirem a produção a patamares determinados ou para venderem a preços pré-fixados, conforme a lição de Hovenkamp[88].

Para Schuartz, o cartel é uma associação de agentes econômicos que, expressa ou tacitamente, acordam em coordenar decisões estratégicas no tocante a variáveis concorrencialmente relevantes. Deste modo, os cartéis podem tanto ser formulados quanto à variável preço, para a fixação dos preços de venda, quanto para outros elementos, como as quantidades produzidas ou ofertadas, a determinação de condições de compra de insumos, a divisão geográfica ou qualitativa do mercado adquirente, dentre outras[89].

A Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE considera que os cartéis clássicos são as mais danosas violações ao direito concorrencial, na medida em que causam prejuízos aos consumidores pelo aumento de preços – estima-se que os preços em mercados cartelizados são de 10% a 20% maiores do que os preços praticados em mercados não cartelizados - e pela redução da oferta, bem como pela limitação dos incentivos para a redução de custos e inovação naquele determinado mercado[90]. Em outras palavras, os cartéis protegem seus membros das forças do mercado, reduzindo as pressões competitivas que os levariam à inovação e à redução de custos.

A jurisprudência do CADE, por sua vez, também costuma trazer definições para a prática de cartel. A decisão proferida pelo Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior nos autos do

---

[88] HOVENKAMP, H. **Federal Antitrust Policy**: *the law of competition and its practice*. St. Paul: West Group, 1999, para. 4.1.
[89] SCHUARTZ, Luiz Fernando. **Ilícito antitruste e acordo entre concorrentes**. Ensaios sobre economia e direito da concorrência. São Paulo: Singular, 202. p. 119.
[90] OCDE – **Fighting Hard Core Cartels; Harm, Effective Sanctions and Leniency Programs**, 2002. Disponível em https://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf.

Processo Administrativo nº 08012.001273/2010-24 pode ser tomada como representativa do posicionamento adotado pelo Conselho:

> Um cartel é um acordo entre empresas pretensamente concorrentes para estabelecer níveis de produção ou fixar preços, quantidades, clientes, fornecedores, regiões, entre outras características enumeradas pelo art. 36, §3º, inciso I, da Lei 12.529/11. O acordo possibilita às empresas terem lucros de monopólio, ou seja, comportarem-se como se houvesse um só vendedor no mercado. Os agentes que praticam cartel podem, por exemplo, fazer acordos sobre os preços que cobram e/ou sobre se irão concorrer ou não em determinados mercados ou por certos clientes. Como se trata de uma conduta de várias empresas que deveriam concorrer entre si, a formação de cartel merece mais escrutínio por parte das autoridades antitruste e punições maiores que condutas unilaterais.
> O cartel tem como objetivo precípuo eliminar ou diminuir a concorrência e conseguir o monopólio em determinado setor de atividade econômica, isto é, a vontade de todos os participantes é tão unificada que eles se comportam como se fossem um só agente; perdem sua individualidade e se comportam como um conglomerado sob o ponto de vista comercial. Por isso, a atividade de cartel é a antítese da "livre interação das forças competitivas", de modo que o combate a cartéis é a pedra angular da política de defesa da concorrência. Caso seja provada a existência da formação de cartel – com a consequente fixação de preços ou divisão do mercado, a prática deve ser condenada.

Nas definições trazidas pelo CADE, é possível encontrar a diferenciação dos cartéis em dois tipos: os institucionalizados e os difusos. Os cartéis institucionalizados seriam aqueles revestidos de certa perenidade, ou seja, para os quais os acordos de preço ou condições de venda possuem duração razoável, podendo ou não incluir sistemas de regras aplicáveis â tomada de decisões e punição dos participantes que "traiam" o acordo. Já os cartéis difusos são aqueles de caráter eventual: embora igualmente puníveis pela autoridade antitruste, a conduta se reveste de menor gravidade, pois prescinde de uma organização permanente voltada à fraude concorrencial.

Por fim, a Lei nº 12.529 de 2011, que regulamenta o sistema brasileiro de defesa da concorrência, enumera uma série de condutas que são consideradas ilícitas do ponto de vista antitruste, dado o potencial de causarem danos à livre concorrência. Em termos gerais, tais condutas podem ser divididas em dois grupos: as condutas de caráter excludente e as condutas colusivas.

No primeiro caso, a intenção do agente é dominar o mercado de bens ou serviços por meio da exclusão dos demais participantes, intenção que poderá ser alcançada por meios diversos, tais como a negativa de acesso à infraestrutura essencial ou a prática de preços

predatórios. Na segunda classe, em que se inclui o cartel[91], a dominação do mercado se dá pela união dos agentes econômicos, que passam a atuar de forma conjunta, em prejuízo da livre concorrência.

Para ambos os casos, o legislador traçou parâmetros positivos e negativos para a identificação de uma infração concorrencial. Em relação aos parâmetros negativos, tem-se que (i) não é necessária a comprovação de culpa, havendo espécie de responsabilização objetiva; (ii) não se exige forma específica para a prática do ato; (iii) não é necessária a comprovação dos efeitos negativos alcançados. Em relação aos parâmetros positivos da infração, estes são listados pelos incisos I a IV, podendo ser verificados de forma alternativa, incluindo a comprovação do prejuízo à livre concorrência, a dominância de mercado relevante de bens ou serviços, o aumento arbitrário dos lucros e o exercício abusivo de posição dominante.

Deste modo, para que reste configurada a conduta anticompetitiva, devem estar preenchidos tanto os parâmetros positivos quando os parâmetros negativos acima descritos – e é exatamente sob esse aspecto que os padrões de prova aplicáveis ao cartel diferem daqueles relacionados às demais infrações antitruste.

Nesse sentido, o Guia do CADE para o programa de leniência menciona que o "caput" do artigo 36 da Lei nº 12.529 de 2011 e a jurisprudência consideram a prática de cartel como um "ilícito pelo objeto", enquanto as demais infrações antitruste são usualmente consideradas como "ilícitos pelos efeitos". Em outras palavras, a proibição da prática de uma conduta ilícita usualmente está relacionada à aferição dos efeitos concretos que ela tem o condão de gerar, mas os efeitos relacionados ao cartel são presumidamente negativos e sempre prejudiciais à concorrência.

---

[91] Ao analisar-se a legislação concorrencial em vigor, pode-se conceituar o cartel como a formulação de acordos expressos ou tácitos entre concorrentes objetivando-se a fixação de preços de venda, a determinação de quotas de produção, a divisão de mercado ou a determinação de preços, condições, vantagens ou participação em um dado mercado. Tal definição advém da leitura conjunta do "caput" e do parágrafo 3º, inciso I, do artigo 36 da Lei nº 12.529 de 2011.

Tal entendimento encontra-se fundamentado no raciocínio desenvolvido pela jurisprudência norte-americana ao longo das primeiras décadas de aplicação da legislação antitruste federal, denominada "Sherman Act". Em seu texto original, a legislação tornou ilegais quaisquer contratos, conspirações ou combinações que afetassem o comércio interestadual, além de toda a tentativa de monopolização[92].

A redação ampla e a falta de fundamentação teórica do conceito de "monopolização" permitiram uma atuação bastante discricionária das cortes. Como aponta Hovenkamp, o "Sherman Act" poderia ser interpretado como um convite para que o judiciário norte-americano aprimorasse suas noções sobre o funcionamento dos negócios e dos mercados, havendo abertura para alterações de entendimento fundamentadas na evolução da economia e dos padrões ideológicos[93].

Os primeiros entendimentos judiciais sobre o tema foram no sentido de que o "Sherman Act" declarava ilegais todos os acordos de preço, não cabendo aos tribunais debaterem a eventual legalidade ou razoabilidade daquela conduta[94]. Em 1911, no conhecido caso "Stardard Oil", a Suprema Corte norte-americana entendeu que as transações econômicas sempre resultariam em algum nível de restrição comercial, de forma que parâmetros de razoabilidade deveriam nortear quais condutas seriam consideradas ilícitas nos termos da legislação antitruste. Desta forma, as restrições comerciais poderiam assumir tanto

---

[92] *"Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding $100,000,000 if a corporation, or, if any other person, $1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court."*
Em tradução livre: Todo contrato, combinação em forma de truste ou outra qualquer, ou conspiração para restringir o comércio entre os diversos estados ou com nações estrangeiras é declarada ilegal. Toda a pessoa que realizar qualquer contrato ou participar de qualquer combinação ou conspiração declarada ilegal por esta lei deve ser considerada culpada e deve ser punida com uma multa não excedente a 100.000.000 dólares em se tratando de uma corporação ou a 1.000.000 dólares em se tratando de um indivíduo, ou ainda com pena de reclusão não excedente a dez anos, sendo ambas as sanções aplicáveis cumulativamente a critério do julgador.

[93] HOVENKAMP, H. **Federal Antitrust Policy**: *the law of competition and its practice*. St. Paul: West Group, 1999, p 53.

[94] Nesse contexto, destaca-se a condenação, em 1897, de dezoito empresas ferroviárias associadas em forma de "trust". Em tal caso, estabeleceu-se que os acordos de preço sempre seriam ilegais, tendo a Suprema Corte discordado das instâncias inferiores do judiciário, as quais entendiam que a fixação de preços era uma forma de evitar a concorrência desleal e prejudicial ao mercado. MOTTA, Massimo. **Competition Policy**: *Theory and Practice*. Cambridge University Press, 2003. p. 8.

um caráter positivo quanto negativo. Nos casos de fixação de preços, entretanto, a restrição comercial sempre seria indevida, ou seja, resultaria na elevação de preços, redução da oferta e diminuição da qualidade. Assim, consolidou-se a regra da proibição geral aos acordos de preço, a qual teve pouquíssimas exceções ao longo da prática americana[95].

Deste modo, a prática antitruste brasileira, que se consolidou quase um século após o surgimento da doutrina norte-americana, adotou conceitos bastante similares na análise dos casos submetidos à autoridade concorrencial. A configuração do cartel como um ilícito pelo objeto, sendo seus efeitos sempre negativos e não razoáveis, é frequentemente citada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica em suas decisões, subsidiando a condenação dos agentes engajados em tal conduta.

Nesse sentido, esclarecedor é o voto proferido pela Conselheira Ana Frazão nos autos do Processo Administrativo nº 08012.004472/2000-12:

> Em casos como o ora em tela, no qual o objeto da investigação se revela um conluio organizado entre concorrentes cuja única finalidade é elevar artificialmente os preços cobrados ao consumidor, tenho que a prova da conduta e de suas especificidades traz consigo automaticamente a demonstração da potencialidade lesiva que a Lei Antitruste brasileira exige para configuração da infração à ordem econômica, sendo dispensável a análise de outros elementos – como mercado relevante, barreiras à entrada e poder de mercado – que podem se mostrar necessários na investigação de outros tipos de condutas.
> Tal constatação deriva basicamente de dois fatores.
> i. Da ausência de efeitos pró-competitivos e da lesividade patente da conduta
> (...)ao contrário do que sucede na maior parte das investigações concorrenciais, cujo deslinde depende de um sopesamento entre os efeitos anti e pró-competitivos associados à conduta analisada, o exame de conluios que apresentem as características do caso em tela – isto é, que constituam simples e inequívoca apropriação de renda do consumidor por meio de uma organização cartelística – dispensa qualquer consideração em relação a possíveis benefícios oriundos da prática, já que estes simplesmente não existem ou são por completo insignificantes em face à gravidade das lesões causadas à ordem concorrencial.
> (...)
> ii. da existência de poder de mercado
> (...)
> E isto porque, em situações fáticas em que os agentes revelam-se claramente capazes de influenciar a principal variável econômica (preço) por meio de um conluio organizado, inexiste razão para que se utilize a participação no mercado relevante como forma de mensuração do poder de mercado das empresas envolvidas no cartel, já que este poder se manifesta direta e inexoravelmente da implementação da própria conduta. Nesse tipo de

[95] MOTTA, Massimo. **Competition Policy:** *Theory and Practice*. Cambridge University Press, 2003. p. 8.

> situação, a capacidade dos agentes investigados de afetar a ordem concorrencial decorre diretamente do conjunto probatório que demonstra a existência de um cartel organizado, já que é impossível se conceber que um conjunto de empresários dedique tempo e recursos à consecução dessa conduta sem que ela gere, ou ao menos possa gerar, o efeito de subtração da renda do consumidor dela esperado.

Portanto, os padrões de prova utilizados pela autoridade concorrencial em uma eventual condenação pela prática de cartel são, de certa forma, mais simples do que aqueles avaliados em outros casos, já que a impossibilidade de geração de efeitos líquidos positivos na economia permite que a prática seja julgada sem a análise casuística dos danos causados ao ambiente concorrencial[96]. No limite, a mera prova do acordo entre concorrentes é suficiente para a configuração da prática e condenação dos envolvidos.

É claro que tal posicionamento não deixa de encontrar críticos. Salomão Filho aponta que as investigações de cartel têm se resumido a busca de provas do acordo entre os concorrentes, com a definição meramente formal da infração, olvidando-se a análise sistemática tão cara à disciplina antitruste. Considera ainda que as investigações realizadas nestes moldes frequentemente baseiam-se em meras suposições, com o desrespeito aos direitos e garantias constitucionais, como o direito de livre associação, e com a valoração do contato entre concorrentes acima do bem jurídico concorrência[97].

Um exemplo da ressonância prática desta crítica pode ser encontrado na decisão judicial que anulou a condenação administrativa do alcunhado "Cartel dos Genéricos". No caso, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica houve por bem em condenar diversas empresas farmacêuticas que teriam conspirado para dificultar ou impedir a entrada dos

---

[96] No original: "But while this is the general standard, the US Supreme Court has also held that certain agreements are also likely to be anticompetitive, and so unlikely to have precompetitive effects, that they are condemned 'per se', which means without any case-by-case inquiry into their net effect. (…) When an agreement is per se illegal, the Court says it will consider neither any precompetitive justifications the defendant might offer nor whether anti-competitive effects actually occurred".
Em tradução livre: "A despeito dos parâmetros gerais, a Suprema Corte Americana tem decidido que certos acordos são potencialmente anticompetitivos, sendo altamente improvável que apresentem efeitos pró-competitivos, de sorte que eles são condenados "per se" ou seja, sem a análise caso a caso dos seus efeitos líquidos (...) Quando um acordo é considerado ilegal "per se", a Corte deixa de considerar as eventuais justificativas pró-competitivas que poderiam ser apresentadas pelo acusado, assim como não verifica até que ponto os efeitos negativos efetivamente ocorreram.
ELHAUGE, Einer; GERADIN, Damien. **Global Competition Law and Economics**. Oxford: Hart Publishing, 2007. pp. 56-57.

[97] SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 565-567

medicamentos genéricos no mercado farmacêutico nacional, aplicando-lhes as sanções relativas ao ilícito de cartel. Como prova da conspiração, utilizou-se uma ata apócrifa, que indicava que representantes destas empresas estiveram reunidos e discutiram os possíveis impactos do ingresso dos medicamentos genéricos no mercado farmacêutico e as formas de desestimular a aquisição destes produtos pelos consumidores.

Após a condenação, as empresas apresentaram uma série de ações anulatórias junto à Justiça Federal, questionando os pressupostos utilizados pelo CADE para subsidiar a condenação[98]. Em suas razões, o juízo entendeu que a única prova produzida pela autoridade administrativa era a ata de reunião, que demonstrava, tão somente, a ocorrência do encontro, mas não a potencialidade lesiva da conduta, discorrendo que "os pontos que levaram à condenação das empresas (...) estão centrados na existência da reunião e em conjecturas acerca do interesse das empresas na formação do cartel, do histórico de condenações de empresas no exterior [mas em] nenhum ato concreto e inequívoco de formação de cartel".

Assim, a condenação administrativa – que não deixa de ter natureza de ato administrativo – foi anulada judicialmente. Em outras palavras, a presunção de ilicitude da reunião não foi acolhida pelo Poder Judiciário, que se baseou na ausência de provas da efetiva periculosidade da conduta para dar provimento ao pedido formulado pelas companhias condenadas.

Embora o caso do "Cartel dos Genéricos" seja bastante peculiar, e por isso mesmo emblemático, tendo gerado controvérsias entre os próprios Conselheiros do CADE, a reversão judicial da decisão administrativa demonstra-se afiliada às críticas doutrinárias quanto à definição do cartel como ilícito pelo objeto. Entretanto, tal posicionamento não pode ser adotado como parâmetro.

---

[98] Justiça Federal do Distrito Federal. Ações Judiciais nº 2007.34.00.043978-7; 2008.34.00.000638-5; 2007.34.00.043980-0; 2008.34.00.000496-0; 2008.34.00.000495-7; 2008.34.00.003164-2; 2008.34.00.003138-9; 2008.34.00.008656-0; 2007.34.00.044419-6; 2008.34.00.001816-7; 2008.34.00.001801-6; 2007.34.00.043979-0; 2008.34.00.000497-4; 2008.34.00.001805-0; 2008.34.00.000639-9; 2007.34.00.044314-6; 2008.34.00.002628-4; 2007.34.00.043998-2 e 2008.34.00.003133-0. Disponível para consulta em https://portal.trf1.jus.br/portaltrf1/pagina-inicial.htm.

Destaca-se que não é o objetivo deste trabalho questionar os padrões de prova utilizados pela autoridade concorrencial para a caracterização da infração antitruste, pelo contrário. Pretende-se, a partir dos padrões de prova já estabelecidos pela jurisprudência, construir um guia base que permita aos agentes econômicos a formulação de programas de compliance eficientes na prevenção da prática de cartel e das punições correspondentes.

Assim, considerar o cartel como ilícito pelo objeto, prevenindo-se a mera realização do acordo, é a forma mais segura de evitar a condenação do agente econômico pelas autoridades concorrenciais. Ao contrário do que ocorre em outras práticas, que poderão ou não ser consideradas ilícitas a depender dos efeitos gerados ao mercado, a jurisprudência remansosa do CADE indica que o cartel sempre é punível e as empresas envolvidas estão sujeitas às sanções cominadas.

Portanto, no que tange à consideração do cartel como infração administrativa antitruste, tema deste tópico, conclui-se que a formulação de acordos entre concorrentes a fim de definir preços, cotas de produção ou outras variáveis concorrencialmente relevantes sempre é punível no âmbito administrativo, ainda que não se atinjam os efeitos pretendidos e independente da comprovação de dano efetivo ao mercado.

3.1.1 O cartel tentado como infração punível

O caso conhecido como “Cartel dos Genéricos”, mencionado no item 3.1 acima, traz um interessante precedente: a decisão judicial proferida estabeleceu que a mera reunião entre concorrentes não seria passível de punição, eis que ausentes quaisquer indícios da periculosidade desta ação.

Tal entendimento, entretanto, não reflete a reiterada jurisprudência do CADE, que tem considerado ilícitos os atos que possam causar danos ao mercado, ainda que os objetivos não sejam alcançados pelos agentes. Esse posicionamento encontra respaldo na legislação

antitruste, cujo texto expressamente permite a punição de condutas ilícitas, ainda que ocorram apenas em sua modalidade tentada[99].

Nesse sentido, especificamente no âmbito das licitações públicas, o CADE já opinou pela condenação de três empresas envolvidas na tentativa de fraude a um certame licitatório promovido pela Prefeitura de Lages, cidade localizada no Estado de Santa Catarina, para a aquisição de material de pintura e material hidráulico[100]. No caso, as propostas apresentadas pelos agentes foram desclassificadas pelo órgão público, que considerou suspeita a extrema semelhança entre os documentos apresentados, que continham o mesmo padrão de formatação, além de erros de ortografia idênticos.

A desclassificação das empresas antes que pudessem sequer apresentar as suas respectivas propostas comerciais deixa claro que a conduta não ultrapassou a esfera da tentativa. Contudo, isso não elidiu a aplicação de sanção pecuniária pela autoridade administrativa, a qual entendeu que as ações intentadas pelos agentes econômicos poderiam, ainda que hipoteticamente, causar danos à concorrência naquele certame.

De outra parte, o processo administrativo envolvendo o "Cartel dos Trens", ainda não julgado em definitivo pelo CADE, investiga um projeto para o qual os atos ilícitos também não superaram a esfera da mera tentativa, com a ocorrência de contatos entre os concorrentes na fase anterior à apresentação de propostas ao órgão administrativo[101]. Embora as empresas rivais houvessem mantido contatos com o objetivo de fraudarem a licitação, dividindo o objeto do contrato entre elas, as negociações não foram à frente, de sorte que estas sequer participaram do procedimento licitatório.

Vê-se que a interrupção da conduta anticompetitiva se deu em fase bastante inicial do projeto e por iniciativa das próprias empresas que pretendiam implementá-la. A despeito de suas desistências voluntárias, os agentes podem, em tese, ser administrativamente responsabilizados como participantes de um acordo colusivo.

---

[99] Nos termos do artigo 36, caput, da Lei nº 12.529 de 2011.
[100] Procedimento Administrativo n° 08012.006199/2009-07, Projeto "Série 5000", em trâmite junto ao CADE.
[101] Processo Administrativo nº 08700.004617/2013-41 em trâmite junto ao CADE.

3.2. Licitações públicas como mercados propensos à colusão

Ao longo dos capítulos anteriores, foram indicados os principais aspectos relacionados à prática de cartel na legislação nacional, assim como as consequências jurídicas das condutas colusivas, aplicáveis àqueles que delas participam.

Entretanto, excepcionando-se a indicação de diplomas legais aplicáveis tão somente aos mercados de aquisições públicas, as considerações realizadas assumiram um caráter geral, de sorte que destinadas a todos os agentes econômicos com atuação direta ou indireta em território nacional.

De outra parte, o objetivo deste trabalho é a identificação específica dos riscos existentes para empresas e organizações que tomem parte em licitações públicas, partindo da premissa de que esses mercados diferem, em certa medida, dos mercados "comuns", até mesmo por estarem mais sujeitos à ocorrência de práticas colusivas. Nesse sentido, a existência de programas de compliance voltados à prevenção de infrações concorrenciais seria ainda mais relevante para as organizações atuantes em certames públicos.

A fim de subsidiar tal conclusão, é necessário observar quais características determinam a maior probabilidade de colusão em certos mercados, e em que medida tais elementos são encontrados em mercados de aquisições públicas.

3.2.1 Mercados propensos à colusão e suas principais características

A formulação tradicional do problema dos oligopólios considera que, em dado mercado, o lucro combinado de um grupo de empresas será maior quando este grupo agir de forma coordenada, como em se tratando de um único agente. Embora tal proposição seja bem conhecida, ela está situada em um cenário em que ausentes maiores incertezas quanto aos

fatores demanda e preço[102]. De todo modo, parte-se do pressuposto de que a atuação coordenada entre empresas concorrentes é vantajosa aos seus integrantes, ainda que lesiva ao mercado consumidor.

Todavia, a instabilidade inerente aos cartéis é um argumento frequentemente utilizado para demonstrar a limitação dos danos que tais condutas poderiam gerar[103]. A conclusão baseia-se na premissa de que cada membro do conluio enfrenta um conflito de interesses ao elevar os preços de seus produtos: enquanto inicialmente o aumento de preços leva a obtenção de maiores lucros, com o tempo, o membro possuirá incentivos para reduzir os preços abaixo do montante acordado pelos cartelistas, conquistando uma maior parcela de mercado[104].

Embora tal raciocínio possa parecer, a primeira vista, bastante correto, eis que o agente econômico racional teria fortes incentivos para trair o acordo firmado com seus concorrentes a fim de elevar seus próprios ganhos, a teoria econômica identificou que características presentes em certos mercados permitiriam uma maior estabilidade dos conluios formados, reduzindo as chances de desvio comportamental pelos integrantes do cartel.

Nesse sentido, Stiegler afirma que a colusão é muito mais eficaz em certas circunstâncias do que em outras[105] e, dentre as características assim identificadas, é possível citar:

(i) Elasticidade da demanda[106]: O lucro obtido com a fixação de preços mais altos será maior conforme mais inelástica a demanda naquele mercado. Deste modo,

---

[102]STIEGLER, George J. **A Theory of Oligopoly**. The Journal of Political Economy, Volume 72, Issue I, Fevereiro de 1964. P. 44.

[103] "A desconfiança mútua é fator preponderante na relação entre os membros do cartel, desde os momentos iniciais da sua formação, constituindo uma das principais causas de sua desintegração. Os membros, concorrentes entre si, num mercado em que há poucos participantes do jogo econômico, têm como objetivo principal a formação do lucro desproporcional. Por isso, mesmo depois de formado o cartel, a tendência de cada membro é lutar pela realização daquele objetivo, tanto de forma coordenada, na cumplicidade do ato ilegal, quanto individualmente, ao abrigo da legalidade, no processo da livre concorrência": (MALARD, Neide Teresinha. **O Cartel**. Revista de Direito Econômico, volume 21, Brasília CADE, out/dez de 1995, pp. 42).

[104] Veljanovsk, CENTO. **The economics of collusion**. P. 3

[105] STIEGLER, George J. **A Theory of Oligopoly**. The Journal of Political Economy, Volume 72, Issue I, Fevereiro de 1964. P. 44.

mercados cuja demanda é pouco elástica, ou seja, em que a demanda pelo produto se mantém a despeito das variações no preço, estão mais sujeitos à colusão, já que a elevação dos preços motivada pelo cartel não irá gerar desvio dos consumidores.

(ii) Concentração do mercado: O comportamento colusivo é sempre mais provável em mercados com baixo número de agentes, pois a coordenação entre os participantes se torna mais fácil ante o menor número de concorrentes e a maior semelhança entre os custos e interesses das empresas envolvidas[107]. Entretanto, estudos empíricos apresentaram resultados controversos quanto a tal aspecto, havendo indicações de que cartéis formados por mais de dez empresas possuíam maior duração em relação àqueles com menos de dez participantes[108]. Observou-se ainda que quanto maior o percentual do mercado controlado pelas firmas participantes, maior será a duração do arranjo colusivo[109]. Por outro lado, a concentração do mercado, do ponto de vista dos compradores, possui efeito contrário, reduzindo a possibilidade de formação de cartel, pois clientes com ampla participação de mercado têm maiores chances de detectar e reagir às condutas colusivas. Igualmente, cartéis formados em mercados com clientes de grande porte tendem a se dissolver mais rapidamente[110].

(iii) Barreiras à entrada: Elevadas barreiras à entrada[111] aumentam a probabilidade de colusão, pois os participantes do cartel sabem que, diante do aumento dos preços, é pouco provável que novos competidores ingressem no mercado a fim de ofertar produtos semelhantes a preços inferiores.

---

[106] "A elasticidade-preço da demanda mede o quanto a quantidade demandada responde a variações no preço. Diz-se que a demanda de um bem é elástica se a quantidade demandada responde ligeiramente a variações no preço". (MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**. 2 ed. Rio de Janeiro. Ed. Campus,. 2001, p. 94).

[107] LEVENSTEIN, Margaret C. and SUSLOW, Valerie Y., **What Determines Cartel Success?** Journal of Economic Literature, Vol. 44, No. 1, 2006.

[108] DICK, Andrew R. **When Are Cartels Stable Contracts**? Journal of Law and Economics, 1996, 39(1), pp. 242.

[109] HAY, George, e KELLEY, Daniel. **An Empirical Survey of Price Fixing Conspiracies**. Journal of Law and Economics, 1974, 17, pp. 13-38.

[110] DICK, Andrew R. **When Are Cartels Stable Contracts**? Journal of Law and Economics, 1996, 39(1), pp. 242.

[111] Barreiras à entrada, que podem ser definidas como à possibilidade de que firmas pré-estabelecidas elevem seus preços de venda acima dos custos médios mínimos de produção e distribuição sem induzir potenciais entrantes a atuar na indústria. BAIN, Jon. **Barriers to new competition**. Harvard University Press, 1956, p. 93.

(iv) Ausência de competição baseada em critérios "não preço": Os cartéis ocorrem com maior frequência nos mercados com produtos homogêneos[112] e, portanto, sujeitos à competição baseada no fator preço. O preço é uma variável de razoável simplicidade para o monitoramento e, portanto, torna mais fácil que se identifique à adesão ao cartel.

(v) Troca de informações: A transparência nas informações do mercado permite que os participantes da conduta colusiva monitorem o comportamento uns dos outros, além de acordarem as condições de mercado que serão praticadas pelo cartel. Tal coordenação de interesses é facilitada na presença de associações de classe que agreguem as informações de mercado e as distribuam entre os seus participantes.

(vi) Demanda decrescente ou estável: Em mercados cuja demanda é decrescente ou estável, é mais fácil que se detectem eventuais desvios das empresas participantes do cartel, já que a alteração na participação de mercado não pode ser atribuída às flutuações na demanda. Por outro lado, uma demanda crescente dificulta a coordenação entre os agentes do mercado, já que a sua constante elevação impede o eficaz monitoramento das participações de mercado das empresas integrantes do cartel[113].

Considerados os fatores usualmente indicados pela doutrina como "facilitadores" das condutas colusivas, entendemos possível que tais características sejam divididas em dois eixos principais: (i) aspectos que propiciam a coordenação de preços e condições de venda; e (ii) aspectos que permitem a fiscalização do cumprimento do acordo.

---

[112] Produtos homogêneos costumam ser definidos como pares de bens idênticos, ou seja, para os quais a elasticidade da substituição é infinita. Para a definição de produtos homogêneos, leva-se em conta a posição do comprador, e não do vendedor, ainda que, a natureza sinalagmatica dos contratos de venda e compra permita a conclusão de que o produto apenas será homogêneo de forma plena quando a possibilidade de substituição for ampla em ambos os sentidos da transação. Salomão Filho aponta que mercados em que os bens são perfeitamente substituíveis permitem que o acordo se limite à fixação de preços, enquanto mercados de produtos heterogêneos exigem a formação de acordos mais complexos, com menor probabilidade de cumprimento (SALOMÃO, Calixto. **Regulação e Concorrência**. São Paulo, Malheiros, 2002, p. 160).

[113] MARQUEZ, Jaime. **Life Expectancy of International Cartels**: An Empirical Analysis. Review of Industrial Organization, 1994, 9(3), pp. 331-41.

No primeiro eixo, estariam incluídos a demanda inelástica, a existência de barreiras à entrada, o menor número de competidores e a ausência de critérios de competição não preço. Estas quatro circunstâncias estão diretamente relacionadas à maior possibilidade de que a elevação de preços gerada pelo cartel seja sustentável em longo prazo – em especial a demanda inelástica, com a sua menor sensibilidade ao fator preço, e a dificuldade de entrada de novos concorrentes no setor –; e à maior facilidade na coordenação de estratégias – o menor número de competidores e a relevância do fator preço reduzem a complexidade dos acordos, que estão sujeitos a um menor número de variáveis.

No segundo eixo, incluem-se as características diretamente relacionadas à fiscalização do cartel: em um cenário onde os integrantes de um acordo colusivo possuem incentivos para desviar da conduta padrão adotada, o monitoramento de suas atividades pelos demais participantes do cartel se torna aspecto relevante à estabilidade do conluio. Neste rol de características, seriam especialmente relevantes a transparência das informações de mercado, a ausência de competição baseada em critérios não preço e a estabilidade da demanda, eis que estes três fatores permitiriam um maior conhecimento sobre as decisões negociais tomadas pelos participantes da conduta colusiva.

Conforme observado por Stiegler, a estabilidade dos cartéis está diretamente relacionada à qualidade da informação disponível no mercado em que operam. Assim, quando os participantes de um cartel não pudessem observar diretamente o preço e a produção dos demais integrantes do acordo, eles passariam a utilizar informações indiretas, como o desvio em relação às próprias projeções de venda a fim de determinar a taxa de adesão ao conluio[114]. Por outro lado, quando os custos de monitoramento superam o valor do acordo para seus participantes, a tendência é a redução da vigilância, o aumento das taxas de desvio ao comportamento padrão e a progressiva desestabilização da conduta[115].

---

[114] STIEGLER, George J. **A Theory of Oligopoly**. The Journal of Political Economy, Volume 72, Issue I, Fevereiro de 1964.
[115] DICK, Andrew R. **When Are Cartels Stable Contracts**? Journal of Law and Economics, 1996, 39(1), pp. 242.

Por fim, a homogeneidade dos produtos, ou a ausência de competição por critérios não preço, é fator que merece destaque em ambos os eixos de análise. Embora a formação de acordos colusivos seja perfeitamente possível em mercados com algum grau de diferenciação entre os produtos, análises empíricas realizadas a partir da experiência norte-americana demonstram que os cartéis são mais frequentes em mercados com produtos homogêneos[116].

A partir destas considerações, é possível concluir que a estabilidade de um acordo colusivo, assim como a sua possibilidade de sucesso - identificada como a capacidade de elevação de preços acima do custo marginal - dependerá não apenas do comportamento adotado pelas organizações atuantes em dado mercado, mas também das características inerentes aos mercados em que estão inseridas.

Pode-se dizer, assim, que não basta a "vontade de coludir" – a colusão apenas representa uma estratégia negocial viável quando presentes certas circunstâncias que favorecem o surgimento dos acordos ilícitos.

3.2.2. As características dos mercados de licitações públicas

O item 3.2.1 acima tratou das características que tornam certos mercados mais propensos à ocorrência de acordos colusivos ou, ao menos, mercados em que os cartéis formados têm maior duração e índice de sucesso. Entretanto, tais considerações teóricas foram de cunho genérico, deixando de valorar as especificidades dos mercados de aquisições públicas, assim como a legislação aplicável às licitações.

A fim de realizar tal exercício – avaliar quais características atinentes às licitações públicas as tornam mais suscetíveis a ação de cartéis – cumpre destacar que o termo "licitação" não se refere a um mercado determinado, mas sim a um método de aquisição específico.

---

[116] LEVENSTEIN, Margaret C. and SUSLOW, Valerie Y., **What Determines Cartel Success?** Journal of Economic Literature, Vol. 44, No. 1, 2006, p. 10.

A licitação nada mais é do que o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício de sua função administrativa, permite a todos os interessados, desde que cumpridas as condições mínimas fixadas no instrumento convocatório, que manifestem seu interesse em contratar e apresentem suas propostas, dentre as quais será selecionadas aquela mais conveniente à celebração do contrato[117].

Desta forma, os procedimentos licitatórios serão possíveis e por muitas vezes exigidos quando ente público pretenda realizar qualquer tipo de contrato, incluindo a aquisição de bens, obras ou serviços, assim como alienações de qualquer gênero. O escopo dos contratos será tão diverso quanto às necessidades atendidas por aquele ente público específico, podendo variar entre a compra de alimentos servidos aos estudantes da rede pública de ensino, a aquisição de material hospitalar para o setor da saúde e a consecução de obras civis para a construção de uma rede de transporte ferroviário.

Assim, ao falar de "mercados de aquisições públicas" não está se tratando de um produto ou serviço específico, mas sim de um comprador sujeito às regras de Direito Público – o ente da administração pública – que contratará por meio de um processo de aquisição muito singular – o procedimento licitatório[118].

Feitas tais considerações, nota-se que as licitações e contratos da administração pública são regidos pela Lei nº 8.666 de 1993, que traz exaustiva regulamentação sobre o tema, estabelecendo os princípios a serem observados nos procedimentos licitatórios realizados por todos os entes públicos, além de regramentos específicos para cada uma das modalidades de licitação previstas. Dentre os princípios norteadores das licitações públicas, o artigo 3º da mencionada lei pontua, de forma expressa, os princípios da isonomia, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, da legalidade, da impessoalidade e da moralidade[119].

---

[117] DROMI, José Roberto. **La licitacion pública**. Buenos Aires. Editora Astrea, 1975. P. 92

[118] Observo que, a fim de delimitar o escopo deste trabalho, a análise será pautada nos contratos para a aquisição de bens ou serviços pelo ente público, excluindo-se a avaliação dos contratos que versem sobre a alienação de bens móveis ou imóveis pertencentes à administração pública.

[119] 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

Embora não se pretenda realizar um estudo pormenorizado destes princípios, tarefa mais bem desempenhada pela literatura específica, é indispensável avaliar como tais características dos procedimentos licitatórios interagem com as circunstâncias relacionadas à maior probabilidade de colusão nos mercados, identificadas no item 3.2.1 acima.

Assim, a fim de sistematizar o estudo do tema, vale retomar a divisão das características relacionadas à maior probabilidade de colusão no mercado em dois eixos, um deles relacionado aos aspectos que propiciam a coordenação de preços e condições de venda, e o segundo aos aspectos que permitem a fiscalização do cumprimento do acordo ilícito.

O segundo eixo de características, relacionadas à possibilidade de fiscalização do comportamento dos integrantes de um cartel, sofre especial diferenciação nos mercados de aquisições públicas – as obrigações de transparência e publicidade inerentes aos procedimentos licitatórios reduzem drasticamente os custos de monitoramento, elevando a probabilidade de adesão ao comportamento colusivo.

Nesse sentido, a Lei nº 8.666 de 1993 prevê obrigações específicas de transparência que devem ser respeitadas pelo ente público licitante, dentre as quais se destaca a publicidade de todos os atos e documentos da licitação pública, salvo quanto ao conteúdo das propostas apresentadas pelos licitantes, até a sua abertura[120], além da obrigação de publicação periódica de todas as compras realizadas por entes da administração pública em órgão oficial, com a identificação do bem comprado, seu preço unitário, a quantidade adquirida, a qualificação do vendedor e o valor total da operação[121].

---

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.

[120] Lei nº 8.666 de 1993, artigo 3º, § 3º: A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura.

[121] Lei nº 8.666 de 1993, artigo 16: Será dada publicidade, mensalmente, em órgão de divulgação oficial ou em quadro de avisos de amplo acesso público, à relação de todas as compras feitas pela Administração Direta ou Indireta, de maneira a clarificar a identificação do bem comprado, seu preço unitário, a quantidade adquirida, o nome do vendedor e o valor total da operação, podendo ser aglutinadas por itens as compras feitas com dispensa e inexigibilidade de licitação.

Portanto, aos membros de um cartel basta a simples leitura dos jornais oficiais para que identifiquem eventuais desvios ao comportamento acordado. Supondo que as empresas participantes do conluio houvessem acordado que apenas uma delas iria ofertar um produto determinado a certo órgão da administração pública, a atuação de um concorrente naquele mercado seria facilmente detectada, eis que todas as contratações do órgão público estão sujeitas à publicação prévia nos diários oficiais.

Por outro lado, caso as empresas houvessem acordado que apresentariam propostas com valores determinados para o mesmo procedimento licitatório, prática comumente denominada de "proposta fictícia", a total publicidade das condições de contratação ofertadas por cada um dos licitantes permitiria que o cartel identificasse qual das empresas se desviou do quanto acordado, estabelecendo eventuais punições.

Assim, enquanto nos mercados típicos as informações sobre as condições de aquisição são limitadas e muitas vezes dispersas entre uma multiplicidade de clientes, sendo possível a aplicação de condições de venda e compra distintas para cada um deles, pois vigente o princípio da livre negociação, em mercados de aquisições públicas, tais informações são de fácil acesso, sendo apresentadas de forma agregada.

Nesse cenário, a característica de estabilidade da demanda perde importância: tal circunstância é relevante quando a menor disponibilidade das informações de venda e compra obriga à adoção, pelos integrantes do cartel, de métodos indiretos para o monitoramento de adesão à conduta, incluindo a avaliação periódica das parcelas de mercado ocupadas por cada um dos integrantes do acordo. Entretanto, em um panorama em que o grau de transparência das informações é drasticamente elevado, métodos indiretos de monitoramento passam a ser secundários ou, no limite, descartáveis.

Por outro lado, a ausência de competição baseada em critérios não preço é mais frequente em mercados de aquisição pública do que nos mercados tradicionais. Nos mercados típicos, a escolha do adquirente poderá ser baseada em um sem número de fatores, sejam de caráter objetivo, como preço ou a qualidade do produto adquirido ou do serviço prestado, sejam de caráter subjetivo, como a existência de um relacionamento prévio entre as partes contratantes, ou a cortesia do atendimento que lhe é dispensado. Já nos mercados de aquisições públicas, os critérios que pautam a escolha do licitante vencedor são aqueles

determinados de forma expressa no instrumento convocatório e, não raro, estão focados no fator preço.

Tal aspecto é decorrente do chamado princípio do julgamento objetivo, que determina o julgamento das propostas apresentadas nos termos exatos fixados no edital de licitação[122]. De acordo com a legislação aplicável, o julgamento objetivo poderá se basear exclusivamente no critério preço, exclusivamente no critério técnica ou ainda na consideração conjunta de ambos os critérios ("licitações do tipo técnica e preço")[123]. Entretanto, a Lei nº 8.666 de 1993 consagrou expressamente que o critério "menor preço" é a regra para os procedimentos licitatórios, enquanto o critério técnica apenas poderá ser considerado para contratos que tenham por objeto a prestação de serviços de natureza predominantemente intelectual, ou ainda, em caráter excepcional, para o fornecimento de bens ou execução de obras e serviços de grande vulto, desde que dependentes de tecnologia sofisticada e de domínio restrito[124].

Aliás, tamanha foi a preferência do legislador à adoção do critério preço que, mesmo nas licitações do tipo "melhor técnica", há a previsão de que o licitante que apresentou a melhor proposta técnica deverá oferecer preço igual ou inferior ao valor da menor proposta recebida pelo ente público, sob pena de ter cancelada a sua contratação. No limite, o critério técnica surge como simples fator de desempate[125].

---

[122] DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo.** São Paulo: Saraiva. Pp. 367.

[123] Lei nº 8666 de 1993, artigo 45: O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

[124] Lei nº 8666 de 1993, artigo 46: Os tipos de licitação "melhor técnica" ou "técnica e preço" serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos, ressalvado o disposto no § 4o do artigo anterior.

[125] Lei nº 8666 de 1993, artigo 46: Os tipos de licitação "melhor técnica" ou "técnica e preço" serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos, ressalvado o disposto no § 4o do artigo anterior.

§ 1o Nas licitações do tipo "melhor técnica" será adotado o seguinte procedimento claramente explicitado no instrumento convocatório, o qual fixará o preço máximo que a Administração se propõe a pagar:

I - serão abertos os envelopes contendo as propostas técnicas exclusivamente dos licitantes previamente qualificados e feita então a avaliação e classificação destas propostas de acordo com os critérios pertinentes e adequados ao objeto licitado, definidos com clareza e objetividade no instrumento convocatório e que considerem a capacitação e a experiência do proponente, a qualidade técnica da proposta, compreendendo

Assim, em regra, a competição em mercados de aquisição pública será baseada no critério preço, desde que os proponentes atendam os critérios mínimos de qualificação previstos no instrumento convocatório. Atingidos tais patamares mínimos, todos os participantes do certame tornam-se iguais perante o ente contratante, de sorte que a concorrência ocorrerá unicamente com base no fator preço.

Superadas as características relacionadas à facilidade de fiscalização das condutas adotadas pelos integrantes do cartel, tem-se que as características ligadas ao favorecimento da coordenação de preços e condições de venda não passam por alterações significativas quando em mercados de aquisições públicas em relação aos mercados típicos. O número de competidores, a elasticidade da demanda e a existência de barreiras à entrada são aspectos relacionados à dimensão produto, sofrendo pouca ou nenhuma influência do método de aquisição em análise.

Especificamente sobre a existência de barreiras à entrada, vale observar que as exigências dos instrumentos convocatórios – editais de licitação – podem obstar a participação de determinada companhia no certame. A prática conhecida por "direcionamento de edital" consiste na fixação de requisitos técnicos específicos, cumpridos por apenas uma ou por poucas empresas de dado setor, gerando a inevitável exclusão dos demais potenciais participantes, com a consequente redução da concorrência.

Contudo, o direcionamento do edital constitui uma barreira artificial à entrada de concorrentes, usualmente relacionada às práticas de corrupção na administração pública –

---

metodologia, organização, tecnologias e recursos materiais a serem utilizados nos trabalhos, e a qualificação das equipes técnicas a serem mobilizadas para a sua execução;
II - uma vez classificadas as propostas técnicas, proceder-se-á à abertura das propostas de preço dos licitantes que tenham atingido a valorização mínima estabelecida no instrumento convocatório e à negociação das condições propostas, com a proponente melhor classificada, com base nos orçamentos detalhados apresentados e respectivos preços unitários e tendo como referência o limite representado pela proposta de menor preço entre os licitantes que obtiveram a valorização mínima;
III - no caso de impasse na negociação anterior, procedimento idêntico será adotado, sucessivamente, com os demais proponentes, pela ordem de classificação, até a consecução de acordo para a contratação;
IV - as propostas de preços serão devolvidas intactas aos licitantes que não forem preliminarmente habilitados ou que não obtiverem a valorização mínima estabelecida para a proposta técnica.

integrantes do ente público redigem o instrumento convocatório a fim de favorecerem determinada companhia, recebendo, para tanto, vantagem indevida. Porém, não é a pretensão deste trabalho esgotar os fatores exógenos que possam influenciar negativamente à competição em um certame público, mesmo nos casos em que tais fatores favoreçam a formação de acordos colusivos.

Conclui-se, portanto, que os mercados de aquisições públicas reúnem ao menos algumas das características associadas à maior probabilidade de ocorrência de práticas colusivas, em especial a transparência das informações de mercado e a prevalência do fator preço, com a consequente redução da importância de critérios não preço para a escolha do adquirente.

Avalia-se, assim, que o cartel é um risco concreto para as organizações atuantes em mercados de aquisição pública, merecendo, portanto, o endereçamento específico pelos programas de compliance antitruste. De outra parte, tal risco irá se elevar quando o mercado em que atua a organização apresentar outras características relacionadas à maior probabilidade de colusão, notadamente o menor número de agentes, a existência de barreiras à entrada e a pouca elasticidade da demanda.

3.2.3. Cartel em licitações como um risco provável

Nos itens acima, pretendeu-se analisar a prática do cartel em licitações sob a perspectiva do risco - em outras palavras, estabeleceu-se que as organizações atuantes em mercados de aquisições públicas devem incluir as condutas colusivas como ponto de atenção em seus programas de compliance.

Este risco, por sua vez, foi apresentado sob duas óticas distintas: a primeira delas endereçou as consequências do cartel para as pessoas jurídicas e físicas que integrarem o conluio, enquanto a segunda passou pela leitura da probabilidade de ocorrência da prática colusiva em licitações públicas.

Entende-se que um programa de compliance jamais será tão completo a ponto de cobrir todo e qualquer risco existente na atuação de determinada companhia, de sorte que os

recursos limitados de uma organização devem ser focados em estratégias que visem prevenir irregularidades cuja ocorrência é provável e, igualmente, cuja prática traga efeitos negativos para a instituição. Ao que nos parece, para empresas atuantes em licitações, a prática de cartel preenche a ambos os requisitos.

Sobre o tema, a OECD comenta que a rigidez e detalhamento da legislação que regula o procedimento licitatório acabam por restringir as opções governamentais de prevenção das práticas de colusão quando comparadas com a maior flexibilidade da estratégia de aquisição de bens e serviços do setor privado. Como exemplo, menciona-se que a ampla publicidade dada ao certame, com a divulgação de informações como o nome dos participantes e condições comerciais ofertadas, poderá auxiliar os agentes engajados em colusão a fiscalizar o cumprimento do acordo e a traçar estratégias aplicáveis às licitações futuras[126].

Por fim, ao lado dos elementos mencionados nos itens 3.2.1 e 3.2.2, pode-se mencionar o papel dos programas de leniência na redução da estabilidade dos cartéis e, consequentemente, na elevação de probabilidade de detecção.

Os programas de leniência, quando instituídos pela autoridade antitruste, criam incentivos específicos de "traição" do acordo colusivo: uma organização membro do cartel, ao notar as elevadas chances de detecção da conduta, será naturalmente inclinada a delatar o esquema criminoso, gozando de imunidade quanto às sanções aplicáveis. Estudos realizados após a implantação do programa de leniência pela autoridade norte-americana demonstraram uma elevação significativa na probabilidade de detecção do cartel, atingindo o percentual médio de 20%, com limites que variaram entre 10% e 33%[127]. Em uma leitura aproximada destes resultados, seria possível afirmar que um em cada cinco cartéis são sancionados pelas autoridades antitruste, o que torna a eventual condenação das empresas envolvidas um risco significativo.

---

[126] OECD- **Fighting Cartels in Public Procurement**, Outubro 2008, p.2
[127] Connor, John M. and Lande, Robert H., **Cartels as Rational Business Strategy**: *Crime Pays* (November 1, 2012). 34 Cardozo Law Review 427 (2012). P. 464.

Considerando que a legislação brasileira instituiu um programa do gênero no âmbito da autoridade antitruste[128], há de se observar que foi estabelecido uma circunstância agravante do fator risco para as companhias que atuem em desconformidade com a lei. Portanto, a luz do quanto exposto até o momento, fica bem demonstrado que a prática de infrações antitruste, em especial o cartel, é aspecto a ser considerado na análise de risco realizada por empresas atuantes no mercado de aquisições públicas.

3.3. Carteis em licitação: tipologia das práticas colusivas e análise da jurisprudência do CADE

Superadas as considerações iniciais sobre a definição da prática de cartel pela legislação brasileira, assim como a maior probabilidade de ocorrência de tal infração em licitações públicas, é necessário avaliar quais métodos são usualmente empregados pelos agentes econômicos para a operacionalização do acordo. A fim de subsidiar tal análise com elementos empíricos, apresenta-se uma série de casos analisados pelo CADE, em que as empresas envolvidas acabaram condenadas ou ao menos são investigadas pela prática do cartel em licitações[129].

Nos termos das diretrizes exaradas pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico – OCDE, o conluio em licitações, independente da forma assumida, impede que autoridades de governos locais obtenham produtos ou serviços ao preço mais baixo possível. Neste sentido, os efeitos gerados pela colusão em licitações públicas são semelhantes aos verificados para os demais mercados[130].

---

[128] Nos termos do artigo 86 e seguintes da Lei nº 12.529 de 2011.

[129] Com o intuito de estabelecer um recorte metodológico, optou-se por adotar a análise dos casos julgados pelo Conselho após a alteração legislativa trazida pela Lei nº 12.529 de 2011. Além de tais casos, serão feitas referências a julgados anteriores à mencionada alteração legislativa, por haverem sido considerados de especial relevância para os fins deste trabalho. Por fim, serão incluídas referencias a alguns casos ainda em fase de investigação administrativa, em especial quando estes configurem exemplos únicos da adoção de determinadas tipologias.

[130] OECD - **Fighting Cartels in Public Procurement**, Outubro 2008, p.2

Da mesma forma, os cartéis em licitação poderiam ser classificados de formas semelhantes às já apontadas pela doutrina para os cartéis em mercados típicos, variando conforme o grau de sofisticação, o tempo de duração, o número de participantes e o modo de atuação.

Porém, as condições específicas encontradas ao longo dos procedimentos licitatórios, especialmente a ampla publicidade dada ao certame e às propostas apresentadas, bem como a ocorrência de sucessivas licitações, dão ensejo à alteração dos meios utilizados para a concretização de prática de cartel em comparação aos métodos usualmente empregados para mercados comuns.

Nesse sentido, interessante observar que, em mercados típicos, os cartéis comumente são segmentados em três diferentes tipos, compreendendo os cartéis clássicos, os cartéis contra rivais e os cartéis de regras[131].

Os cartéis clássicos, ou cartéis de "Tipo 1", são estruturas colusivas que permitem a elevação direta dos preços por seus participantes, objetivo que será atingido por meio da utilização de diferentes técnicas de conluio, incluindo, mas não se limitando, ao acordo de preços, a divisão de mercado, o estabelecimento de clientes exclusivos ou, ainda, de zonas de mercado determinadas[132]. Os cartéis contra rivais ou cartéis de "Tipo II" incluem a adoção de medidas conjuntas, por um grupo de agentes econômicos, com o intuito de causarem desvantagens aos rivais, com a consequente redução de produção[133]. Por fim, os cartéis de regras, ou "Tipo III", incluem a criação de regras específicas para os agentes econômicos participantes, as quais sutilmente permitem o acréscimo dos preços, como nos casos de limitação de propaganda[134].

---

[131] OLIVEIRA, DE, Alessandro Vinicius Marques; TUROLLA, Frederico Araújo. **Combate aos Cartéis**. Disponível em http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/gvexecutivo/article/viewFile/34079/32888.

[132] Lande, Robert H.; Marvel, Howard. P. **The three types of collusion**: *fixing prices, rivals and rules*. Winsconsin law review. Vol. 2000. P. 941.

[134] Um exemplo prático deste tipo de cartel seria o observado no caso da Associação dos Distribuidores de Veículos de Detroit. No caso, os distribuidores de veículos foram proibidos, pela associação de classe, de abrirem as suas lojas à noite ou durante os finais de semana, com a intenção de impedir que os consumidores realizassem pesquisas mais amplas de comparação de preço. A lógica era de que a diminuição dos horários de funcionamento reduziria o nível de informações disponíveis ao consumidor, permitindo a elevação dos preços.

Embora os três tipos de cartéis sejam em tese, passíveis de ocorrência em mercados de aquisições públicas, a prática demonstra que os conluios em licitação costumam atuar de forma a gerar a elevação direta dos preços, a teor do que ocorre nos cartéis clássicos, ou de "Tipo I". Isto porque, usualmente, tais práticas estão relacionadas à prévia definição da empresa que se sagrará vencedora daquele certame específico, com a possibilidade de apresentação de propostas com valores mais elevados ao ente público, ante a ausência de competição legítima.

Por outro lado, os cartéis de regras, ou de "Tipo III", estão muito mais vinculados à limitação da publicidade ao consumidor, que realizará escolhas menos informadas e, possivelmente, mais custosas. Em termos simples, um fornecedor poderá cobrar preços mais altos de um consumidor que, por desconhecer as suas possibilidades de escolha, acaba por adquirir o produto nas exatas condições em que lhe é ofertado. A sutileza da conduta a torna de difícil visualização em mercados de aquisições públicas, especialmente porque o ente público é aquele que define, previamente, as condições de contratação, chamando os fornecedores para que lhe apresentem as suas ofertas.

De maneira semelhante, os cartéis de "Tipo II" parecem ser menos comuns em mercados de aquisições públicas, eis que a própria lógica dos procedimentos licitatórios impede ou dificulta que estratégias de dominação de mercado baseadas na elevação dos custos dos rivais sejam interessantes em longo prazo. Muito embora tal elevação possa permitir que o licitante apresente proposta mais vantajosa em um certame específico, dificilmente o insucesso em um procedimento licitatório levará o agente rival a deixar o mercado, reduzindo a concorrência[135].

OLIVEIRA, DE, Alessandro Vinicius Marques; TUROLLA, Frederico Araújo. **Combate aos Cartéis**. Disponível em http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/gvexecutivo/article/viewFile/34079/32888.

[135] Sobre o tema, Ceccato indica que a estratégia de predação seria possível, em tese, para empresas que possuíssem grande parte de seus faturamentos atrelados a contratos mantidos com a Administração Pública. Entretanto, do ponto de vista prático, o conluio visando à predação seria improvável, dados os elevados riscos inerentes à estratégia, posto que seus integrantes deveriam suportar prejuízos financeiros até que conseguissem efetivamente eliminar a concorrência. CECCATO, Marco Aurélio. **Cartéis em licitações**: *estudo tipológico das práticas colusivas entre licitantes e mecanismos extrajudiciais de combate.* 2012. Disponível em http://seae.fazenda.gov.br/premio-seae/edicoes-anteriores/edicao-2012/vii-premio-seae.

Ademais, a análise das tipologias adotadas e dos casos processados pela autoridade antitruste deve partir de duas relevantes características dos mercados de aquisição pública: (i) a ocorrência de sucessivas licitações para a consecução do mesmo objeto ou de objetos semelhantes; e (ii) a existência de uma limitação temporal para cada um dos certames.

Os procedimentos licitatórios são realizados de acordo com os termos e condições expostos no instrumento convocatório, existindo em espaço temporal delimitado pelo início formal do procedimento, com a publicidade da convocação, e a adjudicação do contrato ao licitante vencedor. Nesse sentido, os integrantes do cartel possuem um período de tempo determinado para acordarem uma estratégia conjunta, que será colocada em prática ao longo do certame – ou seja, tendo a ciência da data em que se dará o "final da corrida", os membros do conluio ajustam estratégias para que um deles atinja a primeira colocação, firmando o contrato respectivo.

De outra parte, as licitações públicas podem ocorrer em contextos sequenciais, ou de "múltiplos jogos"[136]. Considerando que o ente público deve realizar um procedimento licitatório para cada um dos contratos firmados, é natural que estes contratos necessitem de revalidação periódica. Esta característica das licitações públicas torna possível a adoção de estratégias como o "rodízio de propostas", com o revezamento dos licitantes vencedores ao longo do tempo – ainda que, no limite, as empresas participantes do cartel estejam a contratar com o mesmo ente público e pelas mesmas condições de preço.

Ao observar tais peculiaridades, a autoridade antitruste australiana considerou que as principais tipologias assumidas por cartéis em licitação são: as propostas de cobertura, a supressão de propostas, a retirada de propostas, o rodízio de propostas vencedoras e a

[136] Uma das premissas mais bem estabelecidas pela teoria dos jogos é a definição de que os jogadores obterão o melhor resultado quando atuarem de forma cooperativa, sem que se avalie a licitude ou ilicitude de tal cooperação. Em um cenário de jogos múltiplos e repetidos, não apenas se ampliam as oportunidades de cooperação, que serão tal elevadas quanto o número de jogadas, mas também se permite a adequação das estratégias dos jogadores, que poderão refletir, a cada movimento, sobre as jogadas passadas de seus adversários, adaptando os métodos cooperativos anteriormente definidos.

apresentação de propostas inaceitáveis[137]. Tais tipologias podem ser adotadas de forma isolada conjunta, mas sempre com o intuito de dissimular a ausência de competição real entre as empresas participantes da licitação[138].

Considerações de caráter genérico sobre o tema também já foram apresentadas em julgados do CADE, dentre os quais se destaca o trecho abaixo[139]:

> Dentre as formas mais comuns de bid rigging, estão:
> a. Cover bidding ou complementary bidding, no qual as empresas rivais combinam a oferta de propostas com preços mais elevados, ou sob condições desarrazoadas, com o propósito de beneficiar a empresa escolhida pelo grupo para ganhar a licitação. As empresas também podem combinar submeter propostas inferiores, mas que não atendam às especificações técnicas requeridas pelo órgão contratante (...) Esse tipo de participação provoca nos gestores públicos a sensação de acirrada competição (...);
> b. Bid supression, que ocorre quando uma ou mais empresas concorrentes decidem, de forma orquestrada, não apresentar propostas em uma licitação, ou então, submeter propostas e retirarem-se do certame (...);
> c. Bid rotation, em que há revezamento de vencedores ao longo do tempo (...).

Ainda, as tipologias apontadas podem assumir características específicas a partir das peculiaridades do certame público em que seriam aplicadas. É inevitável que as condições do instrumento convocatório e a modalidade adotada pelo certame influenciem a estratégia colusiva adotada pelos agentes econômicos que dele participam. Este trabalho não pretende o esgotamento dos tipos possíveis para a colusão em procedimentos licitatórios, mas sim a congregação das estratégias mais comuns.

Por fim, a listagem de formas específicas assumidas pelos cartéis em licitações não elide que os acordos colusivos também adotem práticas comumente verificadas nos mercados

---

[137] Disponível em https://www.accc.gov.au/business/anti-competitive-behaviour/cartels/bid-rigging

[138] É interessante notar, entretanto, que não há qualquer vício em procedimentos licitatórios em que houver a apresentação de uma única proposta válida, com exceção dos certames realizados na modalidade convite. Sobre o tema, "Se comparecer apenas um licitante, qualificado para o contrato, a Administração pode adjudicar-lhe o objeto pretendido. O essencial é que este único pretendente tenha condições para contratar, segundo as exigências do edital, no que tange a capacidade jurídica, regularidade fiscal, capacidade técnica e idoneidade financeira, que hão de ser verificadas antes da contratação, e que o contrato seja vantajoso para a Administração." (MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 101)

[139] Processo Administrativo nº 08012.001826/2003-10, julgado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, em 24 de outubro de 2007.

típicos. Os participantes de um certame podem, por exemplo, fixar patamares mínimos de preço a serem respeitados nas propostas apresentadas, estabelecer tabelas padronizada de preço ou determinar mecanismos de compensação para o licitante perdedor, sem designarem de forma expressa o agente vencedor do procedimento, mas reduzindo substancialmente a concorrência.

Feitas tais considerações, passa-se a análise detalhada das tipologias mais comumente adotadas nos cartéis em licitações.

3.3.1. Propostas fictícias ou "pro forma"

Sob esse título, é possível agrupar a apresentação de propostas que visam conferir aparência de competitividade ao procedimento licitatório, ainda que não sejam aptas a tanto. Tais propostas são conhecidas como "pro forma", complementares, simbólicas ou de cortesia[140].

As propostas apresentadas sob essa rubrica contém algum defeito essencial à sua aceitação pelo adquirente ou, ainda, possuem condições sabidamente mais desvantajosas do que as apresentadas pelos demais licitantes, seja do ponto de vista técnico ou financeiro. É bastante comum a apresentação de propostas "de cobertura", com valores mais elevados do que aqueles ofertados pelo licitante escolhido pelo conluio para firmar o contrato com o ente público.

Já quanto à existência de defeitos essenciais à validade, os instrumentos convocatórios podem conter uma série de requisitos necessários à habilitação do licitante, sejam estes de caráter técnico, econômico-financeiro ou jurídico. Nesse sentido, a legislação de licitações prevê que o órgão público poderá exigir a apresentação de documentos específicos a cada um

---

[140] CECCATO, Marco Aurélio. **Cartéis em licitações**: *estudo tipológico das práticas colusivas entre licitantes e mecanismos extrajudiciais de combate.* 2012, p. 11. Disponível em http://seae.fazenda.gov.br/premio-seae/edicoes-anteriores/edicao-2012/vii-premio-seae.

dos licitantes, na ausência dos quais os concorrentes serão julgados inabilitados, com o posterior descarte das propostas apresentadas[141].

Vale consignar que não se pretende uma análise apurada das complexas exigências realizadas pelos editais de licitação, tampouco se pretende questionar em que medida tais requisitos configuram-se excessivos ou abusivos, acabando por reduzir a concorrência nos certames. Importa observar, porém, que os agentes econômicos engajados em uma conduta colusiva possuem métodos diversos para dissimular a existência do acordo ilícito.

Enquanto as negociações privadas pautam-se por um maior grau de informalidade, o elevado nível de detalhamento dos certames públicos permite que os membros do cartel explorem uma série de falhas e especificidades que não estão presentes nos mercados típicos.

Ainda que um agente privado limite às suas contratações a fornecedores que preencham determinados requisitos, como porte, capacidade de produção, atendimento à legislação local, dentre outros, é improvável que a não apresentação dos documentos comprovatórios em uma data específica impeça, por si só, a negociação. Por outro lado, as propostas apresentadas em certames públicos são avaliadas e julgadas conforme entregues pelos licitantes ao ente público, não havendo, muitas vezes, a possibilidade de complementação.

Assim, os membros do conluio podem deixar de apresentar a documentação exigida pelo instrumento convocatório, fazê-lo de forma incompleta ou, ainda, incompatível com o objeto licitado. É importante ressaltar que tal estratégia será inviabilizada nos procedimentos licitatórios realizados com a inversão de fases, eis que, nestes casos, o ente público apenas irá analisar os documentos de habilitação relativos ao licitante que apresentou o melhor preço – é a regra para os certames da modalidade pregão. Entretanto, a apresentação de propostas que sabidamente serão julgadas inabilitadas é método possível para o conluio em outras modalidades de certame, como a concorrência e o convite.

---

[141] Artigos 26 e seguintes da Lei nº 8666 de 1993.

As propostas poderão, ainda, conter valores superiores à limitação eventualmente contida no instrumento convocatório, ou que superem o montante disponível para a contratação pelo ente público, de sorte que sejam consideradas economicamente inviáveis.

Por fim, é óbvio que em um conluio formado por diversos licitantes, métodos diversos podem ser utilizados, sempre com o objetivo de que as propostas apresentadas pelos agentes designados como "perdedores" não configurem competição real – enquanto algumas das propostas podem até mesmo ofertar valores inferiores ao apresentado pelo licitante designado como "vencedor", estas devem conter algum vício de aspecto formal, que impeça a contratação.

A amostra empírica coletada para a realização deste trabalho permitiu concluir que a utilização de propostas fictícias é o método mais utilizado para a colusão em licitações públicas, estando presente na quase totalidade dos casos processados pelo CADE, com raras exceções[142]. Em termos percentuais, pode-se afirmar que a apresentação de propostas fictícias representou cerca de 80% dos casos julgados pela autoridade administrativa, estando quase sempre associada ao rodízio de propostas, com a ocorrência de múltiplos certames.

A interessante exceção a tal padrão vem ilustrada no caso do Procedimento Administrativo n° 08012.006199/2009-07, julgado em 10 de dezembro de 2014, no qual se apurou a ocorrência de cartel em licitação realizada pela Prefeitura de Lages, cidade localizada no Estado de Santa Catarina, para a aquisição de material de pintura e material hidráulico. O conluio teria envolvido três das dez empresas participantes do procedimento licitatório, as quais foram consideradas desclassificadas após apresentarem propostas sem caracterização de timbre ou carimbo, com semelhança na formatação e na formalização, contendo aspectos equivalentes – como a apresentação de preços idênticos, erros de ortografia

[142] São exemplos, o Processo Administrativo nº 08012.003321/2004-71 (Cartel dos Hemoderivados); Processo Administrativo nº 08012.008850/2008-94 (Cartel das Lavanderias Hospitalares); Processo Administrativo nº 08012.008821/2008-22 (Cartel dos Medicamentos antirretrovirais); Processo Administrativo nº 08012.001273/2010-24 (Cartel dos Aquecedores Solares); Processo Administrativo nº 08012.008184/2011-90 (Cartel dos Radares); Processo Administrativo n° 08012.008507/2004-16 (Cartel em Órteses e Próteses Ortopédicas); Processo Administrativo n° 08012.009611/2008-51 (Cartel das Portas de Segurança); Processo Administrativo n° 08012.006199/2009-07 (Fornecimento de material de pintura); Processo Administrativo nº 08012.011853/2008-13 (Cartel da Coleta de Lixo); Processo Administrativo nº 08012.001826/2003-10 (Cartel dos Vigilantes).

semelhantes e também identidade visual análoga, com a utilização do mesmo padrão de alinhamento, fonte, espaçamento e destaques – elementos que indicariam a existência de comunicação prévia entre os competidores.

Constatou-se a existência de relações familiares entre os sócios das empresas envolvidas no conluio - duas das empresas possuíam a mesma pessoa física como sócia majoritária, a qual era filha de sócio majoritário da terceira empresa participante do acordo. Portanto, as três empresas participantes possuíam fortes vínculos entre seus controladores, ainda que não integrassem o mesmo grupo empresarial.

Desta forma, caso a estratégia adotada pelas três empresas fosse bem sucedida, de sorte que uma delas vencesse a licitação, o proveito econômico respectivo seria revertido em prol das mesmas pessoas, integrantes de uma única família, a demonstrar a racionalidade da prática. A peculiaridade do caso encontra-se no fato de que, a despeito de ter ocorrido uma única licitação, havia justificativa para que os demais agentes abrissem mão de suas posições no certame, permitindo que apenas um deles firmasse o contrato com a administração pública.

Já em um dos cartéis apurados no bojo do Processo Administrativo nº 08700.004617/2013-41[143], especificamente aquele que versava sobre a ocorrência de conluio em uma série de licitações para a manutenção preventiva e corretiva de trens pertencentes à Companhia Paulista de Trens Metropolitanos (CPTM), houve a utilização de propostas

---

[143] Um dos mais famosos casos de cartel em licitações analisado pelo CADE é, sem dúvida, aquele que investiga a formação de conluio em diversas licitações públicas relativas a projetos de metrô e trens. A investigação foi iniciada após a assinatura de acordo de leniência pelas empresas do Grupo Siemens e pelas pessoas físicas que atuavam no período. No documento apresentado, as lenientes apontaram a participação de aproximadamente 15 empresas e mais de uma centena de indivíduos por um período superior a dez anos.
No intuito de complementar a instrução processual, foi realizada diligência de busca e apreensão na sede das empresas envolvidas, a qual resultou na coleta de documentos físicos e eletrônicos relacionados ao caso. De modo geral, os documentos encontrados, que incluíam apresentações internas das empresas, memorandos e planilhas de custos, foram utilizados como evidências para o caso, juntamente com os depoimentos dos signatários dos acordos de leniência.
Nos termos da nota técnica exarada pela Superintendência Geral do CADE, as principais estratégias adotadas pelas empresas envolvidas incluíam a divisão de mercado entre concorrentes, com a definição dos vencedores do processo licitatório; a combinação de valores das propostas apresentadas a fim de viabilizar a divisão de mercado; a formação de consórcios com o intuito de eliminar a disputa entre concorrentes; a subcontratação de concorrentes como forma de implementar a divisão de mercados. Tais estratégias teriam sido utilizadas em ao menos 15 projetos diferentes.

fictícias, que apresentavam falhas técnicas propositais, suficientes a ensejarem a desqualificação de um dos licitantes.

No caso, as empresas participantes do conluio haviam designado previamente quais delas seriam as vencedoras de cada um dos certames, que ocorreriam de forma sucessiva, não concomitante. Em um dos documentos apreendidos durante as diligências de busca e apreensão realizadas pela autoridade administrativa, há menção de que o recurso apresentado por uma das empresas contra a sua desclassificação não passaria de um "teatro" para garantir a aparência de competitividade. Sobre o tema, tem-se que outra empresa não apresentou recurso contra a decisão que a considerou desqualificada de um dos certames – tudo a demonstrar que não se passava de mera proposta fictícia.

De outra parte, no Processo Administrativo nº 08012.009382/2010-90 foram coletadas evidências de que as empresas participantes do cartel ofertaram propostas com valores acima do orçamento estabelecido para cada um dos lotes da licitação, de sorte que todas foram consideradas desclassificadas. A ação conjunta, entretanto, fez parte de uma estratégia para pressionar o órgão contratante a elevar o orçamento para o projeto, o que acabou ocorrendo.

Para os demais casos estudados, os participantes do acordo colusivo adotaram a estratégia de fixação das propostas de preço que seriam apresentadas por cada um dos concorrentes, garantindo que o agente designado fosse vencedor do procedimento licitatório. A fixação de preços poderia tanto ocorrer de forma exata, quanto pela adoção de valores percentuais, referenciados sobre o orçamento indicado para o projeto em questão[144].

3.3.2. Supressão de propostas

Enquanto no caso das propostas fictícias, os integrantes do conluio participam do certame, mas as propostas apresentadas não configuram efetiva competição, no caso da

[144] A adoção desta estratégia é verificada em um dos cartéis apurados no bojo do Processo Administrativo nº 08700.004617/2013-41, especificamente àquele relacionado à licitação do projeto para a manutenção completa das linhas do Metrô do Distrito Federal, incluindo todos os sistemas, estações, via, trens e fornecimento de peças sobressalentes. No caso, os dois agentes integrantes do cartel acordaram em apresentarem propostas equivalentes a 95% e 94,5% do orçamento indicado para o projeto.

supressão de propostas, o agente simplesmente deixará de participar do procedimento licitatório, embora preencha os requisitos necessários a tanto.

Em suma, um agente econômico que pudesse participar do certame, pleiteando a celebração do contrato com a administração pública, opta por não fazê-lo, a fim de reduzir a competição naquele procedimento licitatório específico, permitindo a vitória de um de seus rivais. É relevante observar que a decisão de não participar não está fundamentada em uma opção negocial do agente econômico, mas sim na vontade deliberada de cumprir o acordo ilícito.

Por outro lado, a dificuldade em se identificar tal comportamento colusivo é bem clara – visto que não existe uma obrigatoriedade na apresentação das propostas, cabendo ao potencial licitante decidir conforme seus próprios critérios de oportunidade e conveniência, a não participação no certame somente levantará suspeitas quando atrelada a outros indícios de colusão naquele mercado.

É possível ainda que o agente econômico apresente uma proposta para o procedimento licitatório, mas decida retirá-la durante o certame, atitude esta que é permitida em lei, desde que a desistência ocorra até a fase de habilitação dos proponentes, ou seja, antes que seja avaliada a adequação do licitante aos critérios técnicos, jurídicos e econômico-financeiros previstos no instrumento convocatório[145].

Entretanto, como bem observado por Ceccato, a desistência do proponente não será possível nas licitações realizadas sob a modalidade pregão, ou quaisquer outros casos em que se adote a inversão de fases, pois em tais hipóteses, os documentos de habilitação apenas

---

[145] Lei nº 8666 de 1993, Artigo 43, 3º: A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:
(...)
§ 3o É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.

serão analisados após o julgamento das propostas e dos preços ofertados pelos participantes[146].

Em relação à apresentação de propostas fictícias, a supressão de propostas parece ser uma estratégia adotada com menos frequência pelas empresas integrantes de um cartel. Dentre os casos analisados, destaca-se o Processo Administrativo nº 08012.006989/1997-43.

No caso, foram realizadas três licitações relacionadas à concessão de linhas de ônibus no município do Rio de Janeiro, as quais contaram com a participação de sete diferentes licitantes. Conforme notícias veiculadas pela mídia, as empresas participantes do conluio, com exceção de uma, teriam se comprometido a não participar das referidas licitações. Assim, caso a empresa participante vencesse qualquer das licitações alvo do contrato, esta admitiria as demais companhias em sua composição societária, por meio de aumento de capital, a fim de que estas dividissem entre si o escopo da licitação. O termo firmado previa ainda que o valor da proposta apresentada, assim como sua forma de pagamento, seria fixado de forma comum entre as signatárias.

Conforme os documentos públicos do procedimento licitatório, as empresas participantes do conluio efetivamente não apresentaram propostas para os certames em questão, ou apresentaram apenas propostas fictícias, de sorte que a empresa designada sagrou-se vencedora de duas das três licitações realizadas.

Vale conjecturar sobre as razões que possivelmente levam a supressão de propostas a ser um método colusivo empregado com menor frequência pelas empresas participantes de um cartel. Intuitivamente, pode-se entender que a apresentação de propostas fictícias é método mais vantajoso, eis que garantiria a aparência de competitividade no certame, ou seja, o ente público não constataria uma adesão abaixo da esperada ao procedimento licitatório.

---

[146] CECCATO, Marco Aurélio. **Cartéis em licitações**: *estudo tipológico das práticas colusivas entre licitantes e mecanismos extrajudiciais de combate.* 2012. P. 21, Disponível em http://seae.fazenda.gov.br/premio-seae/edicoes-anteriores/edicao-2012/vii-premio-seae.

Entretanto, uma segunda hipótese, ligada à instabilidade inerente aos cartéis, pode ser aventada.

Admitindo-se que acordos anticompetitivos são instáveis por natureza[147], a apresentação de propostas por todos os licitantes, ainda que de caráter fictício, poderia configurar um instrumento de pressão para que os participantes do acordo colusivo não se desviassem do comportamento acordado. Em um cenário onde apenas uma das empresas participantes do cartel apresentasse proposta para o certame, os incentivos para o cumprimento do acordo decairiam bruscamente após a fase de apresentação das propostas – ao notar que todos os seus rivais abstiveram-se de participar do procedimento licitatório, nada impediria a empresa de prosseguir sozinha na execução do contrato com o ente público, especialmente em um cenário de jogo único, em que retaliações futuras são improváveis.

Entretanto, caso essas empresas rivais houvessem apresentado proposta no procedimento licitatório, elas passariam a contar com algum tipo de vantagem frente à empresa designada como vencedora. Uma empresa que apresentasse uma proposta, ainda que mais desvantajosa para a administração pública quanto ao critério preço, teria legitimidade para ingressar com procedimentos administrativos e judiciais visando à suspensão do procedimento licitatório ou ainda à desclassificação das empresas concorrentes.

Hipoteticamente, caso a empresa designada vencedora demonstrasse relutância em dar cumprimento ao acordo anticompetitivo, as demais participantes do cartel poderiam questionar a validade e a licitude da proposta por ela apresentada, procrastinando a contratação pelo órgão público e "forçando" o cumprimento do acordo. Em situações de extrema instabilidade, com a possibilidade constante do desfazimento dos acordos anticompetitivos, a apresentação de propostas, ainda que "pro forma", pode constituir uma última medida de segurança para os participantes do conluio.

Já em relação à desistência das propostas apresentadas, observa-se uma tendência de que tal estratégia seja adotada quando alguma das empresas participante do certame não havia

---

[147] Conforme melhor detalhado no item 3.1. acima.

tomado parte na conduta colusiva traçada inicialmente, sendo posteriormente persuadida pelas suas concorrentes a desistir do procedimento licitatório, usualmente mediante compensação financeira.

Nesse sentido, nos autos do Inquérito Administrativo 08700.007777/2016-95, apura-se a formação de cartel por doze diferentes empresas, que se associaram para a divisão do escopo de três licitações realizadas pela Petrobrás. No caso, o acordo foi temporariamente desestabilizado, porque uma empresa que não participava da divisão de mercado apresentou a melhor proposta para um dos procedimentos licitatórios, sendo a primeira colocada do certame.

Entretanto, o preço ofertado pela primeira colocada era superior à meta de preço estabelecida pela Petrobrás, de sorte que se iniciaram negociações de praxe entre as partes. Aproveitando-se de tal indefinição, as empresas participantes do cartel mantiveram uma série de contatos com a companhia vencedora, estabelecendo uma compensação financeira no valor de alguns milhões de reais. Em troca, a primeira colocada não apresentaria uma nova proposta com valor abaixo do orçamento estabelecido, abrindo espaço para que o consórcio que ocupava a segunda colocação iniciasse as negociações diretas com a Petrobrás.

Após a desistência da primeira colocada, houve a implementação do acordo anticompetitivo, nos termos inicialmente estabelecidos pelas doze empresas integrantes do cartel.

Da mesma forma, no caso investigado nos autos do Inquérito Administrativo nº 08700.003226/2017-33, o qual envolve um cartel estabelecido para a realização de obras de construção, manutenção e reparos nas rodovias do “Arco Metropolitano do Rio de Janeiro”, quinze empresas teriam desistido de participarem da licitação, muito embora houvessem sido consideradas qualificadas, sob a promessa de compensação financeira futura.

Neste caso, tais empresas deixaram de apresentar as respectivas propostas comerciais, eis que o procedimento licitatório previa datas distintas para a entrega dos documentos de habilitação e para as propostas de preço, ou ainda desistiram das ações judiciais que garantiam as suas participações no certame. As compensações acordadas entre estas empresas e os membros do cartel incluíam tanto a promessa de que seriam beneficiadas em outros

procedimentos licitatórios, como a subcontratação para a realização de parte do escopo daquele contrato. Consta ainda que tais desistências possibilitaram o sucesso do acordo colusivo, eis que as oito empresas participantes do cartel foram vencedoras das licitações, efetuando a divisão do mercado entre elas.

3.3.3. Formação de consórcios

O artigo 33 da Lei nº 8.666 de 1993 prevê que, em determinados casos, o edital de licitação poderá permitir a participação conjunta de empresas, associadas na forma de consórcio[148]. Em tais casos, o consórcio irá apresentar uma proposta única, ocasião em que a documentação relativa à qualificação técnica e econômico-financeira dos consorciados poderá ser formada pelo somatório de suas participações individuais.

Em procedimentos licitatórios complexos, quando a amplitude do objeto do contrato acabasse por inviabilizar a concorrência, eis que pouquíssimos agentes econômicos estariam habilitados para executar a tarefa em sua totalidade, a associação de empresas em consórcio permite a conjugação de seus esforços. Assim, em princípio, tal instrumento contratual seria pró-competitivo, ao elevar o número de potenciais participantes do procedimento licitatório, permitindo a atuação de empresas que não cumpririam os requisitos mínimos exigidos pelo instrumento convocatório.

Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União já declarou que a administração pública tem a prerrogativa de admitir, ou não, a participação de consórcios em licitações, sendo permitida a união de esforços quando questões de alta complexidade e relevante vulto impeçam a participação isolada de empresas, ampliando o leque de concorrentes[149].

---

[148] Nos termos dos artigos 278 e 279 da Lei nº 6.404 de 1976, consórcios são associações de empresas, formadas mediante contratos, que não possuem personalidade jurídica e se destinam à consecução de um projeto específico. Embora a previsão conste da Lei das Sociedades Anônimas, os consórcios podem ser constituídos por quaisquer tipos de sociedades.

[149] Acórdão 1417/2008 – Plenário do Tribunal de Contas da União. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Licitações e Contratos: Orientações e Jurisprudência. 4ª Edição. 2010. P. 311. Disponível em http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/LIC_CONTR/2057620.PDF.

Por outro lado, a previsão legal abre uma brecha para que empresas rivais, ainda que disponham de condições para a apresentação de propostas independentes, se associem na forma de consórcio, reduzindo o número de participantes do certame e, consequentemente, a concorrência[150]. Em tese, a associação dos licitantes permitiria que eles apresentassem ofertas menos agressivas e, portanto, menos vantajosas para a administração pública[151].

Nestes casos, empresas concorrentes encontram amparo legal para atuarem de forma conjunta perante o consumidor – o que parece absolutamente contrário ao objetivo de promoção da concorrência estabelecido pela legislação antitruste. Por outro lado, a Lei de Licitações não apresenta critérios claros para a formação de consórcios, ficando a cargo do órgão licitante permiti-los ou não, assim como definir sob quais condições tais acordos podem ser firmados[152].

Entretanto, o Tribunal de Contas da União tem entendido que o ente público apenas poderá impedir que empresas formem consórcios para a participação no certame quando tal proibição estiver adequadamente motivada, especialmente porque a vedação aos consórcios pode reduzir a competitividade do procedimento licitatório[153].

Em outros casos, decisões do Tribunal de Contas da União julgaram ilícitas as determinações dos editais de licitação que limitaram o número de empresas participantes em um mesmo consórcio. Entendeu-se que a Lei de Licitações permite que o ente público vede a participação de empresa em forma de consórcio, mas, caso essa seja permitida, não se podem

---

[150] Este efeito negativo da formação de consórcios já foi reconhecido, inclusive, pelo Tribunal de Contas da União. Acórdãos 280/2010 e 2813/2004 do Tribunal de Contas da União. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Licitações e Contratos: Orientações e Jurisprudência. 4ª Edição. 2010. P. 312 e 318. Disponível em http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/LIC_CONTR/2057620.PDF.

[151] OCDE, Public procurement: the role of competition authorities in promoting competition, 2007, p. 34.

[152] O artigo 33, inciso IV, da Lei nº 8.666 de 1993 determina apenas que uma empresa consorciada não poderá participar, na mesma licitação, por meio de mais de um consórcio ou de forma individual, concomitantemente. Já o inciso III do mesmo artigo prevê que a administração pública poderá estabelecer um acréscimo de até 30% para o critério de qualificação econômico financeira dos consórcios, em relação aos licitantes individuais, desde que os consórcios não sejam integralmente compostos por micro e pequenas empresas.

[153] Acórdão 481/2014 do Tribunal de Contas da União. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Licitações e Contratos: Orientações e Jurisprudência. 4ª Edição. 2010. P. 314. Disponível em http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/LIC_CONTR/2057620.PDF.

estabelecer outras condições não previstas expressamente em lei[154]. Em termos gerais, pode-se dizer que, quando permitida a formação de consórcios, não poderá haver qualquer tipo de restrição adicional.

Nesse sentido, ainda que a participação de empresas consorciadas possa parecer uma exceção à regra geral das licitações públicas, tanto que dependente de autorização expressa do instrumento convocatório, a jurisprudência dos órgãos administrativos têm consagrado a importância destas associações.

Deste modo, é fácil vislumbrar a racionalidade dos agentes econômicos que, notificados sobre a oportunidade de contratação com o órgão público, estabelecem contatos com as principais empresas atuantes no mercado em questão, visando à atuação conjunta. A ausência de regras específicas sobre os consórcios em licitações permite que, no limite, todos os concorrentes formem um consórcio uno, apresentando uma única proposta ao ente público e inviabilizando totalmente a competição.

Enquanto em mercados típicos tal comportamento seria, em regra, merecedor de sanção específica pelo órgão antitruste, estando sujeito às regras de julgamento "per se", com a presunção de gerar efeitos líquidos negativos ao mercado, nos mercados de aquisição pública, a atuação conjunta de empresas concorrentes poderá não apenas ser julgada lícita, mas até mesmo contar com a jurisprudência favorável dos tribunais administrativos.

Interessante observar ainda que a adoção de restrições adicionais ao modo de formação dos consórcios poderia ser pró-competitiva, a despeito do entendimento apresentado pelo Tribunal de Contas da União. Um órgão público que limitasse o número de integrantes de um único consócio, por exemplo, poderia estar fomentando a apresentação de um maior número de propostas e, portanto, favorecendo a competição. Obviamente, tal restrição deveria ser razoável, sob pena de atingir o efeito contrário.

---

[154] Acórdãos 2533/2008 e 1240/2008 do Tribunal de Contas da União. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Licitações e Contratos: Orientações e Jurisprudência. 4ª Edição. 2010. P. 312. Disponível em http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/LIC_CONTR/2057620.PDF.

Em todo o caso, há elevado grau de independência entre as esferas administrativas, de sorte que os pareceres e decisões exarados pelo Tribunal de Contas da União não possuem o condão de elidir a atuação do CADE, ou mesmo a aplicação de sanções pelo órgão – um mesmo comportamento poderá ser considerado ilícito do ponto de vista antitruste e lícito quanto à probidade da gestão pública.

Cabe ainda a análise da jurisprudência do CADE sobre o tema, avaliando-se os principais casos em que a formação de consórcios foi considerada uma prática anticompetitiva.

Nesse sentido, o "Cartel dos Trens"[155] trouxe o maior número de exemplos relacionados à utilização de consórcios como instrumento da realização de conluios. Embora os diversos projetos tenham sido apurados no âmbito de um único procedimento administrativo, iniciado por meio de um acordo de leniência, os métodos empregados pelos participantes do conluio em cada uma das licitações variou consideravelmente – e em ao menos três deles, a formação de consórcios foi a principal estratégia utilizada para fraudar o certame.

O primeiro dos projetos investigados data de 1998 e envolve o fornecimento de sistemas e trens que seriam utilizados na "Linha 5" do Metrô de São Paulo. No caso, as empresas envolvidas no conluio apresentaram a documentação de qualificação individualmente ou em pequenos consórcios, agindo na condição de concorrentes. Até então, nada levava a crer que as empresas houvessem mantido contato prévio entre si, ou que pretendessem atuar de forma anticompetitiva.

Entretanto, após a decisão que considerou algumas empresas como pré-qualificadas, estas optaram por formar um consórcio único para participarem da licitação, apresentando uma proposta comercial conjunta. A fim de garantir a aparência de competitividade, três empresas foram designadas para formar outro consórcio, denominado "Metrô Cinco", que

---

[155] Processo Administrativo nº 08700.004617/2013-41, em trâmite junto ao CADE.

apresentou uma proposta perdedora. Os membros do consórcio "Metrô Cinco" foram posteriormente subcontratados pelo consórcio vencedor.

Como se vê, a principal evidência da prática colusiva foi o reconsorciamento entre as empresas participantes do certame – embora estas houvessem apresentado documentos de qualificação separadamente, sendo pré-qualificadas para a execução do contrato, decidiram pela apresentação de uma única proposta comercial. A ausência de competição efetiva teria permitido às empresas que cobrassem preços supracompetitivos para a execução do contrato, o que possivelmente não ocorreria caso todas houvessem apresentado propostas de maneira independente.

Vale dizer que em um dos documentos apresentados pela empresa signatária do acordo de leniência, dirigentes da companhia apontam que o valor final do contrato resultou de "várias rodadas de coordenação e negociação" entre os participantes do certame e que, em um ambiente "livremente competitivo", tal valor não seria factível, pois "seria de se esperar uma forte concorrência de preços"[156].

Observa-se ainda que no caso da "Linha 5" do Metrô de São Paulo, a divisão do escopo por meio de um consórcio foi estratégia utilizada em conjunto com dois outros métodos de colusão: a apresentação de propostas fictícias e a subcontratação de concorrentes.

De maneira semelhante, em procedimento de licitação realizado no ano de 2009 pela Companhia de Trens Metropolitanos, voltado à aquisição e reforma de trens, além da prestação de serviços de manutenção pelo período de vinte anos, empresas que inicialmente apresentariam propostas comerciais individuais decidiram pela associação em um único consórcio, com intuito notadamente anticompetitivo.

No caso, conhecido como "Série 5000", a coordenação entre as empresas não foi bem sucedida, tanto que as integrantes do cartel sequer apresentaram proposta para a licitação, de sorte que uma empresa não participante do conluio foi a vencedora do procedimento.

[156] Nota Técnica de Instauração, p. 36. Processo Administrativo nº 08700.004617/2013-41, em trâmite junto ao CADE.

Entretanto, os documentos apreendidos ao longo das diligências de busca e apreensão realizadas pelo CADE permitiram concluir que os agentes pretendiam formar um único consórcio, excluindo os demais competidores do certame.

As provas obtidas demonstraram, ainda, que o objeto do contrato era passível de realização por apenas uma empresa. Assim, a formação de um consórcio não era indispensável para que os competidores participassem do procedimento licitatório. Ainda assim, empresas que inicialmente pretendiam participar de forma individual ou em pequenos consórcios se reuniram, com a intenção de "repartir o *equity"*, formando um único consórcio, com elevado potencial de prejuízo aos cofres públicos.

Em uma série de licitações ocorridas no ano de 2012, a formação de consórcios foi o instrumento escolhido por duas empresas rivais para a divisão do escopo de licitações para a aquisição de trens, as quais foram realizadas por dois entes públicos distintos – a Empresa de Trens Urbanos e a Companhia Brasileira de Trens Urbanos -, e se destinavam às cidades de Porto Alegre e Belo Horizonte.

De acordo com os documentos apreendidos ao longo das diligências de busca e apreensão realizadas pelo CADE, duas empresas acordaram em formar consórcio para participarem de ambas as licitações, dividindo o escopo entre elas. Na licitação para o fornecimento de trens em Belo Horizonte, a primeira empresa possuiria participação majoritária no consórcio formado, com 93,14% das cotas, enquanto a segunda possuiria apenas 6,86% de participação societária. Já na licitação para o fornecimento de trens em Porto Alegre, os percentuais se inverteriam.

Ambas as licitações teriam sido negociadas de forma conjunta pelas companhias envolvidas, com a divisão do respectivo escopo. Outrossim, a parceria entre as empresas não teria resultado de imperativos técnicos ou econômicos, eis que documentos apreendidos apresentavam discussões internas, travadas entre os integrantes de uma das companhias, que mencionavam a capacidade de participarem da licitação de forma individual, pontuando que a formação de consórcios visava evitar uma "guerra de preços".

Em complemento aos casos onde os consórcios foram utilizados como principal estratégia de divisão do mercado pelas empresas participantes do conluio, outras

investigações apuraram que a formação de consórcios foi realizada em conjunto com outros métodos mais usuais de cartelização, como a apresentação de propostas fictícias.

Nesse sentido, no Processo Administrativo 08700.007776/2016-41, oriundo de um acordo de leniência firmado o âmbito da conhecida "Operação Lava Jato", apura-se a formação de cartel na licitação para obras públicas de serviços de engenharia e construção para a urbanização de três complexos de favelas localizados no município do Rio de Janeiro.

No caso, as empresas se associaram para a divisão do escopo de três diferentes procedimentos licitatórios realizados nos anos de 2007 e 2008. A fim de operacionalizar a divisão dos contratos, as dez companhias compuseram três diferentes consórcios, e cada um deles foi designado o vencedor de uma das licitações, enquanto os dois outros foram responsáveis pela apresentação de propostas fictícias.

Situação bastante semelhante se verifica nos autos do Inquérito Administrativo 08700.007777/2016-95, que apura a formação de cartel em concorrências públicas realizadas pela Petrobrás para a contratação de serviços de engenharia e construção civil para a edificação de dois centros de pesquisa localizados no Estado do Rio de Janeiro e também para a construção da sede da companhia na cidade de Vitória, Estado do Espírito Santo[157].

Naquela ocasião, cerca de doze empresas se associaram para a divisão do escopo das três diferentes licitações, ficando determinado que três das companhias atuariam como "cabeças de chave", ou seja, desempenhariam o papel de líderes dos consórcios firmados. As demais empresas fariam parte destes três consórcios, sendo designado um vencedor para cada um dos certames, com a apresentação de propostas fictícias pelos outros dois consórcios.

Igualmente, o Inquérito Administrativo nº 08700.003226/2017-33 investiga um cartel estabelecido para a realização de obras de construção, manutenção e reparos nas rodovias do "Arco Metropolitano do Rio de Janeiro", em concorrência subdividida em quatro lotes distintos. No caso, oito empresas de maior porte se associaram em quatro diferentes

[157] Conforme notícia disponível em http://www.cade.gov.br/noticias/cade-investiga-cartel-em-licitacoes-de-edificacoes-especiais-da-petrobras-no-ambito-da-operacao-lava-jato.

consórcios, cada um deles sendo designado como vencedor de um dos lotes licitados, com a apresentação de propostas de cobertura pelos demais.

Da análise dos casos supracitados, é possível concluir que a formação de consórcios se situa em uma área limítrofe, podendo tanto constituir um incentivo à participação de empresas em dado certame, com o aumento da competividade, quanto instrumento de extrema relevância para a divisão de mercado entre os integrantes de um cartel.

Verifica-se que o consórcio, à semelhança da subcontratação, que será analisada mais detalhadamente no item 3.3.5 abaixo, permite a divisão do objeto de uma única licitação, ou seja, não necessariamente será utilizado no contexto de múltiplos jogos, como ocorre no chamado rodízio de propostas. Por outro lado, a sua aparente legalidade reduz as chances de detecção pela autoridade administrativa – não por outro motivo, todos os casos investigados são originários da cooperação das empresas envolvidas, notadamente por meio de acordos de leniência.

A avaliação da intenção dos integrantes de um consórcio é indispensável para que este seja considerado como instrumento de prática ilícita, ou anticompetitiva. Em todos os casos listados, a associação entre as empresas membro do consórcio não estava fundamentada em razões de ordem técnica, ou da viabilidade de execução do contrato – em parte dos casos, inclusive, as provas obtidas demonstravam expressamente que as companhias poderiam participar do certame com a apresentação de uma proposta individual -, mas sim no desejo de reduzir a competição no procedimento licitatório, permitindo a cobrança de valores supracompetitivos.

3.3.4. Bloqueio em pregão

Especificamente para as licitações realizadas por meio da modalidade pregão presencial[158], regulada pela Lei nº 10.520 de 2002, os agentes econômicos podem adotar a prática de bloqueio das propostas, não cabível para as demais modalidades licitatórias.

---

[158] Vale dizer que para os pregões realizados na modalidade eletrônica, todos os licitantes que apresentarem propostas válidas são convocados para participarem da segunda fase do certame, podendo ofertar seus lances de menor preço, nos termos do Decreto Lei nº 5450 de 2005.

Isso porque, em tais casos, não haverá a apresentação de uma única proposta pelos agentes licitantes, mas sim a realização do certame em duas rodadas[159]: na primeira, são abertas as propostas apresentadas por todos os participantes do procedimento licitatório, que são ordenadas conforme o critério de menor preço. Já na segunda fase, todos os participantes que apresentaram propostas de valor até 10% superior ao melhor preço são convidados a realizarem lances verbais, iniciando-se um leilão de menor preço.

Para os casos em que as propostas apresentadas pelos demais colocados superarem o limite de 10% sobre o melhor preço ofertado, serão convocados para a fase de lances verbais os três participantes mais bem colocados, em ordem crescente, a despeito da diferença inicial dos preços apresentados.

Assim, o número de licitantes que participa da segunda etapa do pregão presencial poderá estar limitado a três agentes, quando o valor de suas propostas extrapolarem o percentual de 10% previsto em lei, ou poderá ser equivalente ao número de proponentes que preencha o requisito da diferença de valor. Em todo o caso, parece claro que a estratégia racional a ser adotada pelas empresas participantes do certame é que a proposta formulada na primeira etapa do pregão seja apenas suficiente a garantir a convocação para a segunda fase do procedimento. Um agente que ofertasse preços muito próximos ao seu custo marginal logo na primeira etapa da licitação, ainda assim deveria competir na fase do leilão de menor preço, ocasião em que teria menor margem para apresentação de novas propostas ao ente público. Por outro lado, ainda que este agente se sagrasse vencedor do certame, em um eventual cenário onde os demais licitantes não apresentassem propostas com valor inferior à ofertada pelo vencedor logo na primeira etapa do pregão, o agente estaria sofrendo perdas equivalentes à diferença entre o preço ofertado por si e aquele do segundo melhor colocado.

Em um exemplo prático, suponha-se que o licitante vencedor apresente uma proposta de preço 100, ainda na primeira fase do pregão presencial. Já o segundo e o terceiro colocados apresentaram, respectivamente, propostas de preço 110 e 112, sendo convocados para a fase

---

[159]Nos termos do artigo 4º, incisos VIII e IX da Lei nº 10.520 de 2002.

de lances do pregão. Entretanto, dadas as suas condições negociais, estes dois outros participantes apresentam o lance de preço 108 como final, permitindo que o contrato fosse adjudicado ao primeiro participante, pelo montante de 100. Neste caso, o vencedor da licitação poderia ter firmado o contrato com o ente público por qualquer valor inferior a 108, sofrendo, portanto, uma perda financeira considerável.

No mesmo exemplo, supondo que o valor mínimo viável para a proposta apresentada pelo primeiro licitante fosse de 98, a apresentação de um preço tão próximo ao custo marginal logo na primeira etapa do pregão reduziria a sua possibilidade de negociação na fase de lances. Assim, a estratégia racional é a inclusão de sobrepreço nas propostas apresentadas na primeira etapa, a permitir o maior lucro possível pelo participante vencedor após as reduções de preço inerentes à fase de lances.

Entretanto, um participante da licitação pode agir em desacordo com este raciocínio, ofertando preços mais baixos na primeira fase do pregão com o intuito de limitar o número de agentes que serão classificados para participarem da fase de lances presenciais. Considerando que três agentes atuem em conluio, a partir de uma projeção dos preços que seriam ofertados pelos demais licitantes, um dos agentes poderia apresentar preços baixos o suficiente que levassem à exclusão dos competidores, em existindo uma margem de diferença superior a 10%, mas altos o bastante para garantirem a obtenção de lucro supracompetitivo[160].

Observa-se que, em tal caso, o licitante vencedor não precisaria se preocupar com a apresentação de eventuais ofertas na segunda fase do pregão – o conluio entre os três agentes

---

[160] Sobre o tema, Ceccato pontua que a proposta apresentada por uma das empresas consistiria em um valor de "mergulho", pois muito inferior ao patamar dos demais valores ofertados, tudo com o intuito de reduzir o número de empresas classificadas dentro do limite de 10%. O autor pontua ainda que, em um cenário apresentando três agentes atuando em conjunto, denominados "a", "b" e "c", a empresa A poderia ser a responsável pela apresentação da proposta de "mergulho", impedindo a participação de concorrentes não alinhados na segunda etapa do certame. Após, a mesma empresa "A" poderia apresentar documentação desconforme com as exigências do edital, permitindo que o objeto do contrato fosse adjudicado à segunda empresa mais bem colocada. Nesse sentido, o valor apresentado pela empresa vencedora seria superior àquele que seria ofertado pelos demais agentes econômicos, caso eles houvessem sido convocados para a fase de lances do pregão presencial. CECCATO, Marco Aurélio. **Cartéis em licitações**: *estudo tipológico das práticas colusivas entre licitantes e mecanismos extrajudiciais de combate.* 2012. P. 15. Disponível em http://seae.fazenda.gov.br/premio-seae/edicoes-anteriores/edicao-2012/vii-premio-seae.

convocados para a etapa de lances garantiria a manutenção das propostas em patamares semelhantes aos apresentados na primeira rodada.

A primeira vista, tal mecanismo de conluio parece bastante sofisticado, eis que as empresas participantes do acordo ilícito estariam lidando com uma série de variáveis, inclusive os possíveis preços ofertados por seus concorrentes efetivos na primeira fase do pregão presencial. Contudo, a licitação na modalidade pregão é realizada apenas para a aquisição de bens e serviços comuns, os quais são definidos como aqueles cujos padrões de qualidade podem ser estabelecidos de modo objetivo, e para os quais usualmente existem diversos fornecedores[161].

Ademais, conforme já especificado no item 3.2.2 acima, os certames públicos têm por característica o elevado grau de transparência das informações, assim como a possibilidade de realização de múltiplas licitações com objetos semelhantes. Portanto, em um cenário onde os agentes econômicos conhecem os preços usualmente ofertados por seus concorrentes, haja vista a publicidade dada às propostas, e onde os produtos e serviços possuem alto grau de homogeneidade, o comportamento adotado pelos rivais torna-se previsível.

Esta estratégia foi adotada no "Cartel dos Aquecedores Solares", que resultou na condenação de seus participantes ao pagamento de sanções pecuniárias, conforme decisão exarada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica[162].

O procedimento administrativo foi instaurado após o envio de informações pelo Ministério Público do Estado de São Paulo. Em suma, apurava-se a manipulação de procedimentos licitatórios realizados pela Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo (CDHU) para a aquisição de aquecedores solares que seriam instalados em habitações de baixa renda. As suspeitas fundavam-se no fato de que cada uma das seis empresas investigadas havia ganhado um lote dentre os disputados no pregão presencial, além de haver coincidência quanto aos preços ofertados.

---

[161] Artigo 1º da Lei nº 10.520 de 2002 e Anexo II do Decreto nº 3.555, de 8 de agosto de 2000.
[162] Processo Administrativo nº 08012.001273/2010-24, em trâmite junto ao CADE.

Para os dois procedimentos licitatórios investigados, ocorridos na modalidade pregão, as empresas participantes do conluio não apresentavam lances orais ou desistiam da participação após alguns lances, permitindo que a companhia previamente definida como vencedora daquele certame ofertasse a menor proposta.

Ademais, algumas das empresas teriam ingressado nas licitações para impedir que competidores efetivos fossem selecionados para a fase de lances. Assim, na segunda fase do pregão sempre se verificou a presença de pelo menos duas das empresas participantes do conluio, obstando a atuação de concorrentes não alinhados.

Quando do julgamento do referido processo administrativo, anotou-se que houve um aumento substancial da competição na fase de lances após a denúncia da ocorrência do cartel. Tal situação tornou-se mais clara quando da análise de pregão conduzido pelo mesmo ente público (CDHU) para o mesmo mercado (aquecedores solares) e com a participação das mesmas empresas. Enquanto nos dois primeiros certames, para os quais havia indícios de cartelização, as empresas ofertaram de dois a quatro lances na fase oral do pregão, este número subiu para quarenta e um lances no pregão realizado após a denúncia.

Por fim, vale considerar que a licitação na modalidade pregão presencial vem perdendo relevância, em especial com a adoção dos pregões eletrônicos. Nesse sentido, a legislação federal prevê a obrigatoriedade da realização de pregão eletrônico para licitações voltadas à aquisição de bens e serviços comuns, salvo nos casos de comprovada inviabilidade, a qual deverá ser justificada pela autoridade competente[163].

Tendo em vista que nos pregões eletrônicos não há limitação do número de participantes convocados para a fase de lances, a estratégia de bloqueio perde a sua utilidade, dando lugar aos demais métodos de colusão em licitação, como o rodízio de propostas e a apresentação de propostas de cobertura.

---

[163] Nos termos do artigo 4º, § 1º, do Decreto nº 5450 de 2005.

3.3.5. Rodízio de propostas e subcontratação

As práticas listadas nos itens 3.3.1 a 3.3.4 acima objetivam, em regra, que um dos participantes da licitação, previamente determinado, seja uma empresa individual ou um consórcio, sagre-se o vencedor do certame, firmando o contrato com a administração pública.

Parece claro que os rivais do agente econômico designado como vencedor só possuem interesse em participarem da conduta colusiva a partir do momento em que possam obter algum tipo de compensação financeira por sua adesão ao cartel. Neste tópico, pretende-se abordar as formas mais usuais de compensação financeira: a subcontratação e a adoção do rodízio de propostas.

O rodízio de propostas ocorrerá quando as empresas integrantes do conluio determinarem de forma antecipada qual delas será a vencedora de cada certame, garantindo uma alternância entre elas – assim, nenhuma das empresas participantes do acordo irá dominar de forma exclusiva o mercado em questão.

A adoção de uma estratégia desse tipo só é possível em cenários onde os certames se repetem com determinada frequência, como no caso das licitações realizadas periodicamente para a aquisição de bens ou serviços comuns, ou onde um único certame foi subdividido em partes, denominadas itens ou lotes[164], caso em que embora seja realizado um único procedimento licitatório, este será composto por diversos certames menores, com a possibilidade de adjudicação de cada um dos objetos para um licitante distinto[165].

---

[164] Lei nº 8666 de 1993, artigo 23, §1º: As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.

[165] "Na licitação por itens, há um único ato convocatório, que estabelece condições gerais para a realização de certames, que se processarão conjuntamente, mas de modo autônomo. (...) A autonomia se revela pela faculdade outorgada aos licitantes de produzir propostas apenas para alguns itens. Os requisitos de habilitação são apurados e cada proposta é julgada em função de cada item. Há diversos julgamentos, tanto na fase de habilitação quanto na de exame de propostas. Mesmo que materialmente haja um único documento, haverá tantas decisões quanto sejam os itens objeto de avaliação. (…) Assim, por exemplo, é inválido estabelecer que o licitante deverá preencher os requisitos de habilitação para o conjunto global dos objetos licitados (eis que o julgamento se faz em relação a cada item). (...) Outra imposição defeituosa consiste na obrigatoriedade da formulação de propostas para o conjunto dos diferentes itens" JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15ª ed. Dialética: 2012, p. 311.

Deste modo, o rodízio de propostas irá constituir, no limite, uma estratégia de divisão de mercado, comumente identificada nos cartéis clássicos ("Tipo I"), com a admissão de que os efeitos líquidos gerados sempre serão negativos[166].

Já no caso da subcontratação, haverá a possibilidade de divisão do objeto contratado dentro de um mesmo procedimento licitatório – no caso, a empresa vencedora do certame pode subcontratar uma de suas rivais para a realização de parte do contrato, repassando os valores correspondentes a tal parcela do objeto.

Nos termos do artigo 72 da Lei nº 8.666 de 1993, a subcontratação é prática lícita, sendo possível que a prestação de parte do serviço, obra ou fornecimento seja delegada a terceiro, ainda que este não possua qualquer relação com a administração pública. A lógica adotada em tais casos é a mesma que subsidia a formação de consórcios – a autorização de que múltiplos agentes se associem para a prestação do contrato amplia a concorrência, permitindo a atuação de organizações que, sozinhas, não possuiriam capacidade para participarem do certame[167].

Vale observar que a sub-rogação[168] do objeto do contrato é prática que não encontra amparo na legislação, conforme o entendimento do Tribunal de Contas da União, eis que violaria os princípios constitucionais da moralidade e da eficiência, bem como o princípio da supremacia do interesse público e do dever de licitar[169].

---

[166] Os tipos de cartel são melhor indicados ao longo do item 3.1 deste trabalho.

[167] "A hipótese toma-se cabível, por exemplo, quando o objeto licitado comporta uma execução complexa, em que algumas fases, etapas ou aspectos apresentam grande simplicidade e possam ser desempenhados por terceiros sem que isso acarrete prejuízo. (....). A escolha da Administração deve ser orientada pelos princípios que regem a atividade privada. Se, na iniciativa privada, prevalece a subcontratação na execução de certas prestações, o ato convocatório deverá albergar permissão para que idênticos procedimentos sejam adotados na execução do contrato administrativo. Assim se impõe porque, estabelecendo regras diversas das práticas entre os particulares, a Administração reduziria a competitividade do certame." JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15ª ed. Dialética: 2012, p. 517-518.

[168] Sub-rogação consiste na entrega da totalidade do objeto contratado a terceiro alheio à avença. Vale dizer que, na sub-rogação, pessoa estranha ao ajuste firmado assume, sem ter participado da licitação, todos os direitos e deveres consignados no contrato inicial, afastando qualquer responsabilidade do contratado.

[169] O TCU firmou entendimento de que, em contratos administrativos, é ilegal e inconstitucional a sub-rogação da figura da contratada ou a divisão das responsabilidades por ela assumidas, ainda que de forma solidária, por contrariar os princípios constitucionais da moralidade e da eficiência, o princípio da supremacia do interesse

À semelhança do que ocorre no caso da formação de consórcios, as condições atinentes à subcontratação devem estar previstas no instrumento convocatório, inclusive quanto às suas eventuais limitações[170], as quais não poderão ser restritivas demais, sob pena de restringirem a competitividade do procedimento licitatório.

Em todo o caso, a subcontratação também é método que permite a divisão do objeto de um único certame, sem a necessidade de ocorrência de múltiplas licitações – ou diversas jogadas. Estabelece-se um sistema de recompensas interno e imediato, que independe da ocorrência de eventos futuros e incertos – quais sejam, novas contratações pela administração pública.

Nesse sentido, o Processo Administrativo nº 08012.010362/2007-66 apurou a adoção de conduta comercial uniforme para licitação destinada à contratação de serviços de transporte aéreo de cargas promovida pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), que seriam prestados para cinco linhas da rede postal noturna[171] pelo período de seis meses.

Verificou-se que duas das empresas participantes da licitação teriam firmado um "termo de compromisso de subcontratação" quatro dias antes da entrega das propostas, o qual previa que a empresa que se sagrasse vencedora para qualquer das linhas subcontrataria a concorrente para a execução de 50% dos serviços. Posteriormente, contrato semelhante foi firmado entre ambas as empresas para outra licitação realizada pela ECT, envolvendo duas linhas aéreas.

---

público, o dever geral de licitar. Acórdão 678/2008 do Tribunal de Contas da União. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Licitações e Contratos: Orientações e Jurisprudência. 4ª Edição. 2010. Disponível em http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/LIC_CONTR/2057620.PDF.

[170] Acórdão 265/2010 do Tribunal de Contas da União. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Licitações e Contratos: Orientações e Jurisprudência. 4ª Edição. 2010. Disponível em http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/LIC_CONTR/2057620.PDF.

[171] A rede postal noturna é composta por 27 linhas aéreas e se destina ao transporte urgente de mercadorias.

No mencionado termo de compromisso de subcontratação ficou convencionado que as empresas apresentariam as propostas comerciais que julgassem adequadas, mas que, em qualquer caso, dividiriam o objeto da prestação de forma igualitária entre ambas, sendo o documento assinado pelos representantes das companhias.

De acordo com a análise realizada ao longo do julgamento, não seria plausível entender que o termo de subcontratação visava apenas a garantia da prestação dos serviços por meio da disponibilização de uma aeronave sobressalente, especialmente porque ambas as empresas possuíam aeronaves reservas. O percentual de divisão dos serviços demonstrava que a acordo permitia que ambas as empresas obtivessem ganhos pela assinatura do contrato, independente daquela que se sagrasse vencedora.

Considerou-se ainda que, mesmo que as empresas tivessem apresentado suas propostas de forma independente, o acordo prévio prejudicou o caráter competitivo do certame. Igualmente, embora a subcontratação seja modalidade prevista em lei, esta parceria seria lícita apenas quando realizada após o término do procedimento licitatório. No caso, a subcontratação consistia em verdadeiro acordo de cooperação empresarial que incentivava as empresas a adotarem comportamentos menos agressivos na apresentação de suas propostas comerciais.

A subcontratação de empresas concorrentes também foi utilizada como método de implementação do “Cartel dos Trens”, ainda que de forma concomitante ao emprego de outras estratégias, como a divisão de lotes e apresentação de propostas fictícias.

Em um dos conluios, que envolveu uma série de licitações realizadas pela Companhia Paulista de Trens Metropolitanos e cujo objeto incluía a manutenção de seus trens, com a prestação de serviços e fornecimento dos bens e equipamentos necessários, a subcontratação foi um dos métodos utilizados pelas empresas participantes do cartel para a divisão do escopo dos contratos.

Da análise dos documentos públicos referentes ao procedimento licitatório, verificou-se que as empresas que apresentaram propostas independentes foram posteriormente subcontratadas pela vencedora do projeto. Embora tal fato não seja, por si só, indicativo de prática colusiva, ele demonstra a existência de um comportamento cooperativo entre

companhias que inicialmente se apresentaram como concorrentes, sendo utilizado pela autoridade para subsidiar suas conclusões no caso. Complementarmente, foram apreendidas minutas de reuniões realizadas entre os representantes destas empresas, nas quais eram acordadas as divisões de escopo da licitação, bem como documentos internos da empresa vencedora, que indicavam a "necessidade política" da subcontratação.

Já no procedimento licitatório realizado para a manutenção completa das linhas do Metrô do Distrito Federal, incluindo todos os sistemas, estações, via, trens e fornecimento de peças sobressalentes, os dois consórcios participantes do certame acordaram que o vencedor da licitação subcontrataria o consórcio perdedor, para a prestação de 48% dos serviços em questão. Tal acordo foi explicitado, inclusive, em um documento denominado "Memória de Negociações", assinado e rubricado pelos representantes das empresas envolvidas no conluio.

De outra parte, no projeto relacionado ao fornecimento de sistemas operacionais e complementares para a "Linha Verde" do Metrô de São Paulo, houve a fixação de um acordo semelhante entre as empresas participantes dos dois consórcios licitantes.

Ao longo das diligências de busca e apreensão realizada pelo CADE, foi apreendida mensagem enviada por uma das empresas a todos os membros do consórcio concorrente requerendo informações necessárias a complementar a proposta que seria apresentada. Vê-se que para formação de seus próprios preços, a empresa dependia de informações de seus concorrentes, pois pretendia subcontratá-los posteriormente, o que de fato ocorreu, sendo consumado o acordo colusivo anteriormente firmado.

Também no projeto relativo à aquisição de 60 trens pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro, os quais seriam destinados à operação pela concessionária "Supervia", a subcontratação de uma empresa rival foi considerada anticompetitiva.

No certame em questão, houve a apresentação de cinco propostas comerciais válidas, sendo vencedor um consórcio firmado por companhias chinesas, que atuariam em parceria com uma empresa brasileira, a qual dispunha de um parque fabril localizado no Estado do Rio de Janeiro. Entretanto, documentos obtidos durante as diligências de busca e apreensão indicavam que a empresa brasileira em questão subcontratou parte do escopo do contrato para

uma de suas concorrentes, como forma de cumprimento de um acordo anticompetitivo anteriormente firmado.

A existência de um acordo anticompetitivo, e não de subcontratação regular, também ficou demonstrada pela existência de contatos prévios à entrega das propostas comerciais pelas empresas licitantes – assim, as concorrentes, embora não houvessem entregue as suas respectivas propostas comerciais, já haviam iniciado discussões para a posterior divisão do escopo.

Já no caso investigado nos autos do Inquérito Administrativo nº 08700.003226/2017-33, a subcontratação foi estratégia de compensação utilizada após determinadas empresas, que não participavam da divisão de mercado originalmente acordada entre os membros do cartel, serem consideradas habilitadas para a apresentação de propostas comerciais.

No caso, oito empresas formaram quatro diferentes consórcios, com a perspectiva de que cada um destes consórcios seria o vencedor de um dos quatro lotes do procedimento licitatório voltado à realização de obras civis nas rodovias do "Arco Metropolitano do Rio de Janeiro". Entretanto, estes oito integrantes originais do cartel viram seus planos ameaçados quando outras quinze empresas, que não participavam do conluio, foram consideradas habilitadas pelo órgão licitante, com a possibilidade de apresentação de propostas comerciais.

A fim de garantir o sucesso da conduta anticompetitiva, estas oito empresas entraram em contato com as demais companhias, negociando as suas desistências do certame. Como forma de compensação financeira, quatro destas companhias foram subcontratadas para a realização de parte das obras licitadas[172].

---

[172] É interessante observar que o cartel citado é um exemplo da proposição de Posner para a hipótese em que uma nova empresa decidisse entrar em um mercado cartelizado. O autor menciona que o entrante potencial poderia se preocupar que os integrantes do cartel reduzissem o preço de mercado, a fim de tornar a sua entrada não lucrativa. Entretanto, esta atitude poderia gerar a perda do lucro monopolístico do cartel, de sorte que a divisão do mercado com o novo entrante poderia ser a opção mais lucrativa. POSNER, Richard A. **Antistrust Law**. Chicago. University of Chicago, 2002, p. 73.

De forma muito semelhante ao que ocorre na formação de consórcios, há grande dificuldade em diferenciar a prática da subcontratação como atividade lícita dos casos em que a delegação de parte do escopo do contrato para empresas rivais ocorre para a implementação de um acordo colusivo. Novamente, a questão fundamental repousa na intenção dos agentes que integram o contrato.

Um aspecto interessante da subcontratação é que esta pode ser utilizada como método de compensação mesmo para os casos em que não há a designação prévia de uma empresa ou consócio vencedor do certame. Em tais casos, o potencial anticompetitivo da conduta não está ligado à fraude do procedimento licitatório, mas sim à criação de incentivos para que os licitantes apresentem propostas menos vantajosas para a administração pública, pois mesmo que não se sagrem vencedores, têm a certeza de obter um benefício financeiro advindo do contrato.

Por outro lado, não se considera que a existência de contatos prévios à apresentação das propostas seja critério capaz de subsidiar, por si só, a conclusão da ocorrência da prática colusiva. Parece claro que um licitante que pretenda subcontratar parte do objeto do contrato necessitará das projeções de preço quanto à parcela subcontratada a fim de elaborar a sua própria proposta comercial. Nesse sentido, é inevitável que ocorram contatos entre o licitante e a empresa que seria potencialmente subcontratada.

Obviamente, nos casos em que a empresa potencialmente subcontratada também seja uma participante do procedimento licitatório, tais contatos prévios adquirem um caráter limítrofe, podendo mesmo configurar a troca de informações concorrencialmente sensíveis. Por outro lado, o licitante que solicita informações a um terceiro para a formação de sua própria proposta de preços, não necessariamente tem conhecimento de que este terceiro também irá participar do certame.

Assim, a subcontratação de parte do escopo do contrato, embora seja uma prática lícita, também está inserida em um contexto de risco antitruste para as companhias que a realizam.

3.3.6. Outros métodos identificados na jurisprudência

Embora tradicionalmente as tipologias assumidas pelos conluios praticados em licitações públicas sejam aquelas listadas nos itens 3.3.1 a 3.3.5 acima, tal listagem não é exaustiva, não impedindo que outros métodos sejam utilizados pelos participantes do cartel para a implementação do acordo ilícito.

Dentre os casos analisados ao longo desta pesquisa, dois se destacaram pela utilização de alterações societárias para a divisão do mercado. Ao contrário do que ocorre na formação de consórcios, que são instrumentos de cooperação empresarial firmados com o propósito específico de atuação em dado projeto, sem que ocorra a alteração da estrutura societária de seus participantes, nestes casos houve a constituição de nova sociedade, ou ainda a alteração da constituição societária de uma empresa já existente.

Nesse sentido, o Processo Administrativo nº 08012.009885/2009-21 apurou o conluio entre empresas participantes de procedimento licitatório realizado pela Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – SABESP para a execução de obras do "Sistema Produtor de Água Mambu Branco"[173].

No caso, das treze empresas que apresentaram propostas, apenas seis foram consideradas habilitadas. Dentre estas, a empresa que teria apresentado a melhor proposta, de acordo com os critérios do edital, deixou transcorrer, sem manifestação, o prazo para a resposta de uma solicitação de esclarecimentos técnicos enviada pelo órgão licitante. Portanto, tal empresa foi considerada desclassificada, sendo a ofertante da segunda melhor proposta declarada vencedora da licitação.

Entretanto, as duas empresas melhores colocadas no certame, incluindo aquela que foi considerada desclassificada, formaram uma sociedade em conta de participação, permanecendo a empresa desistente como sócia oculta, de forma que todos os serviços eram desempenhados em nome da licitante vencedora. A sociedade tinha por propósito específico a

---

[173] Concorrência Internacional CSO n. 53.542/2007

atuação no projeto de “Mambu Branco”, havendo previsão de que fosse encerrada tão logo findasse o contrato administrativo, e o instrumento de constituição de sociedade, inclusive, datava do mesmo dia em que escoou o prazo para que a melhor proponente apresentasse sua resposta à solicitação do órgão licitante.

Assim, foi possível concluir que a desistência da empresa melhor colocada no certame esteve diretamente relacionada ao acordo colusivo firmado, permitindo que ambos os agentes realizassem a obra a partir de um valor superior (proposto pela segunda licitante). Ademais, não foi apresentada justificativa plausível para que a melhor colocada deixasse de atender às exigências da autoridade administrativa, dando causa à própria desclassificação do certame.

Já no caso investigado por meio do Processo Administrativo nº 08012.006989/1997-43, as três empresas participantes do conluio teriam firmado termo de compromisso prevendo que, caso uma delas vencesse qualquer das licitações enumeradas pelo contrato, esta admitiria as demais empresas em sua composição societária, por meio de aumento de capital, a fim de que dividissem entre si o escopo da licitação. O termo firmado previa ainda que o valor da proposta apresentada, assim como sua forma de pagamento, seria fixado em conjunto pelas signatárias.

Embora o referido acordo societário não tenha sido implementado, conforme apurado ao longo das investigações, o contrato em questão previa uma alteração posterior na estrutura societária da empresa vencedora. Ainda que tal modificação criasse uma situação bastante semelhante a um consórcio, com a possibilidade de divisão do escopo do contrato entre todos os sócios da companhia contratada, algumas diferenças essenciais seriam: (i) a formação de sociedade em momento posterior à contratação pela administração pública; e (ii) a ausência de publicidade ao arranjo societário formado, estabelecendo uma forma de “consórcio velado”.

Assim como pontuado nos subitens 3.3.3 e 3.3.5 acima, relativos à formação de consórcios e à subcontratação de parte do escopo, operações societárias de fusão, aquisição, alteração de composição do capital, dentre outras, são, em regra, lícitas. Entretanto, a utilização de alterações na estrutura societária como forma de implementar a divisão de um mercado podem ser reputadas anticompetitivas.

3.4. Conclusões preliminares sobre a prática de cartel em licitações

Ao longo deste capítulo, pretendeu-se estabelecer algumas premissas relacionadas à prática do cartel em licitações, as quais têm por função subsidiar a definição de parâmetros a serem seguidos por um programa de compliance robusto, que esteja voltado à prevenção de condutas colusivas em certames públicos.

Um primeiro aspecto a ser observado diz respeito ao objeto dos procedimentos licitatórios que mais comumente foram associados à prática de cartel. Embora as licitações públicas sejam método previsto para contratações relativas à aquisição de bens, serviços ou execução de obras, assim como para a alienação e locação de bens, os casos analisados envolviam a participação do ente público como tomador de bens ou serviços.

Tal situação pode decorrer, unicamente, de circunstâncias fáticas – a administração pública, com mais frequência, atua como adquirente de bens, serviços ou empreitadas, e dificilmente realizará a alienação de bens públicos. Por outro lado, não se pode descartar a possibilidade da formação de cartéis em procedimentos licitatórios deste segundo gênero, merecendo destaque os certames que envolvam a concessão de serviços e bens públicos[174].

As concessões de serviços públicos são contratos que permitem a delegação da prestação de um serviço público a um particular que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado[175]. O contrato de concessão também será firmado após a realização de procedimento licitatório na modalidade concorrência, com a escolha do licitante que ofertar a proposta mais vantajosa para a prestação do serviço público. Em contratos de concessão de rodovias, por exemplo, a proposta

---

[174] Nesse sentido, o Inquérito Administrativo sigiloso 08700.006377/2016-62, instaurado pelo CADE, apura o suposto cartel na licitação para a concessão de exploração da Usina Hidrelétrica de Belo Monte ("UHE Belo Monte") – Leilão nº 06/2009. No caso, o licitante que ofertasse o menor lance em reais por MW/h pela tarifa de energia seria o vencedor do certame, obtendo o direito de exploração da UHE Belo Monte e sendo responsável pelo projeto de execução das obras e serviços necessários para a implantação da usina. Antes da realização do certame, três empresas concorrentes atuaram em conjunto, realizando os estudos de viabilidade técnica e econômica do empreendimento, ainda que pretendessem formar dois consórcios distintos para o oferecimento de propostas. Entretanto, um dos consórcios desistiu de participar da licitação, de sorte que apenas uma destas empresas apresentou proposta.

[175] Nos termos do Artigo 2º, inciso II da Lei nº 8987 de 1995.

mais vantajosa comumente será aquela que apresentar uma menor tarifa de pedágio a ser cobrada do usuário do serviço.

Entretanto, mesmo nestes casos, as análises realizadas ao longo deste capítulo permanecem, em grande medida, válidas. As características relativas à transparência das informações e à possibilidade de monitoramento de adesão ao cartel são comuns a todas às licitações públicas. De outra parte, as tipologias relacionadas à implementação dos acordos colusivos permanecem sendo de possível adoção pelos licitantes, que poderão formar consórcios, subcontratar parcelas do objeto para empresas rivais, adotar um sistema de rodízio de propostas ou apresentarem propostas fictícias.

Superada tal questão, é possível questionar a eventual prevalência das formas adotadas pelos cartéis em relação às modalidades de procedimento licitatório previstas em lei.

Verifica-se que as modalidades concorrência, tomada de preços e convite não apresentam diferenças relevantes do ponto de vista antitruste, estando muito mais relacionadas à complexidade do procedimento administrativo aplicável, que será proporcional ao valor do possível contrato. Em todos os casos, a participação será livre aos candidatos que comprovem possuir os requisitos mínimos exigidos pelo instrumento convocatório[176]. De outra parte, os procedimentos licitatórios realizados na modalidade pregão presencial estão sujeitos à estratégia de "bloqueio", detalhadamente mencionada no item 3.3.4.

Há de se observar, porém, que todos os procedimentos licitatórios que adotem a chamada "inversão de fases", que é regra nos certames do tipo pregão, estão sujeitos à prática de um menor número de estratégias colusivas. Isso porque, em tais casos, a autoridade pública apenas irá analisar a conformidade dos documentos da habilitação apresentados pelo licitante mais bem colocado, deixando de apreciar a documentação dos demais participantes. Deste modo, a apresentação de propostas "pro forma", que acarretem a desqualificação de um

[176] É fato que para as licitações realizadas na modalidade convite, o Poder Público enviará intimações às empresas interessadas para a execução do contrato, conforme constem em cadastro previamente realizado pelo órgão licitante, no número mínimo de três. Entretanto, as empesas não cadastradas também poderão participar do procedimento licitatório, desde que manifestem interesse com antecedência de até 24 horas da apresentação das propostas.

proponente por defeitos em seus documentos de habilitação, assim como a desistência das propostas apresentadas não serão estratégias viáveis.

Portanto, nos procedimentos que adotem a inversão de fases, as tipologias de possível adoção pelo conluio serão em número reduzido, passando a incluir tão somente a apresentação das propostas de cobertura e a supressão de propostas.

Outro aspecto que merece atenção é a ausência de sistematização, pela doutrina e pela jurisprudência, das tipologias adotadas pelos cartéis em licitação. Enquanto parte das estratégias analisadas dizem respeito ao método de fraude empregado para a manipulação do resultado em um certame específico – notadamente a supressão de propostas e a apresentação de propostas fictícias -, as demais tratam dos métodos de divisão dos mercados de aquisição pública – incluindo o rodízio de propostas, a subcontratação e a formação de consócios.

Não por outro motivo, é comum a análise de casos em que as tipologias são empregadas em conjunto, até mesmo porque um acordo bem sucedido entre concorrentes irá depender do emprego dos "métodos de fraude", que viabilizam a alocação do mercado - executada por meio dos "métodos de divisão". Por exemplo, uma empresa que deixa de participar em dado certame, valendo-se da supressão de proposta ("método de fraude"), poderá ser posteriormente subcontratada pela empresa vencedora da licitação, obtendo uma parcela do mercado ("método de divisão"). Já uma empresa ou consórcio que apresenta uma proposta com valor sabidamente superior ao de seu concorrente ("método de fraude"), poderá ser beneficiado como vencedor de outro certame, em um rodízio de propostas ("método de divisão").

Considerando que muitas das estratégias utilizadas para a consecução das fraudes à licitação são aparentemente lícitas, é possível a adoção do raciocínio exposto como forma de identificação de condutas anticompetitivas. No exemplo em que uma empresa deixa de apresentar proposta para um certame, sendo posteriormente subcontratada para execução de parte do contrato, a existência concomitante de um "método de fraude" e um "método de divisão" é um verdadeiro sinal de alerta para os gestores daquela companhia.

Por fim, vale dizer que os casos analisados ao longo deste capítulo demonstraram que a autoridade administrativa tem se valido tanto de provas diretas quanto de provas indiretas para fundamentar as suas decisões condenatórias[177].

Nesse sentido, o caso "Cartel dos Aquecedores Solares" fundamentou-se, exclusivamente, na existência de provas indiretas da conduta. Não havia qualquer documentação que demonstrasse, de forma concreta, a ocorrência de contatos entre os concorrentes. Entre as evidências indiretas da conduta, destacou-se a identidade dos preços das propostas apresentadas, que coincidiam até mesmo nos centavos para algumas das empresas envolvidas. Notável ainda a ausência de esforços para o oferecimento de novos lances na segunda fase do pregão presencial, havendo casos em que empresas que apresentaram preços idênticos para a primeira fase declinaram a oferta de lances na segunda etapa. A autoridade antitruste concluiu que a comunicação prévia entre os competidores era a única justificativa para a similitude do comportamento.

Outro elemento relevante no caso foi a coincidência geográfica entre os vencedores dos lotes. Para as duas licitações investigadas, algumas das empresas venceram os lotes correspondentes aos mesmos municípios. Ainda que pareça lógico que uma empresa eive maiores esforços para vencer licitações relativas às suas regiões de interesse, seja por conta dos menores custos envolvidos no transporte e prestação de serviços, seja pela área de atuação da companhia, tal fator se somou às demais provas indiretas existentes.

---

[177] A prova direta é aquela que atesta diretamente a ocorrência de um ilícito concorrencial. Por exemplo, o testemunho nos autos de alguém que presenciou dois concorrentes combinarem o valor a ser ofertado em determinada licitação futura. Este testemunho pode ser de um funcionário de uma das empresas, mas também pode ser de um terceiro, desvinculado das empresas, como o atendente de um hotel ou de um restaurante. Ou seja, uma prova testemunhal pode ser direta ou indireta, a depender do seu conteúdo. A prova indireta, por sua vez, é aquela que oferece suporte para inferir uma realidade, como as digitais em um processo criminal ou o registro de entrada no prédio de um concorrente em um processo que apura cartel. Por esse motivo, a prova indireta é usualmente referida como prova circunstancial, a qual possui como espécies a prova de comunicação e a prova econômica. A primeira remete às provas de contato ou comunicação entre concorrentes, mas incapazes, por si só, de revelar o conteúdo ilícito dessas conversas. A prova econômica corresponde geralmente a evidências de condutas paralelas, como aumentos idênticos e simultâneos de preços, sendo reconhecidamente mais frágil para fins de condenação. Voto Vista do Conselheiro Paulo Burnier, no Processo Administrativo n. 08012.009382/2010-¬90 (Cartel das Construtoras de Curitiba).

Já no caso do "Cartel dos Radares"[178], a semelhança entre as propostas apresentadas por empresas distintas era patente, até mesmo porque havia a repetição dos mesmos erros ortográficos e de digitação, os quais não constavam do modelo apresentado pelo edital de licitação. Somou-se a isso a existência de relações pessoais entre os sócios, diretores e representantes de algumas das empresas envolvidas no conluio, permitindo a conclusão de que estas haviam mantido contato prévio à ocorrência da licitação.

De maneira semelhante, as provas que subsidiaram as condenações para o "Cartel de Órteses e Próteses"[179] incluíam a existência de tabela de preços elaborada por entidade de classe, assim como a extrema semelhança dos preços ofertados pelos diversos licitantes, que costumavam ser idênticos ou apresentavam variações irrisórias.

Por outro lado, em cartéis estruturados por meio da divisão de mercados, sem a apresentação de propostas fictícias, como nos casos envolvendo a formação de consórcios entre concorrentes ou ainda a subcontratação de empresas rivais, as investigações têm sido baseadas em provas diretas, especialmente evidências obtidas no âmbito da celebração de acordos de leniência. Tendo em vista que, para tais casos, a intenção dos agentes é fator relevante para que a prática seja reputada ilícita, a condenação fundamentada em meras provas indiretas parece ser menos provável.

---

[178]Processo Administrativo 08012.008184/2011-90, em trâmite junto ao CADE.
[179] Processo Administrativo 08012.008507/2004-16, em trâmite junto ao CADE.

4. PREVENÇÃO DE CARTÉIS EM LICITAÇÃO: DESENHANDO UM PROGRAMA DE COMPLIANCE EFICIENTE

Os capítulos anteriores foram dedicados à exposição de algumas premissas básicas, as quais podem ser assim definidas:

(i) A política antitruste é uma política pública. Como consequência, não há que se falar em qualquer grau de hierarquia entre a legislação antitruste e os demais projetos capitaneados pelo Poder Público. Os mercados de aquisição pública estão igualmente sujeitos à atuação do CADE, com a aplicação de sanções correspondentes à prática de ilícitos concorrenciais no âmbito das licitações.

(ii) Os programas de compliance podem constituir um interessante mecanismo de prevenção à prática de ilícitos, porém, para que atinjam um grau de eficiência adequado à consecução dos objetivos estabelecidos, devem ser desenhados de forma a endereçar preocupações específicas da organização responsável pela sua implementação.

(iii) Condutas colusivas são riscos efetivos às organizações que atuam em mercados de aquisições públicas, eis que licitações são ambientes especialmente propensos à formação de cartéis e as consequências relacionadas à prática de tais infrações são de relevante monta, tanto do ponto de vista das empresas e organizações, quanto de seus colaboradores.

(iv) Cartéis são arranjos naturalmente instáveis, e a adição de fatores como os programas de leniência elevam os riscos existentes para os seus participantes. A análise dos casos atualmente em curso perante a autoridade concorrencial permite concluir que uma grande parcela das investigações foi iniciada após a denúncia por um dos integrantes do acordo colusivo.

(v) As tipologias adotadas pelos cartéis em licitação difere, em medida significativa, dos métodos colusivos empregados para mercados típicos, de sorte que organizações que desejem implementar um programa de compliance eficaz devem estar atentas às peculiaridades da colusão em certames públicos.

Feitas tais considerações, passa-se ao objetivo central deste trabalho: a definição de parâmetros a serem observados por um programa de compliance dedicado à prevenção de cartéis em certames públicos. Parece claro que tal programa de compliance antitruste deverá atuar de forma integrada aos demais programas de compliance da organização, notadamente àqueles que se dediquem à prevenção de práticas de corrupção[180].

Não se pretende ainda, tratar de aspectos relacionados à própria estrutura administrativa da organização que deseja implementar o referido programa. Conforme bem apontado por toda a literatura dedicada ao tema, programas de compliance robustos dependerão do engajamento da organização, com a dedicação de recursos financeiros e humanos adequados ao programa, envolvimento da alta administração da companhia e estabelecimento de uma função de compliance independente. Ademais, é necessário o estabelecimento de métodos de treinamento, auditoria e monitoramento dos colaboradores, a fim de garantir a eficiência do programa, bem como a criação de canais específicos para a denúncia de atividades suspeitas.

Superadas tais considerações de cunho genérico, pretende-se estabelecer quais políticas e padrões podem ser adotados por uma organização para prevenir a formação de cartéis em licitação, bem como detectá-los. A fim de sistematizar o estudo, passa-se à análise da padronização adequada para a prevenção e detecção de cartéis conforme cada uma das tipologias identificadas ao longo do item 3.3 acima.

4.1. Prevenção e detecção: propostas fictícias.

De acordo com a classificação estabelecida ao longo do item 3.3.1 acima, as propostas fictícias podem ser classificadas como "método de fraude", ou seja, método utilizado pelos integrantes de um acordo colusivo para estabeleçam previamente qual deles será o vencedor de um determinado certame. Assim, a apresentação de propostas fictícias não é hábil, por si

---

[180] A adoção de uma estrutura integrada para os programas de compliance é, inclusive, um dos aspectos indicados por Murphy e Kolasky como indispensáveis à implementação de um programa de compliance antitruste eficiente, conforme melhor detalhado no item 2.2. deste trabalho.

só, a permitir a divisão de um mercado, de sorte que usualmente será empregada de forma conjunta a um "método de divisão".

As propostas fictícias podem ser subdividas em duas categorias: as propostas de cobertura, que apresentam valores superiores ao preço ofertado pelo vencedor da licitação, e as propostas "pro forma", que apresentam algum erro formal essencial à sua validade, causando a desclassificação do licitante.

A apresentação de propostas de cobertura será de mais difícil detecção pelo gestor da organização, eis que a verificação da fraude dependerá da análise dos métodos de formação de preço utilizados para a proposta. Por tal motivo, nos casos em que o cartel se valer de tal "método de fraude", é mais provável a detecção do conluio pela análise da ocorrência de "métodos de divisão", ou ainda pela existência de provas diretas do cartel, como a discussão de preços com concorrentes.

Por outro lado, nos casos em que a organização é desclassificada do certame porque a proposta apresentada continha erro essencial em sua formulação, a análise de alguns fatores poderá auxiliar o gestor da organização a identificar a ocorrência de uma proposta "pro forma".

Em primeiro lugar, cabe analisar se houve erro grosseiro na proposta, como a ausência de documento de qualificação expressamente exigido pelo instrumento convocatório ou ainda a oferta de valor superior ao orçamento estabelecido pelo ente público. Os erros grosseiros podem ser indicativos de fraude por duas razões: (i) espera-se que organizações atuem com diligência mínima nos certames públicos, evitando a perda do contrato pelo descumprimento de requisitos essenciais; e (ii) erros grosseiros são de detecção mais provável pela autoridade responsável pela licitação. Erros "sutis" em uma dada proposta poderiam não ser percebidos pela autoridade licitante, acarretando a classificação da organização e frustrando os interesses do cartel.

Nos casos em que houve a desclassificação da organização, vale analisar se há explicação plausível para a ocorrência do erro. Por exemplo, um instrumento convocatório que trouxesse instruções pouco claras para os participantes poderia levar a erros escusáveis,

que ocorreriam a despeito do emprego de total diligência pelos colaboradores responsáveis pela elaboração da proposta.

O emprego de recursos jurídicos contra a decisão que desclassificou a organização também é um fator indicativo de que tal exclusão não era esperada ou desejada pela empresa. É razoável que a organização que apresente uma proposta em procedimento licitatório e se veja excluída do certame, atue administrativa e judicialmente no intuito de reverter a decisão que lhe foi desfavorável.

De outra parte, a interposição de recursos administrativos e judiciais não pode ser encarada como uma obrigação do licitante desclassificado – nos casos em que a jurisprudência fosse amplamente desfavorável à pretensão, de sorte que as chances de sucesso na ação fossem reputadas mínimas, não seria razoável exigir que a organização dispendesse os recursos financeiros inerentes à tomada de medidas jurídicas.

Entretanto, quando os recursos administrativos ou as ações judiciais já houvessem sido apresentados pela organização, considera-se que a sua desistência unilateral e injustificada constitui um forte indício de conluio. Em tais casos, entende-se que a organização interpôs o recurso apenas como forma de manter a aparência de competitividade no certame, ou ainda que tenha sido cooptada a participar de uma conduta anticompetitiva posteriormente à apresentação da proposta, desistindo de participar da licitação.

Por fim, a posterior subcontratação da companhia para a execução de parte do contrato constituirá um importante sinal de alerta para os gestores da organização, eis que poderia demonstrar a ocorrência de um “método de divisão”, que se seguiu ao “método de fraude”.

É importante ressaltar que a existência de respostas adequadas aos quesitos elaborados pode ser de significativa importância em uma eventual investigação antitruste. Nos casos em que as provas indiretas são utilizadas de forma exclusiva ou majoritária para sustentar a ocorrência de uma prática colusiva, a existência de um parecer jurídico que demonstrasse a plausibilidade da não interposição de recurso em face da decisão que desclassificou a companhia, por exemplo, poderia ser de grande valia. Da mesma forma, um parecer demonstrando que o erro gerador da desclassificação da proposta era perfeitamente escusável, eis que derivado da redação ambígua do instrumento convocatório.

4.2. Prevenção e detecção: supressão de propostas

À semelhança do que ocorre no caso da apresentação de propostas fictícias, a supressão de propostas é identificada como um "método de fraude", por meio do qual uma empresa deixa de participar de um procedimento licitatório, reduzindo a competição no certame. A supressão de propostas poderá ocorrer tanto por meio da não apresentação de proposta quanto pela desistência posterior da proposta apresentada.

Caso uma organização não apresente proposta para um determinado certame, a primeira questão a ser formulada é se a companhia em questão possuía as condições exigidas para participar do procedimento licitatório. Nos casos em que uma organização não preenchesse os requisitos técnicos ou de qualificação exigidos pelo instrumento convocatório, a ausência da apresentação de proposta não poderá ser considerada um indicativo de prática colusiva. De outra parte, não é razoável que se exija uma postura agressiva da organização em tais casos, com a propositura de eventuais ações judiciais em face do edital que impusesse condições demasiado restritivas para a participação no certame.

Superada essa primeira análise, há de se considerar as razões que levaram à organização a não apresentar proposta para o procedimento em questão. A não participação pode derivar de uma mera decisão negocial, como a compreensão de que a margem de lucro para o projeto é demasiado baixa, ou ainda que a assinatura do contrato acabaria por comprometer grande parte da capacidade produtiva da empresa. Pode-se considerar ainda que o ente público possui um histórico de não pagamento, de sorte que os riscos associados ao contrato foram considerados altos demais. De toda a forma, um programa de compliance robusto deve documentar de forma adequada a decisão de "não participação", estabelecendo claramente quais parâmetros motivaram a companhia.

A situação será mais delicada quando a organização desistir da proposta apresentada. Em tese, nestes casos, a companhia já realizou a avaliação de risco relacionada à participação no projeto, como também já incorreu nos custos relativos à elaboração da proposta, não havendo, a primeira vista, qualquer razão lógica para que ocorresse a desistência. De todo o modo, a desistência poderia estar pautada em motivos lícitos, especialmente de caráter

superveniente, que levassem a companhia a entender que a proposta apresentada seria desvantajosa para si, gerando o desinteresse na contratação.

Por exemplo, caso houvesse uma variação brusca no valor dos insumos necessários para a consecução do projeto, como no caso de flutuações na taxa de câmbio ou escassez na oferta de dado produto, o preço ofertado poderia se tornar não factível. Considerando que não é razoável exigir que a organização contratasse com o ente público em seu próprio prejuízo, a desistência da proposta apresentada seria uma decisão negocial lícita.

Em todo o caso, a delicadeza da situação exigiria uma supervisão efetiva pela função do compliance, sendo recomendável a documentação de todas as etapas decisórias que levaram à desistência da participação no certame.

Por fim, e assim como pontuado no item relativo às propostas fictícias, a ocorrência concomitante de "métodos de divisão", em especial a subcontratação, pode constituir um sinal de alerta para os gestores da organização. Nos casos em que a companhia que deixou de apresentar proposta para o certame ou que desistiu da proposta apresentada foi posteriormente subcontratada para a prestação de parte do contrato, as chances de que a decisão estivesse relacionada a um acordo ilícito elevam-se consideravelmente.

Igualmente, nos casos em que a organização desistente receba vantagens de qualquer natureza advindas da licitante vencedora ou de alguma de suas subsidiárias, haverá indício relevante da prática de cartel. Nesse tópico incluem-se o pagamento de compensações financeiras, o estabelecimento de novos contratos de fornecimento entre as organizações em questão ou até mesmo a renúncia de ações judiciais ou procedimentos arbitrais opostos pela licitante vencedora em face da organização desistente.

4.3. Prevenção e detecção: consórcios com propósitos anticompetitivos

Conforme estabelecido ao longo do item 3.3.3, consórcios são parcerias entre companhias distintas que, em regra, terão caráter lícito. Tais arranjos empresariais possuem previsão na legislação aplicável às licitações, assim como contam com a jurisprudência favorável dos Tribunais de Contas.

De toda a forma, os consórcios podem ser utilizados para a consecução de objetivos anticompetitivos, casos em que serão especialmente danosos, visto que podem configurar, concomitantemente, um “método de fraude” e um “método de divisão”. Obviamente, a postura mais conservadora seria vedar a formação de consórcios pela organização, o que, entretanto, pode não ser desejável do ponto de vista comercial. Assim, um gestor que pretenda assegurar a licitude de um consórcio, deverá adotar algumas precauções.

A primeira questão a ser avaliada é a necessidade da formação do consórcio. Nos casos em que a organização não pudesse participar individualmente da licitação, seja por não cumprir requisitos técnicos e de qualificação ou ainda por não dispor de capacidade produtiva, esta teria motivação lícita para formar um consórcio, inclusive podendo aumentar a competitividade do certame ao fazê-lo. Portanto, bastará que a documentação do processo decisório que levou ao estabelecimento do consórcio mencione expressamente qual requisito do instrumento convocatório não poderia ser cumprido individualmente pela organização, justificando a cooperação entre empresas.

Quando a organização possuísse capacidade técnica para atuar de forma individual, a questão se tornaria mais delicada, sendo necessária a apresentação de justificativa plausível que subsidiasse a decisão de formação do consórcio, com a consequente divisão do escopo do contrato. Em projetos de elevada monta, por exemplo, a formação de um consórcio pode ser necessária para reduzir o nível de risco à que a organização está sujeita. Em outros casos, a formação do consórcio poderia resultar na apresentação de uma proposta de preços mais vantajosa para o ente público, e com maiores chances de vencer a licitação. Especialmente em projetos complexos, em que os contratos envolvam uma multiplicidade de objetos, a união de duas empresas em suas respectivas áreas de expertise pode levar à propositura de melhores ofertas.

Em tais casos, vale considerar a natureza dos objetos prestados por cada um dos membros do consórcio. Quando as tarefas prestadas possuírem natureza complementar – por exemplo, fornecimento de materiais e execução de serviços de construção civil –, parece mais provável que não se tratasse de uma conduta ilícita, mas sim de cooperação empresarial baseada em possíveis economias de escopo ou escala. Por outro lado, quando as tarefas possuírem natureza idêntica, sem dúvida haverá uma situação delicada, pois a formação do

consórcio poderá ser mera forma de operacionalizar a divisão do mercado intentada pelo conluio.

Nesse mesmo sentido, há de se considerar quais são as empresas participantes do consórcio. Quando o acordo envolver companhias com elevado poder de mercado, que em regra não precisariam estar associadas para que pudessem apresentar uma proposta competitiva, será maior o risco de que se trate de um conluio. Por outro lado, a associação de diversas companhias de menor porte, que se unissem a fim de fazer frente ao agente com poder de mercado, poderia ser interpretada como método de ampliação da competitividade no certame.

De outra parte, a ocorrência de conluios anteriores para o mesmo mercado, envolvendo as mesmas empresas, também constituirá um importante sinal de alerta, de sorte que a formação do consórcio representará elevado risco antitruste. Em outras palavras, nos casos em que duas organizações já envolvidas em condutas anticompetitivas anteriores decidam formar um consórcio, dividindo a execução de tarefas idênticas em um mesmo projeto, para o qual possuíam capacidade para atuação individual, será muito difícil comprovar que tal cooperação não possuía objetivos anticompetitivos, especialmente diante de uma eventual investigação pela autoridade competente.

Considera-se, porém, que no limite, apenas restará demonstrada a prática anticompetitiva quando o valor da proposta conjunta apresentada pelo consórcio for superior a uma eventual proposta que seria apresentada individualmente pela companhia. Nestes casos, a formação do arranjo apresentaria a externalidade mais clara de um conluio – a elevação de preços pela redução da concorrência. Uma análise do gênero, ainda que de difícil execução, poderia demonstrar a licitude da cooperação empresarial existente.

4.4 Prevenção e detecção: bloqueio em pregão presencial

Conforme estabelecido no item 3.3.4 deste trabalho, o bloqueio é um “método de fraude” utilizado nas licitações realizadas na modalidade pregão presencial, que tem por objetivo impedir que licitantes não participantes do acordo colusivo fossem convocados para a etapa de lances do certame. Embora tal estratégia colusiva venha se tornando obsoleta, em

especial diante da realização de pregões na modalidade eletrônica, sua ocorrência não pode ser descartada.

Considerando o modo de atuação dos integrantes de um conluio que optem pela tática do bloqueio, o gestor de uma companhia que participe de pregões presenciais deverá estar atento a alguns sinais de alerta: a oferta de preços muito próximos ao custo marginal logo na primeira etapa do certame, eis que a racionalidade em tal procedimento licitatório é a inclusão de certo sobrepreço nas ofertas iniciais, a participação reiterada das mesmas empresas na fase de lances do pregão e a pouca competitividade nesta etapa, com a ocorrência de um baixo número de rodadas de lances verbais.

Sendo o bloqueio em pregão um "método de fraude", este será usualmente empregado em conjunto com algum "método de divisão", em especial a posterior subcontratação do licitante perdedor ou ainda o rodízio de propostas.

Por fim, é possível que outros métodos colusivos, como a apresentação de propostas fictícias ou a supressão de propostas, sejam adotados para a operacionalização do cartel em pregões presenciais, que não estarão sujeitos, tão somente, à ocorrência da tática de bloqueio.

4.5. Prevenção e detecção: subcontratação e rodízio de propostas

A adoção do rodízio de propostas e a subcontratação de concorrentes são dois dos "métodos de divisão" que podem ser utilizados pelos integrantes de um cartel que desejem dividir o mercado entre si. Conforme explorado ao longo do item 3.4, a utilização conjunta de "métodos de fraude" e "métodos de divisão" permite que os licitantes que integram um dado conluio designem o vencedor da licitação, criando mecanismos de compensação para as empresas perdedoras do certame.

Deste modo, os "métodos de divisão" irão depender do emprego de "métodos de fraude", para que a conduta ilícita possa alcançar o resultado desejado. Entretanto, considerando que algumas formas de fraude, como a supressão de propostas ou apresentação de propostas fictícias, são de difícil detecção, por estarem relacionadas a processos decisórios internos da companhia, os "métodos de divisão", que adquirem facetas públicas e externas, podem ser mais facilmente identificados pela função de compliance.

Feitas tais considerações, há de se observar que a subcontratação, assim como o consórcio, é, em regra, lícita. Entretanto, se adotada no contexto de uma divisão de mercado, irá adquirir contornos de conduta anticompetitiva.

Um primeiro aspecto a ser analisado é a participação da empresa subcontratada no procedimento licitatório que ensejou a contratação administrativa. Caso a empresa subcontratada tenha apresentado uma proposta no certame, a qual foi julgada desqualificada ou menos vantajosa pelo ente público, há a possibilidade de que se tratasse de uma proposta fictícia, de cobertura ou "pro forma". A ideia é que a empresa subcontratada apresentou uma proposta sabidamente perdedora, com o intuito de dar uma aparência de competitividade ao certame, sendo posteriormente compensada por meio da delegação de parte do contrato.

No mesmo sentido, há de se analisar se a empresa subcontratada desistiu de participar do procedimento licitatório após a apresentação de sua proposta, o que poderia configurar a supressão de propostas. Porém, caso a empresa subcontratada não tenha participado do certame, é necessário avaliar se ela tinha a capacidade de fazê-lo – novamente sob pena de se estar diante de um caso de supressão de propostas.

Pode-se dizer que a subcontratação de uma organização que não houvesse participado do procedimento licitatório e que não pudesse fazê-lo por não preencher os requisitos mínimos exigidos pelo instrumento convocatório, é bastante segura do ponto de vista antitruste, eis que a delegação de parte do escopo não constituiria forma de compensação ou de divisão do mercado.

Outra análise possível, e semelhante àquela realizada para a formação de consórcio, é à relativa à natureza da subcontratação – se para a realização de tarefas complementares ou idênticas a exercida pelo subcontratante. Uma organização que subcontrate terceiro porque necessitava fazê-lo, eis que não fosse capaz de exercer a atividade em questão, possui uma motivação lícita para delegar parcela do contrato. Por outro lado, uma organização que voluntariamente "abra mão" de parte do escopo do contrato em favor de um terceiro, que provavelmente é seu rival, pode tê-lo feito no contexto de uma prática anticompetitiva.

Vale considerar ainda o percentual do escopo que foi subcontratado. A análise dos casos investigados e julgados pela autoridade antitruste demonstra que, mor das vezes, a subcontratação realizada no contexto dos cartéis envolve parcelas significativas do escopo – atingindo mesmo a 50%. Empiricamente, pode-se afirmar que a subcontratação de parcelas relevantes do contrato, que em regra repercutirão em perdas financeiras para a companhia subcontratante, está relacionada à ocorrência de uma prévia infração antitruste.

Em relação ao rodízio de propostas, tal "método de divisão" usualmente poderá ser identificado por meio de uma análise dos vencedores do procedimento licitatório e, em que medida, as mesmas companhias costumam se revezar como vencedoras dos certames. A análise será mais simples nos casos em que um único procedimento licitatório tenha sido dividido em diversos lotes, com consórcios ou companhias distintas sendo declarados vencedores de cada um destes. Por outro lado, a análise se tornará mais complexa quando envolver procedimentos licitatórios diversos, que podem ocorrer de forma sucessiva e não concomitante.

Por outro lado, mesmo nos casos em que tal rodízio não seja realizado em percentuais exatos, poderá se estar diante do referido "método de divisão". Por exemplo, em uma série de quatro licitações, a empresa "A" poderá ter vencido três delas, enquanto a empresa "B" foi declarada vencedora em apenas uma destas. Entretanto, os três contratos firmados pela empresa "A" apresentam valor correspondente ao único contrato firmado pela empresa "B". Outra hipótese é que a divisão tenha sido realizada conforme as participações de mercado de cada uma das empresas, de sorte que a empresa "A" foi designada vencedora de uma maior parcela dos contratos. É possível também que a empresa "B" tenha optado por vencer um único procedimento licitatório, pois entendia que este melhor correspondia aos seus interesses.

De todo modo, há certa complexidade em verificar quando a alternância de empresas vencedoras dos certames é resultante do rodízio de propostas e quando é apenas decorrente de uma série de procedimentos licitatórios competitivos. Portanto, qualquer análise nesse sentido deve observar a ocorrência conjunta de "métodos de fraude", considerando em que medida as empresas rivais deixaram de apresentar propostas para o procedimento licitatório, o fizeram de forma pouco competitiva ou com intuito de ensejar a própria desclassificação. Em outras palavras, a consideração de provas exclusivamente indiretas como indicativas da prática de

um cartel apenas é viável quando múltiplos indícios da conduta anticompetitiva forem identificados, de forma concomitante.

4.6. Prevenção e detecção: outros métodos de conluio

A análise sistemática dos casos investigados e julgados pela autoridade concorrencial leva à conclusão de que as tipologias adotadas por conluios em licitação não estão restritas aos métodos usualmente identificados pela doutrina, podendo adquirir contornos bastante peculiares.

Observa-se, assim, que os contratos firmados por uma companhia e seus rivais, após a realização de um procedimento licitatório e que envolvam, em alguma medida, o objeto do contrato administrativo firmado, devem ser alvo de maiores cuidados. Nos casos em que empresas rivais decidam estabelecer novos arranjos societários, com a alienação de parcelas do respectivo capital social, ou ainda com a criação de sociedades específicas para a execução do objeto do contrato, há chances de que se trate de um "método de divisão", voltado ao exaurimento de uma conduta anticompetitiva.

Entretanto, os parâmetros de avaliação delineados para os métodos tradicionais de cartelização podem ser de enorme valia também para a identificação de conluios "atípicos". A existência de "métodos de fraude" no procedimento licitatório, a observância da participação das demais empresas no certame e a divisão do objeto do contrato para a execução de tarefas similares podem ser indicativas de uma conduta anticompetitiva.

5. CONCLUSÃO

Ao longo dos quatro capítulos anteriores pretendeu-se estabelecer as premissas que demonstrariam a necessidade de que empresas atuantes em processos licitatórios desenhassem programas específicos de boas práticas, ou de compliance, voltados à prevenção e detecção de infrações antitruste, em especial os cartéis.

Em um primeiro momento, pretendeu-se determinar que a política antitruste é uma política pública com previsão constitucional, de sorte que as disposições da legislação concorrencial não podem ser ignoradas ou afastadas em qualquer hipótese, ainda que no contexto de projetos capitaneados pela Administração Pública. Embora tal conclusão pareça ser, sem certa medida, intuitiva, é inegável que há controvérsias históricas acerca de tal submissão do Poder Público às normas aplicáveis aos particulares, debates estes que vem sendo gradativamente superados com a adoção de uma visão gerencial da Administração Pública.

Há de se observar que os dispositivos próprios da legislação antitruste, grandemente pautada pelo vetor eficiência e voltada à consecução dos princípios da ordem econômica estabelecidos constitucionalmente, não são contrários – mas absolutamente compatíveis – com os princípios aplicáveis à Administração Pública, de sorte que é perfeitamente possível a sua adoção em procedimentos regidos pelas normas de Direito Público, assim como para os contratos administrativos firmados sob tal égide.

Superadas tais considerações preliminares, observa-se que a responsabilidade corporativa surge, há mais de um século, como um dos pilares dos mecanismos de governança, em especial quanto à redução das externalidades negativas relacionadas a determinado modelo de negócios. Ainda que a rubrica "governança corporativa" abarque medidas que não estão limitadas aos programas de boas práticas, é bem estabelecido que os denominados programas de compliance compõem uma de suas diversas facetas.

Nesse sentido, "estar em compliance" corresponde à tomada de decisões corporativas que respeitem à legislação, normas e regulamentos aplicáveis às companhias, podendo englobar, mas não se limitando ao, direito antitruste. Entende-se que o cumprimento adequado das disposições legais poderá ser incentivado tanto pelo temor de sanções diretamente

aplicáveis àqueles que os descumprirem, quanto pela ocorrência de prejuízos indiretos, como a menor possibilidade de captação de recursos no mercado de capitais por companhias que se encontrem sob investigação ou que tenham sido alvo de sanções aplicadas pelas autoridades públicas.

Assim, o "risco de compliance" pode ser entendido sob duas óticas distintas, às quais se pretendeu abordar ao longo dos capítulos 2 e 3 deste trabalho: a probabilidade de ocorrência do fato e a gravidade de suas consequências.

A partir desta divisão, estabeleceu-se que os cartéis são atos ilícitos e os agentes participantes do conluio, sejam pessoas físicas ou jurídicas, estão sujeitos à responsabilização nas esferas administrativa e criminal. Admitiu-se que embora a possibilidade de encarceramento para os indivíduos envolvidos na prática de cartel seja baixa, em especial diante da quantidade de pena cominada ao delito em questão, esta não é desprezível. Por outro lado, a criminalização da conduta de cartel é medida que traz consequências processuais importantes na legislação brasileira, em especial a possibilidade de utilização de interceptações telefônicas ao longo das investigações, assim como a significativa dilação do prazo prescricional da conduta.

Aliadas às sanções pecuniárias e corporais, avaliou-se que empresas condenadas pela prática de cartel em licitações podem ser impedidas de contratar novamente com o Poder Público, verificando-se que tal sanção foi imposta em parcela significativa dos casos julgados pelo CADE. Não bastasse, as companhias ainda encontra-se sujeitas às medidas de natureza cível, em especial a reparação dos danos causados pela conduta.

Em relação à probabilidade de detecção dos cartéis, considerou-se ainda que a existência de um programa de leniência é fator que desestabiliza o acordo firmado, elevando as chances de detecção do conluio, eis que seus integrantes possuem um relevante incentivo para reportarem os fatos às autoridades competentes. Verificou-se ainda que os requisitos para a imposição de sanções administrativas pelo CADE são razoavelmente elásticos, até mesmo porque o cartel é considerado um ilícito pelo objeto, de sorte que é desnecessária a comprovação dos efeitos do acordo, bastando que se demonstre a sua ocorrência, ainda que na modalidade tentada.

Em outras palavras, o participante de um cartel vê-se em um ambiente instável, em que há incentivos para a traição pelos demais membros do conluio, estando sujeito à aplicação de sanções múltiplas, podendo a autoridade pública valer-se de métodos de investigação próprios das infrações criminais, muito embora os parâmetros de prova sejam mais flexíveis do que os convencionados pela lei penal.

Ao lado da gravidade das consequências relacionadas à prática do cartel, tem-se que os mercados de aquisição pública são especialmente suscetíveis à ocorrência de condutas colusivas, posto que apresentam características relacionadas à maior probabilidade, estabilidade e duração destes acordos ilícitos.

Observa-se que o procedimento licitatório é um método específico de contratação, e não há correlação direta com os bens, produtos ou serviços ofertados, mas sim com o procedimento adotado para a formação da relação negocial. Entretanto, o regramento deste sistema de contratação, notadamente trazido pela Lei nº 8.666 de 1993, favorece a formação de cartéis ao estabelecer parâmetros elevados de transparência das informações, assim como ao dar preferência à competição baseada no critério preço.

Em comparação aos mercados típicos, os agentes dedicados à formação do cartel em licitação contarão com duas vantagens: a possibilidade de coordenação dos preços e condições de venda, assim como a quase perfeita fiscalização do cumprimento do acordo, criando condições praticamente ideais para a realização do conluio. Soma-se a isso o fato de que procedimentos licitatórios são realizados em períodos temporais pré-determinados, e muitas vezes ocorrem em contextos de "múltiplos jogos" – em um cenário de jogos múltiplos e repetidos, não apenas se ampliam as oportunidades de cooperação, que serão tão elevadas quanto o número de jogadas, mas também se permite a adequação das estratégias dos jogadores, que poderão refletir, a cada movimento, sobre as jogadas passadas de seus adversários, adaptando os métodos cooperativos anteriormente definidos.

Ultrapassadas tais considerações, passou-se a análise dos métodos usualmente empregados pelos cartéis em licitação para a divisão do respectivo mercado, verificando-se em que medida tais métodos aproximam-se ou afastam-se daqueles empregados pelos agentes que atuam em mercados típicos. A partir da análise dos casos julgados e investigados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, pode se verificar a prevalência de algumas

tipologias colusivas, incluindo a apresentação de propostas fictícias, a supressão de propostas, a desistência de propostas apresentadas, a formação de consórcios, a subcontratação de concorrentes e o bloqueio em pregões presenciais.

O estudo sistematizado destes casos permitiu a categorização das estratégias colusivas em dois blocos distintos, aos quais se denominou de "métodos de fraude", que são voltados à manipulação do resultado em um certame específico, e "métodos de divisão", que possibilitam a divisão dos mercados de licitações públicas. Em grande parte dos procedimentos administrativos analisados houve o emprego conjunto de "métodos de fraude", que permitiram aos participantes do conluio definirem previamente quem seria o vencedor da licitação, e de "métodos de divisão", que possibilitaram a compensação financeira dos licitantes perdedores, seja por meio da adjudicação de uma parte do objeto contratado, seja pela obtenção de outros contratos administrativos.

Assim, entende-se que essa dissertação pode validar uma das principais premissas apontadas pela doutrina como relacionadas a um programa de compliance eficiente – a necessidade de adequação do programa à área da atuação da companhia, com a identificação dos riscos específicos à atividade desempenhada, mensuração destes riscos e elaboração de medidas adequadas à sua prevenção.

Portanto, o caráter único dos procedimentos licitatórios, nos termos da legislação em vigor, os transformam em mercados singulares, de sorte que programas de compliance antitruste de cunho genérico talvez não sejam suficientes ou adequados à prevenção e detecção dos cartéis em licitação.

Deste modo, e consideradas todas estas premissas, o capítulo 4 foi dedicado à análise dos principais sinais de ocorrência de conluio, a teor das tipologias anteriormente definidas, bem como ao estabelecimento de "salvaguardas" aos gestores de organizações que, desejando participar de procedimentos licitatórios, pretendam se assegurar da licitude de suas condutas. Nesse contexto, despontou a necessidade de documentação adequada dos vetores que levaram à tomada de certa decisão negocial, ao que se pode chamar de "cadeia de decisão".

Isto porque os métodos colusivos aplicáveis aos procedimentos licitatórios muitas vezes se revestem de uma aparência de licitude e, nesse sentido, nenhum exemplo é mais

emblemático do que a formação de consórcios. A formação de parcerias entre empresas é incentivada pela legislação de licitações, e também pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União, inexistindo qualquer vedação à criação de consórcios entre empresas concorrentes ou ainda a limitação de agentes integrantes de tal arranjo. Por outro lado, um consórcio entre empresas competidoras, associadas para a participação em um mesmo projeto, parece contrariar frontalmente os princípios da legislação antitruste, reduzindo artificialmente o número de concorrentes do procedimento licitatório.

Assim, é indispensável que sejam avaliadas as razões que levaram à formação de consórcio, a fim de que se verifique a sua licitude do ponto de vista concorrencial. No limite, um consórcio formado apenas para que as participantes da licitação dividam entre si o escopo do projeto, sem qualquer fundamento de ordem técnica ou econômica, nada mais é do que um cartel.

BIBLIOGRAFIA

ABRANTES-METZ, Rosa M., SOKOL, Daniel. **Antitrust Corporate Governance and Compliance** (April 8, 2013). Oxford Handbook of International Antitrust Economics, Roger D. Blair and D. Daniel Sokol, eds., Oxford University Press, Forthcoming; Minnesota Legal Studies Research Paper No. 13-18.

ACC – Australian Competition and Consumer Comission. Bid rigging. Disponível em https://www.accc.gov.au/business/anti-competitive-behaviour/cartels/bid-rigging.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contratos administrativos**. Direito dos contratos II. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

AMARAL, Antonio Carlos Cintra. **Ato administrativo, licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Malheiros, 1995.

ANAND, Anita. **Voluntary vs. Mandatory Corporate Governance:** towards an optimal regulatory framework. American Law & Economics Association – Annual Meeting 2005. New Haven: Yale Law School, 2005.

BAIN, Jon. **Barriers to new competition**. Harvard University Press, 1956.

BAINBRIDGE, Stephen. **Caremark and Enterprise Risk Management**. 2009. UCLA School of Law, Law-Econ Research Paper No. 09-08.

BAKER, Donald. **Deterring Cartels** - The Criminalization Dimension. 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros. 27 Edição. 2010.

BAXTER, Thomas C.; **The Changing Face of Corporate Compliance and Corporate Governance**, 21 Fordham J. Corp. & Fin. L. 1 (2016).

BERCOVICI, Gilberto. **Planejamento e políticas públicas**: por uma nova compreensão do papel do Estado in Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

BERGMAN, Howard, e SOKOL, D. Daniel, **The Air Cargo Cartel**: Lessons for Compliance (September 29, 2014).

BERLE, Adolf e MEANS, Gardiner. **A moderna sociedade anônima e a propriedade privada**. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito.** in Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico (Maria Paula Dallari Bucci, org.) São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO, Vinicíus Marques., CORDOVIL, Leonor; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CARVALHO, Vinicíus Marques. MENDES, Francisco. **Compliance:** concorrência e combate à corrupção. São Paulo: Trevisan, 2017.

CASELTA, Daniel Costa. **Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

CECCATO, Marco Aurélio. **Cartéis em licitações**: estudo tipológico das práticas colusivas entre licitantes e mecanismos extrajudiciais de combate. 2012. Disponível em http://seae.fazenda.gov.br/premio-seae/edicoes-anteriores/edicao-2012/vii-premio-seae.

COMMITTEE OF SPONSORING ORGANISATIONS OF THE TREADWAY COMMISSION. Internal Control – Integrated Framework. 6ª Edição. Disponível em http://www.coso.org/documents/coso_framework_body_v6.pdf.

COMITÉ DA BASILÉIA PARA SUPERVISÃO DA ATIVIDADE BANCÁRIA. Compliance and the compliance function in banks. Disponível em http://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 35 n. 138 abr./jun. 1998.

CONNOR, John M. and Lande, Robert H., Cartels as Rational Business Strategy: Crime Pays (November 1, 2012). 34 Cardozo Law Review 427 (2012).

CADE - Conselho Administrativo De Defesa Econômica. Guia para programas de compliance. 2016. Disponível em http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-compliance-versao oficial.pdf.

CADE - Conselho Administrativo De Defesa Econômica. Inquérito Administrativo sigiloso 08700.006377/2016-62, em trâmite.

CADE - Conselho Administrativo De Defesa Econômica. Processo Administrativo 08012.009382/2010-¬90 ("Cartel das Construtoras de Curitiba"), julgado em 22 de junho de 2017.

CADE - Conselho Administrativo De Defesa Econômica. Processo Administrativo 08012. 003321/2004-71 ("Cartel dos Hemoderivados"), julgado em 13 de abril de 2016.

CADE - Conselho Administrativo De Defesa Econômica. Processo Administrativo 08012.008850/2008-94 ("Cartel das Lavanderias Hospitalares"), julgado em 03 de fevereiro de 2016.

CADE - Conselho Administrativo De Defesa Econômica. Processo Administrativo 08012.008821/2008-22 ("Cartel dos medicamentos antirretrovirais"), julgado em 20 de janeiro de 2016.

CADE - Conselho Administrativo De Defesa Econômica. Processo Administrativo 08012.001273/2010-24 ("Cartel dos aquecedores solares"), julgado em 16 de setembro de 2015.

CADE - Conselho Administrativo De Defesa Econômica. Processo Administrativo 08012.009885/2009-21 ("Cartel dos Mambu Branco"), julgado em 08 de abril de 2015.

CADE - Conselho Administrativo De Defesa Econômica. Processo Administrativo 08012.008184/2011-90, julgado em 08 de abril de 2015.

CADE - Conselho Administrativo De Defesa Econômica. Processo Administrativo 08012.008507/2004-16 ("Cartel das Órteses e Próteses"), julgado em 10 de dezembro de 2014.

CADE - Conselho Administrativo De Defesa Econômica. Processo Administrativo 08012.009611/2008-51 ("Cartel dos Detectores de Metais"), julgado em 10 de dezembro de 2014.

CADE - Conselho Administrativo De Defesa Econômica. Processo Administrativo 08012.006199/2009-07, julgado em 10 de dezembro de 2014.

CADE - Conselho Administrativo De Defesa Econômica. Processo Administrativo 08012.011853/2008-13, julgado em 05 de fevereiro de 2014.

CADE - Conselho Administrativo De Defesa Econômica. Processo Administrativo 08012.010362/2007-66 ("Cartel do Transporte Aéreo"), julgado em 29 de junho de 2015.

CADE - Conselho Administrativo De Defesa Econômica. Processo Administrativo 08012.001826/2003-10 ("Cartel dos Vigilantes"), julgado em 04 de abril de 2007.

CADE - Conselho Administrativo De Defesa Econômica. Processo Administrativo 08012.006989/1997-43, julgado em 15 de junho de 2005.

CADE - Conselho Administrativo De Defesa Econômica. Processo Administrativo 08012.009118/1998-26, julgado em 27 de junho de 2001.

CADE - Conselho Administrativo De Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.008184/2011-90, em trâmite.

CADE - Conselho Administrativo De Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08700.004617/2013-41, em trâmite.

CADE - Conselho Administrativo De Defesa Econômica. Resolução n. 03 de 29 de maio de 2012. Disponível em http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-3_2012-ramos-atividade.pdf/view.

DELOITTE. Compliance Trends Survey. 2014. Disponível em http://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/us/Documents/risk/us_aers_dcrs_deloitte_compliance_week_c mpliance_survey_2014_05142014.pdf. .

DE PAULA, G. M. e STANLEY, L. E. **Governabilidad Corporativa em América Latina**: estructura patrimonial, prácticas y políticas públicas. Santiago do Chile, 2006.

DICK, Andrew R. **When Are Cartels Stable Contracts**? Journal of Law and Economics, 1996, 39(1).

DI PIETRO, Maria Syvia Zanela. **Da constitucionalização do direito administrativo –** Reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan. / jun. 2012.

DI PIETRO, Maria Syvia Zanela. **Direito Administrativo.** São Paulo: São Paulo, 2012.

DROMI, José Roberto**. La licitacion pública**. Buenos Aires. Editora Astrea, 1975.

ELHAUGE, Einer; GERADIN, Damien. **Global Competition Law and Economics. Oxford**: Hart Publishing, 2007.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A economia e o controle do Estado**. Publicado em "O Estado de São Paulo" em 04/06/1989.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **Lei de defesa da concorrência***:* origem histórica e base constitucional. Arquivos do Ministério da Justiça. Brasília, v.45, n. 180, jul/dez, p. 175-185, 1992.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; SALOMÃO FILHO, Calixto; NUSDEO, Fabio (Org.). **Poder Econômico***:* Direito, Pobreza, Violência, Corrupção. Barueri: Manole, 2009.

FINGLETON, John; GIRARD, Marie-Barbe; WILLIAMS, Simon. **The fight against cartels:** is a 'mixed' approach to enforcement the answer? 2011.

FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GABAN, M. Eduardo; DOMINGUES, Juliana. **Direito Antitruste**. São Paulo: Saraiva. 2012

GERADIN, Damien. **Antitrust Compliance Programmes & Optimal Antitrust Enforcement:** A Reply to Wouter Wils (March 29, 2013). Journal of Antitrust Enforcement (2013)

GOLDBERG, Daniel K. **Poder de compra e política antitruste.** (Doutorado) Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2006.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Volume 1. 18ª Edição. Editora Impetus, São Paulo.

GRIFFITH, Sean J. **Corporate Governance in an Era of Compliance**. William & Mary Law Review, Vol. 57, n. 6, 2016; Fordham Law Legal Studies.

HAY, George, e KELLEY, Daniel. **An Empirical Survey of Price Fixing Conspiracies**. Journal of Law and Economics, 1974.

HOVENKAMP, H. Federal **Antitrust Policy**: the law of competition and its practice. St. Paul: West Group, 1999.

IBGC - Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. **Código das Melhores Práticas da Governança Corporativa**. 5 Edição, 2014. Disponível em http://www.ibgc.org.br/userfiles/2014/files/CMPGPT.pdf.

ICC - International Chamber of Comerce. **Antitrust Compliance Toolkit**. 2013. Disponível em http://www.iccwbo.org/Advocacy-Codes-and-Rules/Document-centre/2013/ICC-Antitrust-Compliance-Toolkit

JENSEN, Michael e MECKLING, William. **Theory of the Firm**: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure, 3 J. FIN. ECON. 305, 327 (1976).

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão** (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico). São Paulo: Dialética, 2005.

JFDF - Justiça Federal do Distrito Federal. Ações Judiciais nº 2007.34.00.043978-7; 2008.34.00.000638-5; 2007.34.00.043980-0; 2008.34.00.000496-0; 2008.34.00.000495-7; 2008.34.00.003164-2; 2008.34.00.003138-9; 2008.34.00.008656-0; 2007.34.00.044419-6; 2008.34.00.001816-7; 2008.34.00.001801-6; 2007.34.00.043979-0; 2008.34.00.000497-4; 2008.34.00.001805-0; 2008.34.00.000639-9; 2007.34.00.044314-6; 2008.34.00.002628-4; 2007.34.00.043998-2 e 2008.34.00.003133-0. Disponível para consulta em https://portal.trf1.jus.br/portaltrf1/pagina-inicial.htm.

LACHNIT, Eva Suzanne. **Compliance Programmes in Competition Law**: Improving the Approach of Competition Authorities (December 12, 2014). Utrecht Law Review, Vol. 10, No. 5, p. 31-50.

LANDE, Robert H.; MARVEL, Howard. P. **The three types of collusion**: fixing prices, rivals and rules. Winsconsin law review. Vol. 2000.

LEVENSTEIN, Margaret C. and SUSLOW, Valerie Y., **What Determines Cartel Success**? Journal of Economic Literature, Vol. 44, No. 1, 2006.

LOWI, Theodore. **Four Systems of policy, politics and choice**. Public Administration Review, Vol. 32, No. 4. (Jul. - Aug., 1972). Disponível em http://links.jstor.org/sici?sici=00333352%28197207%2F08%2932%3A4%3C298%3AFSOPPA%3E2.0.CO%3B2-X

MALARD, Neide Teresinha. **O Cartel**. Revista de Direito Econômico, volume 21, Brasília CADE, out/dez de 1995.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**. 2 ed. Rio de Janeiro. Ed. Campus,. 2001.

MARQUES, Eduardo. **As políticas públicas na Ciência Política** in A Política Pública como Campo Multidisciplinar (Eduardo Marques e Carlos Aurélio Pimenta de Faria, orgs) São Paulo: Editora UNESP/Editora Fiocruz, 2013.

MARQUEZ, Jaime. **Life Expectancy of International Cartels**: An Empirical Analysis. Review of Industrial Organization, 1994, 9(3).

MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**: interface entre o direito administrativo e o direito criminal. Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2013.

MARSHAL, Roberts, e MARX, Leslie. **The economics of collusion:** cartels and bid riggings. MIT Press: 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MILLER, Geoffrey. **The Law Of Governance, Risk Management, And Compliance.** Wolters Kluwer Law & Business. 2014.

MOTTA, Massimo. **Competition Policy:** Theory and Practice. Cambridge University Press, 2003.

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico**. Promoting Compliance with competition law.** Disponível em http://www.oecd.org/daf/competition/Promotingcompliancewithcompetitionlaw2011.pf

OECD – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico**. Relationship Between Public and Private Antitrust Enforcement**, 2015. Disponível em http://www.oecd.org/daf/competition/antitrust-enforcement-in-competition.htm

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico**. Fighting Hard Core Cartels; Harm, Effective Sanctions and Leniency Programs,** 2002. Disponível em https://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf.

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico**. Cartel Sanctions against individuals**, 2003. Disponível em https://www.oecd.org/competition/cartels/34306028.pdf.

OLIVEIRA, Alessandro Vinicius Marques; TUROLLA, Frederico Araújo. **Combate aos Cartéis**. Disponível em http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/gvexecutivo/article/viewFile/34079/32888.

PARKER, Christine. **The Compliance Trap**: The Moral Message in Responsive Regulatory Enforcement. 2006. Disponível em http://ssrn.com/abstract=927559.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Defesa da Concorrência e Bem-Estar do Consumidor**. Revista dos Tribunais. 2015.

POSNER, Richard A. **Antistrust Law**. Chicago. University of Chicago, 2002.

POSNER, Richard A. **Optimal Sentences for White Collar Criminals**. 1980.

RIBAS, Guilherme. **Programas de compliance antitruste**. In: Zanotta, P.; Brancher, P. (orgs.). Desafios atuais do direito da concorrência. São Paulo: Singular, 2009.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Malheiros. 2013.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Teoria crítico-estruturalista do Direito Comercial**. São Paulo: Marcial Pons. 2015.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e Concorrência**. São Paulo: Malheiros. 2002.

SAMPAIO FERRAZ JR., Tércio. **Direito da concorrência e enforcement privado na legislação brasileira**. Revista de Direito da Concorrência. Volume 1. Novembro de 2013.

SCHUARTZ, Luiz Fernando. **Ilícito antitruste e acordo entre concorrentes.** Ensaios sobre economia e direito da concorrência. São Paulo: Singular, 2012.

SHAFFER, Gregory, NESBITT, Nathaniel H., WALLER, Spencer Weber. **Criminalizing Cartels**: A Global Trend? Minnesota Legal Studies Research Paper. 2013.

SHLEIFER, A.; VISHNY, R. W. **A survey of corporate governance**. Cambridge: National Bureau of Economic Research, 1996.

SOKOL, Daniel. **Antitrust Corporate Governance and Compliance**. University of Minnesota - Law School Legal Studies Research Paper Series Research Paper No. 13-18.

SOKOL, D. Daniel. **Detection and Compliance in Cartel Policy** (September 30, 2011). CPI Antitrust Chronicle, Vol. 2, September 2011.

SOKOL, D. Daniel. **Cartels, Corporate Compliance and What Practitioners Really Think About Enforcement** (June 6, 2012). Antitrust Law Journal, Vol. 78, 2012.

STEPHAN, Andreas. **Hear no Evil, See no Evil**: Why Antitrust Compliance Programmes may be Ineffective at Preventing Cartels 2009.

STIEGLER, George J. **A Theory of Oligopoly**. The Journal of Political Economy, Volume 72, Issue I, Fevereiro de 1964.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Apelação Cível n. 1.0024.07.441999-5/004 – Comarca de Belo Horizonte. Apelante(s): Sudoeste Serviços Gerais Ltda./ Apelado(a)(s): Estado de Minas Gerais – Relator: Exmo. Sr. Des. Nepomuceno Silva. Julgado em 19.02.2010.

TCU – Tribunal de Contas da União. Licitações e Contratos: Orientações e Jurisprudência. 4ª Edição. 2010. Disponível em http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/LIC_CONTR/2057620.PDF.

VELJANOVSK, CENTO. The economics of collusion. 2007. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=975612.

VON PAPP, Florian Wagner**. What If All Bid-Riggers Went To Prison and Nobody Noticed?** Criminal Antitrust Law Enforcement in Germany. 2010.

WERDEN, Gregory. **Sanctioning Cartel Activity**: Let the Punishment Fit the Crime. 2009.

WILLER, Ralf. **Hiding a Cartel's traces** – A criminal offence? A comparative review of liability for obstruction of Justice Under German, French and US Law. 2014.

WILS, Wouter. **Antitrust Compliance Programmes & Optimal Antitrust Enforcement** (October 31, 2012). Journal of Antitrust Enforcement, Volume 1, Issue 1, April 2013.

Anexo I – Processos Administrativos citados ao longo desta dissertação

1. **<u>Processo Administrativo nº 08012.009382/2010-90</u>**

Representante: Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda.

Representadas: Afirma Consultoria e Projetos de Engenharia Ltda.; Associação Paranaense de Empresários de Obras Públicas – APEOP; CESBE S.A. Engenharia e Empreendimentos; Construtora Brasileira e Mineradora Ltda. – CBEMI; Construtora Estrutural Ltda.; Construtora Triunfo S.A.; De Amorim Construtora de Obras Ltda.; Delta Construções S.A.; EMPO – Empresa Curitibana de Saneamento e Construção Civil Ltda.; Feg Engenharia de Obras Ltda.; Gaissler Moreira Engenharia Civil Ltda.; Marc Construtora de Obras Ltda.; Redram Construtora de Obras Ltda.; Carlos Henrique Machado; Cláudio Bidóia; Emerson Gava; Fernando Afonso Gaissler Moreira; Gilberto Piva; Juarez Nassur Cordeiro; Mário Henrique Furtado de Andrade.

Relator: Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo

Voto vista: Conselheiro Paulo Burnier da Silva.

Julgamento: 07 de junho de 2017.

Mercado: Obras de construção em vias urbanas na cidade de Curitiba.

Tipologia do Cartel: Rodízio de propostas; apresentação de propostas fictícias.

Penalidades: Sanção Pecuniária.

2. **<u>Processo Administrativo nº 08012.003321/2004-71</u>**

Representante: Secretaria de Direito Econômico *ex officio*.

Representadas: Alpha Therapeutic Corporation; Baxter AG; Baxter Export Corporation; Baxter Hospitalar Ltda.; Bio Products Laboratory; Biotest Pharma GmbH; Cristália Produtos Químicos Farmacêuticos Ltda.; Elias Esperidião Abboadalla; Fundação do Sangue; Grifols Brasil Ltda.; Immuno Produtos Biológicos e Químicos Ltda.; Instituto Sierovaccinogeno

Italiano S.p.A.; Itacá Laboratórios Ltda.; Jaisler Jabour de Alvarenga; Laboratoire Français du Fractionnement et Des Biotechnologies; Lourenço Rommel Ponte Peixoto; Marcos Pedrilson Produtos Hospitalares Ltda.; Marcelo Pupkin Pitta; UCB Biopharma S.A. (anteriormente denominada Meizler Comércio Internacional S.A.); Octapharma AG; Octapharma Brasil S.A.; Probitas Pharma S.A.; The American National Red Cross; United Medical Ltda.; ZLB Behring GmbH (atual denominação da Aventis Behring GmbH, anteriormente denominada Centeon GmbH); ZLB Behring LLC (atual denominação da Aventis Behring LLC, anteriormente denominada Centeon LLC); CSL Behring Comércio de Produtos Farmacêuticos Ltda. (atual denominação da Aventis Behring Ltda., anteriormente denominada Centeon Farmacêutica Ltda.).

Relator: Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo

Julgamento: 13 de abril de 2016

Mercado: Fornecimento de hemoderivados.

Tipologia do Cartel: Rodízio de propostas; apresentação de propostas fictícias.

Penalidades: Sanção Pecuniária.

3. **Processo Administrativo nº 08012.008850/2008-94**

Representante: Secretaria de Direito Econômico *ex officio*.

Representadas: Brasil Sul Indústria e Comércio Ltda.; Lógica Lavanderia e Limpeza Ltda.; Lavanderia São Sebastião de Nilópolis Ltda.; Ferlim Serviços Técnicos Ltda.; Lido Serviços Gerais Ltda.; Prolav Serviços Técnicos Ltda.; Sindicato das Empresas de Lavanderias e Similares no Rio de Janeiro – SINDILAV; Atmosfera Gestão e Higienização de Têxteis S.A.; Altineu Pires Coutinho; Marcelo Cortes Freitas Coutinho; Antônio Augusto Menezes Teixeira; Altivo Augusto Gold Bittencourt Pires; Gilberto da Silveira Côrrea; José Otávio Kudsi Macedo; Geraldo da Costa Brito; Celso Quintanilha D'Avilla; Luiz de Mello Maia Filho; Leonardo Luis Roedel Ascenção; Raphael Cortes Freitas Coutinho; Julio César Canova.

Relator: Conselheira Ana Frazão

Julgamento: 3 de fevereiro de 2016

Mercado: Serviços de Lavanderia Hospitalar.

Tipologia do Cartel: Rodízio de propostas; apresentação de propostas fictícias.

Penalidades: Sanção pecuniária variável entre 15% a 17% do faturamento bruto anual; proibição de licitar pelo prazo de cinco anos aplicada apenas para a empresa líder do cartel e seus administradores.

4. **Processo Administrativo nº 08012.008821/2008-22**

Representante: Secretaria de Direito Econômico *ex officio*.

Representadas: Aurobindo Farmacêutica do Brasil Ltda e AB Farmo Química Ltda., (sucedidas por Aurobindo Pharma Indústria Farmacêutica Ltda.), Brasvit Indústria e Comércio Ltda., Pharma Nostra Comercial Ltda., César Augusto Alexandre Fonseca, Daniela Bosso Fujiki, Flávio Garcia da Silva, Francisco Sampaio Vieira de Faria, José Augusto Alves Lucas, Premanandam Modapohala, Ronaldo Alexandre Fonseca e Vittorio Tedeschi.

Relator: Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo

Julgamento: 20 de janeiro de 2016

Mercado: Fornecimento de insumos para a fabricação de medicamentos antirretrovirais.

Tipologia do Cartel: Rodízio de propostas; apresentação de propostas fictícias.

Penalidades: Sanção pecuniária; proibição de licitar pelo prazo de cinco anos aplicada apenas para a empresa líder do cartel e seus administradores.

5. **Processo Administrativo nº 08012.001273/2010-24**

Representante: Grupo de Atuação Especial de Recuperação de Ativos e Repressão aos Crimes de Formação de Cartel e Lavagem de Dinheiro do Ministério Público do Estado de São Paulo – GEDEC/MP/SP

Representados: Astéria Incorporações e Construções Ltda.; Aquecedor Solar Transsen Ltda.; Tuma Instalações Térmicas Ltda.; Associação Brasileira de Refrigeração, Ar Condicionado, Ventilação e Aquecimento; Enalter Engenharia, Indústria e Comércio Ltda.; Bosch Termotecnologia Ltda. (nova denominação da Heliotek Máquinas e Equipamentos Ltda.); Sol Tecnologia em Energias Renováveis e Obras Ltda. (antiga Soletrol Tecnologia em Energias Renováveis e Obras Ltda.); José Ronaldo Kulb e Paulo Sérgio Ferrari Mazzon

Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior

Voto-vista: Conselheiro João Paulo de Resende

Julgamento: 16 de setembro de 2015.

Mercado: Fornecimento de aquecedores solares.

Tipologia do Cartel: Rodízio de propostas; apresentação de propostas fictícias; bloqueio em pregão presencial.

Penalidades: Sanção pecuniária.

6. **Processo Administrativo nº 08012.009885/2009-21**

Representante: Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (SABESP)

Representados: SAENGE Engenharia de Saneamento e Edificações Ltda.; ÔNIX Construções S.A. (atual denominação de CONCIC Construções Especiais S.A.); Luiz Arnaldo

Pereira Mayer; Marcos Assumpção Pacheco de Medeiros; Antonio Silva de Góes; João Antônio da Silva Saramago; Paulo Bie; Marcus Perdiz da Silva

Relatora: Conselheira Ana Frazão

Julgamento: 8 de abril de 2015.

Mercado: Execução de obras - Sistema Produtor de Água Mambu Branco

Tipologia do Cartel: Subcontratação da empresa perdedora (única licitação).

Penalidades: Sanção pecuniária.

7. **Processo Administrativo nº 08012.008184/2011-90**

Representante: Câmara Municipal de Jahu/São Paulo

Representados: Consladel Construtora e Laços Detetores e Eletrônica Ltda., Ensin Empresa Nacional de Sinalização e Eletrificação Ltda., Arco-Íris Sinalização Viária Ltda., Faconstru Construção, Sinalização, Administração e Participações Ltda., Ilumi-Tech Construtora Civil e Iluminação Ltda. e Orbstar Indústria, Comércio e Serviços Ltda.

Relator: Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo

Julgamento: 8 de abril de 2015.

Mercado: Serviços de apoio, sinalização, monitoramento, manutenção e fiscalização do trânsito.

Tipologia do Cartel: : Rodízio de propostas; apresentação de propostas fictícias.

Penalidades: Sanção pecuniária.

8. **Processo Administrativo n° 08012.008507/2004-16**

Representante: Instituto Nacional do Seguro Social em Bauru (SP) e Procuradoria Federal Especializada do Instituto Nacional do Seguro Social em Osasco (SP).

Representados: Associação Brasileira de Ortopedia Técnica — ABOTEC, Estar Bem Aparelhos Ortopédicos e Podologia Ltda. EPP, Casa Ortopédica Philadélfia Ltda., Ortopedia Belo Horizonte Ltda., Ortolab Órtese e Prótese Ltda., Ortoservice Comércio e Serviços Ortopédicos Ltda., Ortopedia A Especialista Ltda., Ortopedia Americana Ltda., Ortopedia Fubelle Ltda., Ortopedia Germânia Ltda., Ortopedia Kamia Ltda. ME, Ortopedia Lapa Ltda. e Ortopedia Mathias Ltda. EPP.

Relator: Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo

Julgamento: 10 de dezembro de 2014.

Mercado: Fornecimento de órteses e próteses ortopédicas.

Tipologia do Cartel: Rodízio de propostas; apresentação de propostas fictícias; fixação de tabela de preços.

Penalidades: Sanção pecuniária; proibição de licitar pelo prazo de cinco anos aplicada a todos os membros do cartel.

9. **Processo Administrativo n° 08012.009611/2008-51**

Representante: Secretaria de Direito Econômico ex officio

Representadas: Atto Indústria e Comércio de Equipamentos de Segurança Ltda., Beringhs Indústria e Comércio Ltda., leco Desenvolvimento e Indústria de Máquinas e Aparelhos Ltda., Mineoro Indústria Eletrônica Ltda., MPCI Metal Protector Ltda., Preserv Manutenção Eletrônica Ltda., SDM Sistemas de Detectores de Metais Ltda., Carlos Alberto Kapper Damasio, Cléber Francisco Rizzo, José Diogo Fernandes Damasio, Juliano Inácio Paviani,

Ledair Malheiros Bogado, Luiz Moacir Zermiani, Michel Joseph Stephanne Simon, Nathalie Simon, Patrícia Alves de Jesus e Rochele Rhoden

Relator: Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo

Julgamento: 10 de dezembro de 2014

Mercado: Fornecimento de portas de segurança detectoras de metais.

Tipologia do Cartel: Rodízio de propostas; apresentação de propostas fictícias; fixação de tabela de preços.

Penalidades: Sanção pecuniária; proibição de licitar pelo prazo de cinco anos aplicada a todos os membros do cartel.

10. Processo Administrativo n° 08012.006199/2009-07

Representante: Anônimo

Representadas: Auto Tintas Lages Ltda.; Carlos Luciano Zago; Clima Service Refrigeração Ltda.; Climatintas Ltda.; Ivandel Cordova Burigo Junior; José Carlos Zago; JZago Materiais de Construção Ltda.; Marcelo Pedro Possamai; Tiago Sandi e Zago Ferragens e Materiais de Construção Ltda.

Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior

Julgamento: 10 de dezembro de 2014.

Mercado: Fornecimento de material de pintura e material hidráulico.

Tipologia do Cartel: Apresentação de propostas fictícias; bloqueio em pregão presencial.

Penalidades: Sanção pecuniária; proibição de licitar pelo prazo de cinco anos aplicada a todos os membros do cartel.

11. <u>Processo Administrativo nº 08012.011853/2008-13</u>

Representante: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Representados: Coletare Serviços Ltda., Simpex Serviços de Coleta Transporte e Destino Final de Resíduos Ltda., Wambass Transportes Ltda., Cícero Leopoldo da Silva, Diógenes Duarte Bueno, Ermínio César de Lima Samboranha, Everton Leandro da Silva, Ivan Luis Basso, João Manoel da Silva, Minam Fernanda Brustolin Ávila, Natália Daiane da Silva, Rita de Cássia da Silva, Sérgio Jesus Cruz Angelo.

Relator: Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro

Julgamento: 5 de fevereiro 2014.

Mercado: Serviços de coleta e destinação final de resíduos sólidos.

Tipologia do Cartel: Rodízio de propostas; apresentação de propostas fictícias.

Penalidades: Sanção pecuniária; publicação do extrato da decisão condenatória em jornal de grande circulação.

12. <u>Processo Administrativo n. 08012.010362/2007-66</u>

Representante: Ministério Público Federal do Distrito Federal

Representados: Skymaster Airlines Ltda., Brazilian Express Transportes Aéreos Ltda., Luiz Otávio Gonçalves e Antônio Augusto Conceição Morato Leite Filho**.**

Relator: Conselheiro Ricardo Machado Ruiz.

Mercado: Serviços de transporte aéreo de cargas.

Tipologia do Cartel: Rodízio de propostas; apresentação de propostas fictícias.

Penalidades: Sanção pecuniária; publicação do extrato da decisão condenatória em jornal de grande circulação.

13. <u>Processo Administrativo nº 08012.001826/2003-10</u>

Representante: Secretaria de Direito Econômico

Representados: Airton Rolim Araújo; Alexandre Luzardo da Silva; Angra Log. De Segurança S/C Ltda; Antônio Carlos Coelho; Antônio Carlos Fontag; Ari Dalbem; ASSEVIRGS-Associação das Empresas de Vigilância do Rio Grande do Sul; Caio Alberto Cortina Souza; Caio Flavio Quadros dos Santos; Cláudio Laude; Délcio Rubenich; Delta Serviços de Vigilância Ltda.; EBV-Empresa Brasileira de Vigilância; Edegar Vieira Rolim; EPAVI-Empresa Portoalegrense de Vigilância Ltda; Evandro Vargas; J.M. Guimarães Empresa de Vigilância Ltda.; Joel Valdermir Eich; Jorge Luiz Vieira Rolim; José Renato Quadros; Luiz Fernando Fernandez; Luiz Fernando Vieira; Luiz Osmar Duarte do Amaral; Mario Haas; MD Serviços de Segurança Ltda.; Mobra Serviços de Vigilância Ltda.; Nilton Reginaldo; Osmar Maciel Guedes; Patrícia Ghen; Paulo Elder Bordin; Paulo Renato Pacheco; Protege Serviços de Vigilância Ltda.; Protevale Vigilância e Segurança Ltda.; Reação Segurança e Vigilância Ltda.; Ronaldo Carvalho; Rota-Sul Empresa de Vigilância Ltda.; Rubem Isnar Baz Oreli; Rudder Segurança Ltda.; Secure Sistemas de Segurança Ltda.; Segurança e Transporte de Valores Panambi Ltda.; Seltec Vigilância Especializada Ltda.; Sênior Segurança Ltda.; Sérgio González; Silvio Renato Medeiros Pires; Sindi-Vigilantes do Sul; Tânia E.Euler; Vigilância Antares Ltda.; Vigilância Asgarras S/C Ltda.; Vigilância Patrulhense S/C Ltda.; Vigilância Pedrozo Ltda.; Vigitec; Vivaldi Pereira Rodrigues.

Relatora: Conselheiro Abraham Benzaquem Sicsú

Julgamento: 4 de abril de 2007.

Mercado: Serviços de vigilância.

Tipologia do Cartel: Rodízio de propostas; apresentação de propostas fictícias.

Penalidades: Sanção pecuniária; proibição de licitar pelo prazo de cinco anos aplicada a todos os membros do cartel.

14. <u>Processo Administrativo nº 08012.006989/1997-43</u>

Representante: Secretaria de Direito Econômico

Representados: Viação N. S. de Lourdes S/A; Auto Viação Três Amigos S/A; Auto Viação Jabour Ltda.; Viação Madureira Candelária Ltda.; Viação Vila Real Ltda.; Viação Acari S/A e Santa Maria Turismo Ltda.

Relatora: Conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcellos

Julgamento: 15 de junho de 2005**.**

Mercado: Serviço de transporte público coletivo.

Tipologia do Cartel: Supressão de propostas; subcontratação da empresa perdedora.

Penalidades: Sanção pecuniária; publicação do extrato da decisão condenatória em jornal de grande circulação.

15. <u>Processo Administrativo n.º 08012.009118/98-26</u>

Representante: SDE "ex officio"

Representadas: Estaleiro Eisa S/A e Marítima Petróleo Engenharia Ltda.
Relator: Conselheiro João Bosco Leopoldino da Fonseca

Julgamento: 27 de junho de 2001

Mercado: Execução de obras de reforma de plataforma de petróleo

Tipologia do Cartel: Compensação financeira à empresa perdedora.

Penalidades: Sanção pecuniária.